



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in  
Studi Giuridici Comparati ed Europei

**candidata: Stefania Rossi**

**LE QUALIFICHE SOGGETTIVE  
NEI REATI CONTRO LA  
PUBBLICAAMMINISTRAZIONE  
Profili dogmatici e analisi casistica**

**Relatore Prof. Gabriele Fornasari**

Anno Accademico 2008-2009







## **Curriculum di Diritto e procedura penale**

**XXII ciclo**

**Esame finale: 24/03/2010**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Alessandro Bernardi, Università di Ferrara**

**Prof. Alberto Cadoppi, Università di Parma**

**Prof. Francesca Curi, Università di Bologna**









*Ai miei genitori, con profondo affetto*

*Un sentito ringraziamento al Prof. Gabriele Fornasari che mi ha autorevolmente accompagnato nella stesura di questo lavoro, al Prof. Alessandro Melchionda per la generosa disponibilità e al dott. Sergio Bonini per il costante incoraggiamento.*

*Esprimo profonda gratitudine anche al Prof. Luis Salas, alla dott.ssa Ana Carazo e alla dott.ssa Marisol Floren-Romero della Florida International University per l'affettuosa accoglienza e per avermi permesso di trascorrere un proficuo e indimenticabile soggiorno di studio.*

*Un grazie di cuore ad Antonella e Matteo, miei amici carissimi.*







## INDICE

<b>ABSTRACT</b> .....	1
<b>CAPITOLO I</b> .....	3
INTRODUZIONE .....	3
1.1. IL REATO PROPRIO: DEFINIZIONE E PROFILI DOGMATICI .....	4
<i>1.1.1. IL REATO COME FATTO TIPICO D’AUTORE</i> .....	5
<i>1.1.2. IL REATO PROPRIO NELLA DOTTRINA ITALIANA</i> .....	6
<i>1.1.3. L’INQUADRAMENTO DOGMATICO IN GERMANIA</i> .....	11
2.1. INCIDENZA DELLA QUALIFICA SOGGETTIVA NELLA TEORIA DEL REATO PROPRIO .....	17
<i>2.1.1. LA QUALIFICA SOGGETTIVA COME PRESUPPOSTO DEL FATTO</i> .....	21
<i>2.1.2. LA QUALIFICA SOGGETTIVA COME ELEMENTO STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE</i> .....	23
3.1. RIFLESSIONI IN TEMA DI DOLO ED ERRORE .....	25
<b>CAPITOLO II</b> .....	31
PREMESSA .....	31
<b>SEZIONE PRIMA</b> .....	33
INTRODUZIONE .....	33
1.1. L’ORIGINE DELLE QUALIFICHE SOGGETTIVE E I RIFERIMENTI NORMATIVI ANTECEDENTI ALLA RIFORMA .....	33
2.1. L’ANTITESI TEORICA FRA ISTANZE SOGGETTIVE E OGGETTIVO – FUNZIONALI .....	38
3.1. LA NOZIONE VIGENTE DI PUBBLICO UFFICIALE .....	41
<i>3.1.1. ANALISI DELL’ART. 357 C.1 C.P.</i> .....	41
<i>3.1.2. IL CONCETTO DI “PUBBLICA FUNZIONE AMMINISTRATIVA”</i> .....	44
<i>3.1.3. LA DISCIPLINA DELLA PUBBLICA FUNZIONE: ANALISI DEI LIMITI “ESTERNI”</i> .....	47
<i>3.1.4. I DIVERSI CRITERI DI DELIMITAZIONE “INTERNA”</i> .....	49
4.1. L’INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO .....	52
5.1. I FUNZIONARI ESTERI E QUELLI DELLE COMUNITÀ EUROPEE <i>EX ART. 322 BIS C.P.</i> .....	57

<b>SEZIONE SECONDA</b> .....	64
INTRODUZIONE .....	64
1.1. IL SISTEMA DELLE CONCESSIONI PUBBLICHE: ANALISI DI VECCHI E NUOVI PARADIGMI GIURISPRUDENZIALI.....	64
2.1. IL FENOMENO DELLE PRIVATIZZAZIONI: OVVERO LA TRASFORMAZIONE DELL'ENTE PUBBLICO ECONOMICO IN SOCIETÀ PER AZIONI .....	74
3.1. ALCUNE PRIME RIFLESSIONI SULLA COMMISTIONE “PUBBLICO”-“PRIVATO”: ACCEZIONE ATOMISTICA OPPURE OLISTICA DEL CRITERIO OGGETTIVO-FUNZIONALE? .....	83
4.1. SOLUZIONI OFFERTE E QUESTIONI ANCORA APERTE NEL SETTORE DEL CREDITO E DELL'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA .....	88
4.1.1. <i>LO STATUS GIURIDICO DEGLI OPERATORI BANCARI</i> .....	88
4.1.2. <i>UN CENNO ALLA QUALIFICA PENALISTICA DEGLI ADDETTI AI SERVIZI DI BANCOPOSTA</i> .....	96
4.1.3. <i>LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLE ALTRE ATTIVITÀ DELEGATE E IL SETTORE DELLA INTERMEDIAZIONE MOBILIARE</i> .....	98
4.1.4. <i>LA FIGURA DEL REVISORE DEI CONTI</i> .....	103
5.1. LE QUALIFICHE SOGGETTIVE E GLI ENTI FIERISTICI .....	110
6.1. ALCUNE IMPLICAZIONI DERIVANTI DAL DIRITTO COMUNITARIO .....	115
<b>SEZIONE TERZA</b> .....	119
INTRODUZIONE .....	119
1.1. LA NOZIONE DI ESERCENTE UN SERVIZIO DI PUBBLICA NECESSITÀ.....	120
1.1.1. <i>L'ART. 359 C.P.: LA PROFESSIONE FORENSE, QUELLA SANITARIA E LE ALTRE PROFESSIONI “ABILITATE” TRA DIMENSIONE PRIVATISTICA E RILIEVO PUBBLICISTICO</i> .....	122
2.1. IL FUNZIONARIO DI FATTO.....	132
<b>CAPITOLO III</b> .....	139
PREMESSA .....	139
<b>SEZIONE PRIMA</b> .....	141
INTRODUZIONE .....	141
1.1. DEFINIZIONE E GENESI DEL PUBLIC OFFICER E DEL PUBLIC EMPLOYEE.....	142
2.1. CESSAZIONE DI UN PUBBLICO INCARICO: FORFEITURE, REMOVAL, DISMISSAL.....	145

3.1. RESPONSABILITÀ DEL PUBLIC OFFICER E DEL PUBLIC EMPLOYEE.....	147
4.1. DE FACTO OFFICER OR EMPLOYEE .....	149
5.1. UN'INDAGINE GIURISPRUDENZIALE: LE CATEGORIE PROFESSIONALI RICONDUCIBILI AL PUBLIC OFFICER E AL PUBLIC EMPLOYEE.....	152
<b>SEZIONE SECONDA</b> .....	155
<u>INTRODUZIONE</u> .....	155
1.1. PAR. 201 BRIBERY OF PUBLIC OFFICIALS AND WITNESSES .....	156
2.1. SCOPO DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE .....	159
3.1. TUTELA DELLA PUBLIC TRUST.....	164
4.1. LA FIGURA DELL' AUDITOR NEL SISTEMA DI COMMON LAW.....	169
5.1. PROFILI SANZIONATORI: LA DISQUALIFICATION .....	175
6.1. ALCUNE IPOTESI DI INCAPACITÀ .....	178
<b>RIFLESSIONI CONCLUSIVE</b> .....	181
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	189





## ABSTRACT

Nella trattazione del mio tema di ricerca, inerente le qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione, ho preliminarmente ricostruito la dogmatica del reato proprio, che costituisce l'archetipo delle fattispecie contenute nel Titolo II, capo I, del codice penale.

L'obiettivo perseguito era, essenzialmente, quello di evidenziare il particolare *status* che contraddistingue il soggetto attivo di questi illeciti, per poter ragionare sul rapporto privilegiato che lega il pubblico funzionario al bene giuridico sotteso e che giustifica un peculiare tipo di responsabilità penale.

L'intera riflessione si è svolta tenendo presente che i principi di correttezza e imparzialità dovrebbero orientare l'agire di tutti coloro che si occupano della gestione della "cosa pubblica" in ossequio ai contenuti dell'articolo 97 Cost., ma, in realtà, troppo spesso si è, invece, assistito a spregevoli abusi di potere, evidente espressione di logiche affaristiche che ben poco hanno a che spartire con l'esercizio di un buon governo.

Nella parte centrale del lavoro ho analizzato, all'interno di tre distinte sezioni, i contenuti degli articoli 357, 358, 359 c.p. nel tentativo di cogliere i loro aspetti più significativi. A tal fine, le norme sono state analizzate sia nella dizione originaria che nell'attuale vigenza e, per questo, ampio spazio è stato, doverosamente, dedicato alle istanze fatte proprie dalla legge n. 86/1990 e ai successivi interventi novellativi.

L'analisi del significativo apporto dottrinale è stata accompagnata anche dallo studio della controversa prassi giurisprudenziale e, nel riportare le numerose e oscillanti pronunce, sono chiaramente emersi indicatori sintomatici di una parziale e rinnovata adesione ad un criterio "sogettivo" di identificazione delle qualifiche che era stato ufficialmente bandito dal legislatore della riforma.

Questi dati sono stati, poi, confrontati con l'ordinamento giuridico statunitense, approfondendo non solo gli aspetti più strettamente penalistici (inerenti la fattispecie di reato proprio ed alcune tipologie di illeciti quali corruzione, concussione, peculato), ma anche quelli pubblicistici che, inevitabilmente, si intrecciano nello studio delle qualifiche soggettive.

Sulla scorta della ricerca operata nella legislazione e giurisprudenza americane ho rilevato, innanzitutto, come gli Stati Uniti dispongano di un vasto apparato sanzionatorio per la repressione degli illeciti commessi contro la pubblica amministrazione, ma ciò che distingue realmente l'esperienza statunitense da quella italiana è l'accento posto con forza sulla prevenzione, attraverso l'adozione di veri e propri "codici di comportamento" per i funzionari pubblici, nonché di procedure e sanzioni volte ad assicurare la piena correttezza nello svolgimento delle loro funzioni ed il rispetto delle regole.

Il postulato che regge tale complessa organizzazione risiede nella convinzione che chiunque esercita un servizio pubblico è direttamente responsabile nei confronti della "cosa pubblica" e questa enunciazione di principio non rimane vuota, ma trova effettiva e costante applicazione.

Negli U.S.A., l'etica nella gestione degli affari pubblici è, del resto, particolarmente sentita e si riflette anche sotto il profilo sanzionatorio, poichè all'interno del sistema americano viene dato ampio spazio all'adozione di misure accessorie interdittive.

Tutto ciò non può non condurre ad una riflessione sull'insufficienza degli attuali strumenti a disposizione del diritto penale italiano nel reprimere la criminalità dei c.d. "colletti bianchi"; porre in discussione l'efficacia deterrente di sanzioni *stricto sensu* penali a favore di misure accessorie, ritenute forse più incisive, è opportuno soprattutto nella prospettiva di garantire una migliore tutela degli interessi collettivi coinvolti, quali, *in primis*, la fiducia che i consociati ripongono nell'operato degli amministratori pubblici.

## **CAPITOLO I**

# **“IL REATO PROPRIO: UN PRIMO INQUADRAMENTO GENERALE”**

### **Introduzione**

Il tema delle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione è estremamente importante e da sempre suscita particolare interesse in dottrina e giurisprudenza, poiché la validità delle relative norme definitorie si estende all'intero sistema penale.

A tali nozioni ci si deve riferire, infatti, non solo con riguardo ai delitti contenuti nel Titolo II, ma ogni qualvolta nel codice, o nella legislazione complementare, compaiano le figure soggettive in questione e qualunque sia il loro ruolo all'interno della fattispecie, sia che esse rivestano la funzione di elementi costitutivi, che quella di circostanze aggravanti del reato.

L'oggetto di questa prima indagine riguarderà precisamente le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio ed esercente un servizio di pubblica necessità quali elementi costitutivi, in grado di connotare in senso “proprio” l'oggettività giuridica di una disposizione incriminatrice.

Per questo motivo, si rende qui necessario approfondire il tema del “reato proprio”.

Il ricorso a tale forma di reato è funzionale a specifiche esigenze: essa è, infatti, espressione di una tutela rafforzata che l'ordinamento ha deciso di predisporre nei confronti di particolari interessi; la *ratio* sottesa sembra, pertanto, direttamente riconducibile alla natura privilegiata del bene giuridico oggetto di protezione.

In questo senso, a tale bene viene assegnato un ruolo di antecedente logico rispetto alla qualifica giuridica, poiché la sua particolare rilevanza legittima l'attribuzione di specifici doveri e obblighi in capo al soggetto qualificato.

Queste considerazioni, oggi pacificamente condivise, si sono in realtà imposte solo all'esito di un importante dibattito dottrinale, nazionale e internazionale, incentrato sull'essenza e sulla collocazione delle qualifiche soggettive nel reato proprio.

### 1.1. Il reato proprio: definizione e profili dogmatici

La genesi storica e la ragione politica del reato proprio si rinvergono in una struttura sociale evoluta, in cui si differenziano le funzioni spettanti ai singoli consociati e vengano attribuiti specifici doveri e responsabilità<sup>1</sup>.

Le fattispecie aventi come soggetto attivo chi è dotato di una particolare qualifica giuridica sono, pertanto, andate progressivamente aumentando nella legislazione penale complementare parallelamente al crescere degli obblighi connessi alla titolarità di ben definiti ruoli sociali giuridicamente rilevanti.

Sotto il profilo dogmatico, una prima ricostruzione autonoma del reato proprio, in contrapposizione a quello comune, risale agli inizi del '900 ed è ad opera di Ernst Beling, il quale distingue i reati propri a seconda della relazione che si instaura tra gli elementi della fattispecie e la persona dell'autore: in alcune ipotesi (*tatbestandliche Sonderverbrechen*), essendo questo rapporto particolarmente stretto, può essere punito come autore solo chi riveste quella determinata qualità - ed in questo senso si può affermare che le condizioni soggettive richieste si riversano nel fatto -; in altri casi (*Sondernormverbrechen*), invece, il legame è meno intenso e di conseguenza quell'azione, pur potendo essere realizzata, a livello naturalistico, da chiunque, diviene antiggiuridica solo se a parlarla in essere è il soggetto qualificato<sup>2</sup>.

Per utilizzare una terminologia cara al Carnelutti, nel primo caso saremmo di fronte a ipotesi di "legittimazione" al reato, perché la qualità che il soggetto riveste non è separabile dalla forma dell'illecito, essa, infatti, costituisce un vero e proprio elemento formale della fattispecie (in sostanza, la qualifica viene qui vista come un modo d'essere dell'autore rispetto al bene giuridico tutelato).

Diversamente, nel secondo caso si tratterà di "pseudo legittimazione", in cui le condizioni personali dell'autore sono separabili dalla forma del reato, nel senso che

---

<sup>1</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, XVI, Milano, 2003, p. 174; G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 401); A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 193; E. VENAFRO, voce "Reato proprio", in *Dig. Disc. Pen.*, XI, 1996, p. 337; A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 2; G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1998, p. 846; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Pt. gen.*, V, Bologna, 2007, p.198; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Pt. gen.*, V, Padova, 2007, p. 108.

<sup>2</sup> E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 26.

l’azione può essere compiuta anche da chi non è titolare della condizione soggettiva, ma diventa penalmente rilevante solo se a compierla è il soggetto qualificato<sup>3</sup>.

### ***1.1.1. Il reato come fatto tipico d’autore***

Lo studio di Beling, focalizzando l’attenzione sulla persona dell’autore, ha di fatto posto le basi di una concezione del reato che, seppur rigettata da tempo, vale comunque la pena di approfondire per aver concorso ad interpretare la struttura del reato proprio: si tratta della teoria del “fatto rivelatore di un tipo di autore”.

All’inizio del secolo scorso, con riferimento al contenuto sostanziale della qualifica penalistica, si pose la questione di fondo se il legislatore, prevedendo un reato, volesse definire e punire propriamente un “tipo di fatto” (*Tattyp*) o, in realtà, sia pur di riflesso, un “fatto tipico d’autore” (*Tätertyp*)<sup>4</sup>.

I primi tentativi di individuare, nelle singole fattispecie, alcuni elementi che riflettessero un determinato atteggiamento dell’autore, risalgono a Wolf<sup>5</sup>.

Posto che l’intento non era quello di creare tipi di autore a sfondo antropologico o naturalistico, ma normativo, nel pensiero di questo studioso reato e reo vengono ancora considerate come entità tra loro distinte e, pertanto, la figura del *Tätertypus* rimane fedele all’idea di una pena per il fatto.

Ben diverso è il significato che fu successivamente attribuito a queste prime riflessioni dalla scuola di Kiel ed in particolar modo da Dahm e da Schaffstein<sup>6</sup>.

I teorici della *Tätestrafe*, infatti, negarono innanzitutto la possibilità di uno studio logico del reato, affermando che concetti come furto, rapina, tentativo, colpa e via dicendo, non erano prodotti artificiali del legislatore, ma realtà storiche e viventi.

Su questa base, il reato fu analizzato come una tipica manifestazione di una “personalità caratterizzata” e lo studio del soggetto attivo venne sempre più ad immedesimarsi con quello della fattispecie<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 135.

<sup>4</sup> A. FIORELLA, voce “Reato in generale”, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 779.

<sup>5</sup> E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931; IDEM, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932.

<sup>6</sup> G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940.

Accertata la particolare compenetrazione della personalità dell'agente nel disvalore del fatto, l'identificazione del tipo di autore divenne, quindi, il fulcro delle riflessioni in tema di reato proprio.

La concezione in esame, evidentemente influenzata da istanze di stampo nazionalsocialista, fu dapprima criticata e, poi, definitivamente ripudiata dalla maggior parte della dottrina sulla base della fondamentale considerazione secondo cui uno Stato di diritto non può rinunciare alla certezza nella definizione del reato, e tale certezza verrebbe garantita unicamente attraverso una tipicizzazione del fatto. Inoltre, non si può pensare di escludere la comminatoria di una sanzione per la sola ragione che l'autore non possiede una "tipica" personalità criminale<sup>8</sup>.

La suddetta impostazione non può essere condivisa nella misura in cui sostiene che la qualifica soggettiva dell'agente implica l'individuazione di un tipo normativo d'autore e che, conseguentemente, la figura del reato proprio si presenta, prima e più che come fatto lesivo, quale "riprovevole modo d'essere" del soggetto agente<sup>9</sup>.

Ragionando in questi termini si legittimerebbe, infatti, un diritto penale a sfondo sintomatico di per sé inconciliabile con le tradizionali esigenze di politica criminale, oltre che in aperta contraddizione con lo stesso principio di legalità.

### ***1.1.2. Il reato proprio nella dottrina italiana***

Secondo parte della dottrina italiana, il reato proprio difetta di una compiuta autonomia dogmatica, quale forma di manifestazione del reato, e tale affermazione non è priva di fondamento.

Si può sostenere, infatti, senza timore di smentita, che, allo scarso sviluppo dottrinale sull'essenza di tale fattispecie si è contrapposto l'approfondimento di quelle che sono le implicazioni pratiche della tematica.

---

<sup>7</sup> G. BETTIOL, *Legge penale e reato proprio*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 405.

<sup>8</sup> G. BETTIOL, *Legge penale e reato proprio*, cit., p. 406.

<sup>9</sup> G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, 1965, p. 108.

Si tratta, da un lato, delle questioni relative all'autore e al suo elemento soggettivo e, dall'altro, delle controversie attinenti alla disciplina del concorso di persone<sup>10</sup>.

Il primo rimando si coglie nella definizione stessa di reato proprio, così come è stata tradizionalmente elaborata dalla dottrina e che si rinviene nei manuali, vale a dire:

*“reato commesso da chi possiede una data qualifica o occupi una certa posizione, idonee a porre il soggetto in una speciale relazione con l'interesse tutelato”*<sup>11</sup>.

Il secondo riferimento, invece, emerge dal fatto che il reato proprio è stato il “banco di prova” dei modelli di disciplina del concorso di persone, ed è proprio sul terreno della distribuzione dei ruoli tra “intraneo” ed “estraneo” che si è in gran parte sviluppata la sua elaborazione dogmatica.

Il dato più significativo, in tema di reato proprio, è comunque rappresentato dal silenzio del legislatore, vale a dire dall'assenza nel codice penale di una qualsiasi norma in grado di precisare la condizione del destinatario del precetto.

L'unico riferimento è contenuto nel controverso articolo 117 c.p. (*Mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti*) che, trattando in via privilegiata il tema del concorso, non entra però nel merito della questione, limitandosi a disciplinare, nel rapporto con altri correi, l'incidenza del particolare *status* di “intraneo”, al fine di attribuire correttamente un titolo di reato.

Per accertare ed esplicitare la situazione in cui versa il soggetto attivo di questo specifico tipo di illecito si ricorre, così, ad espressioni, quali “*condizioni o qualità personali del colpevole*”<sup>12</sup>, che incidono sul titolo del reato stesso, oppure, si prevede

---

<sup>10</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 845.

<sup>11</sup> M. ROMANO, *Pre art. 39 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, III, Milano, 2004, p. 348; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Pt. gen.*, cit., p. 108; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. gen.*, III, Torino, 2008, p. 238; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, Bologna, 2007, p. 253; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Pt. gen.*, cit., p. 198 (Gli Autori precisano che i reati propri sono ulteriormente differenziabili, a seconda che il possesso della qualifica determini la stessa punibilità del fatto – reato proprio in senso puro, ovvero comporti un mutamento del titolo del reato – reato proprio in senso lato –).

<sup>12</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 17. L'Autore, nell'identificare i reati esclusivi tipici del diritto penale dell'impresa come “reati funzionali”, sottolinea che l'espressione viene utilizzata per “contrassegnare genericamente ogni condizione, qualità personale o rapporto interpersonale che costituisce la speciale situazione personale di un soggetto quanto a un fatto”. A livello terminologico vi è una certa corrispondenza con l'espressione usata dal legislatore

espressamente che la commissione delle singole fattispecie incriminatrici venga realizzata da soggetti che rivestono una posizione “normativamente rilevante”<sup>13</sup>.

Quest’ultima è la tecnica che caratterizza l’insieme dei reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali o da incaricati di pubblico servizio, oggetto privilegiato di studio nel prosieguo del lavoro.

A fronte dell’assenza di definizioni codicistiche idonee a tipizzare la fattispecie in esame, la dottrina italiana si è comunque impegnata ad elaborare tutta una serie di ricostruzioni dogmatiche volte a sanare tale pesante lacuna.

La nozione che più di frequente si rinviene è per l’appunto quella di “reato proprio”, come contrapposta al “reato comune”; si tratta di una terminologia già adottata dal diritto romano (*crimina propria* contrapposti ai *crimina communia*) e dalla dottrina classica<sup>14</sup>

Vale comunque la pena ricordare anche la diversa partizione elaborata, a suo tempo, da Vincenzo Manzini: l’Autore distingue tra “reati comuni” e “reati speciali” e riconosce, in questi ultimi, una caratterizzazione dettata dall’esistenza di precise condizioni subiettive od obiettive.

Egli definisce, infatti, “speciali” tutti quei reati la cui nozione esige nel soggetto attivo una determinata qualità (o relazione) personale e, poi, prosegue affermando che:

---

tedesco: “*besondere persönliche Merkmale*” – alla lettera, “particolari elementi personali”-. Si tratta di rapporti, qualità o circostanze speciali o personali che fondano o modificano la pena e che possono incidere in tema di istigazione e complicità; essi trovano esplicita menzione nel § 14 StGB in tema di rappresentanza. Per un approfondimento sul punto v. G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 854. Sul concetto di reato funzionale v. anche A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Pt. spec., I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 27

<sup>13</sup> A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Pt. gen., III*, Padova, 2007, p. 171. Gli Autori riferiscono che vi è anche chi estende le qualifiche a persone che si trovano in un qualche rapporto di vicinanza con il bene giuridico protetto dalla norma (si pensi al caso di colui che trova una persona in pericolo nell’ambito dell’omissione di soccorso). In tema di omissione e reato proprio v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.

Per completezza, va ricordato che secondo alcuni la qualità personale dell’agente può anche assumere un ruolo diverso ed estraneo a quello proprio degli elementi essenziali. Essa può essere estranea al disvalore del fatto e limitarsi a condizionare la punibilità per mere ragioni di opportunità che sconsigliano la repressione generalizzata di quel fatto, quantunque e in ogni caso offensivo. Qui la qualità è *condizione obiettiva di punibilità*, come per esempio l’essere “imprenditore fallito” nel reato di bancarotta fallimentare. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. gen., cit.*, p. 240.

<sup>14</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Firenze, 1897, § 52.



“[...] sono reati subiettivamente speciali quelli che non possono commettersi se non da persone dipendenti dello Stato per vincoli di subiezione particolare (pubblici funzionari, militari, carcerati), sono invece obiettivamente speciali quei reati che, presupponendo il vincolo di sudditanza generale, costituiscono violazioni di particolari doveri verso la pubblica amministrazione, quali i reati di polizia e finanza”<sup>15</sup>.

Con riguardo al suddetto vincolo di dipendenza, è immediato il rimando alla teoria soggettiva, imperante prima della riforma intervenuta con la legge n. 86 del 1990, la quale ricollegava la qualità di pubblico agente al possesso di una determinata qualifica impiegatizia: rilevava, a tal fine, l’essere organicamente inserito nella pubblica amministrazione a prescindere dalla natura della singola attività esercitata.

Successivamente Manzini distingue, all’interno del *genus* “reati speciali”, i propri dagli impropri a seconda che il fatto, in difetto della qualità, non costituisca reato oppure integri un reato comune<sup>16</sup>.

Richiamandosi direttamente a quest’ultima precisazione, vi è poi chi ha differenziato i “reati propri in senso puro” dai “reati propri in senso lato”: nei primi il possesso della qualifica fonderebbe la punibilità del fatto, diversamente, nei secondi, la stessa qualifica rilevarebbe unicamente sul piano del titolo del reato<sup>17</sup>.

Altri studiosi, mutuando il concetto di “legittimazione” per riferirlo al compimento di una condotta illecita<sup>18</sup>, ritengono di distinguere, all’interno dei reati propri, le ipotesi in cui l’illiceità della condotta è direttamente legata al possesso della qualifica normativa (come nel caso della qualifica di “militare”, necessaria per l’applicazione della relativa legge speciale), dai casi in cui essa dipende, piuttosto, da una situazione di fatto la cui presenza determina l’insorgere in capo al soggetto di un obbligo particolare<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1908, p. 355. In realtà il termine “speciale” può ingenerare confusione, riferendosi propriamente alla legge penale.

<sup>16</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 578.

<sup>17</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Pt gen.*, cit., p. 198.

<sup>18</sup> A. PAGLIARO, *Il concorso dell’estraneo nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 1995, p. 975. Il concetto di legittimazione ad agire, di matrice civilprocessualistica, designa l’attitudine a realizzare validamente un particolare tipo di atti; nel caso del reato proprio solo il soggetto in possesso della qualifica è “legittimato” al compimento della condotta illecita richiesta dal reato.

<sup>19</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Pt. gen.*, Milano, 2003, p. 167.

In quest'ultima categoria vengono fatti rientrare proprio gli illeciti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, definiti precisamente quali “delitti funzionali”<sup>20</sup>.

In essi la qualifica soggettiva non precede il fatto, ma deriva al soggetto da un'attività che egli compie al momento del fatto stesso; l'esercizio di una funzione pubblica nella situazione concreta costituisce, pertanto, il *prius* logico da cui deriva lo *status* di funzionario, necessario per la configurazione del reato.

Tale ricostruzione consente di classificare i delitti funzionali quali “delitti propri a struttura inversa”, nel senso che è necessario indagare il fatto prima di poter asserire con certezza se la qualifica di pubblico funzionario sussista realmente<sup>21</sup>.

Dottrina autorevole suggerisce, un'ulteriore partizione tra: “reati propri non esclusivi” (qui il fatto, in assenza della qualifica soggettiva, integra pur sempre un illecito extrapenale), “reati propri semiesclusivi” (in cui il fatto, privo di qualifica, integra un diverso reato, più o meno grave) e “reati propri esclusivi”(dove il fatto, senza la qualifica soggettiva, è di per sé inoffensivo e quindi lecito)<sup>22</sup>.

Nella ricchezza di opzioni interpretative, vi è, ancora, chi circoscrive la categoria dei reati propri unicamente a quelle ipotesi in cui la qualifica si inserisce, quale elemento specializzante, su di una preesistente fattispecie base comune (per esempio il peculato rispetto all'appropriazione indebita): secondo questa impostazione il reato proprio è quell'illecito, certamente caratterizzato dal richiedere una particolare qualifica del suo autore (c.d. “requisito positivo speciale di soggettività”), che si distingue soprattutto per essere affiancato da un modello “parallelo” realizzabile da chiunque<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Pt. spec.*, cit., p. 27.

<sup>21</sup> A. PAGLIARO, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 975.

<sup>22</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Pt gen.*, cit., p. 109; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. gen.*, cit., p. 239.

<sup>23</sup> G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1988, p. 598. L'Autore distingue i “reati propri in senso normativo” (affiancati da una parallela fattispecie comune) dai “reati a soggettività ristretta o di mano propria” (che, pur non presentando una ipotesi base comune, si caratterizzano per specifici e ulteriori requisiti di legittimazione, quali la necessità di una esecuzione personale – es. aborto, incesto -). L'ulteriore distinzione tra reati “propri” e “pseudopropri” (che non presentano un modello parallelo realizzabile da chiunque e in cui la particolare qualità del soggetto si riflette necessariamente nel fatto e quindi nell'oggetto del dolo) si rinviene anche in A. FIORELLA, *Sui rapporti fra bene giuridico e le particolari condizioni personali*, cit., p. 193.

Non mancano, infine, enunciazioni meramente nominalistiche che pongono l'accento esclusivamente sul dato formale della possibile commissione di determinati illeciti da parte di soggetti particolarmente qualificati<sup>24</sup>.

### ***1.1.3. L'inquadramento dogmatico in Germania***

Sotto il profilo della comparazione, è ora interessante verificare quali sono stati gli approdi a cui è giunta, in merito all'inquadramento dogmatico del reato proprio, la dottrina tedesca, la quale con il suo lavoro ha influenzato, del resto, gran parte della nostra elaborazione teoretica.

In proposito, occorre premettere che l'analisi classificatoria operata in Germania è tradizionalmente accompagnata dal tentativo di prospettare una o più definizioni generali di reato proprio; quelle più significative che sono state elaborate sono le seguenti: “fattispecie formulate così da non poter essere realizzate direttamente (*unmittelbar*) da ciascuno di coloro che sono sottoposti alla legge”<sup>25</sup>; “precetti penali che si indirizzano solo nei confronti di una cerchia limitata di soggetti idonei a commettere il delitto (*deliktsfähige Personen*)”<sup>26</sup>; “fattispecie a soggettività ristretta (*subjektiv beschränkte Tatbestände*)”<sup>27</sup> o, infine, “fattispecie per la cui realizzazione è necessario un particolare requisito personale”<sup>28</sup>.

Tornando all'indagine circa il ruolo rivestito dalla qualifica soggettiva all'interno della fattispecie propria, una contrapposizione classica che si rinviene è quella tra *echte* e *unechte Sonderverbrechen* (rispettivamente, reati “propri” o esclusivi e reati “impropri” o non esclusivi): a seconda che la qualifica fondi la punibilità

---

<sup>24</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 174. L'Autore non manca di precisare come serva sempre un accurato esame della norma incriminatrice per accertare se il reato può effettivamente essere commesso da qualsiasi persona, oppure soltanto da chi rivesta una data qualità o si trovi in una certa posizione.

<sup>25</sup> J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig, 1903, p. 1.

<sup>26</sup> K. ROEDER, *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, in ZStW, 69, 1957, p. 239.

<sup>27</sup> RID, *Ist mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft des außenstehenden bei Sonderstraftaten möglich?*, München, 1950, p. 18.

<sup>28</sup> BAMBACH, *Die Strafflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, Diss Frankfurt, 1963, p. 1.

dell'agente, o si limiti a modificare la cornice edittale (fungendo da aggravante) si sarà in presenza dell'una o dell'altra tipologia di reato<sup>29</sup>.

Ne consegue che il primo tipo potrà essere commesso solo da persone con speciali qualità indicate nella fattispecie, mentre il secondo da chiunque: e qui l'autoria di un soggetto qualificato comporterà solo un aumento di pena.

Altra partizione si basa sul differente fondamento della qualifica del soggetto attivo descritta nella fattispecie: vi sono dunque *Sonderverbrechen aus rechtlichen Gründen* ("per ragioni giuridiche") e *Sonderverbrechen aus physischen Gründen* ("per ragioni fisiche o naturalistiche")<sup>30</sup>.

Essa si limita, semplicemente, a vagliare se l'individuazione del soggetto attivo avvenga attraverso il ricorso ad una qualifica normativa (come nel caso del pubblico ufficiale), oppure per il tramite di un dato naturalistico.

Menzionabile, anche se priva di particolare efficacia euristica, è la distinzione tra *natürlichen* e *positiv rechtlichen Sonderverbrechen*: essa registra la presenza, accanto a fattispecie "geneticamente" proprie, di fattispecie in astratto realizzabili da chiunque, ma rispetto alle quali è, poi, la norma penale a circoscrivere il novero dei possibili autori<sup>31</sup>.

Più importante appare la relazione tra *tätergebundene* (attinenti al soggetto) e *erfolgsgebundene* (attinenti all'evento) *Sonderdelikte*.

Si tratta di una classificazione, sorta nell'ambito del concorso di persone, che dipende dalla interpretazione delle particolari fattispecie: la legge può infatti porre in speciale evidenza la peculiare qualità dell'autore come negli *Amtsdelikte* (reati d'ufficio) o, piuttosto, far risaltare la necessità dell'impedimento dell'evento<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> La partizione descritta è riportata nella maggior parte dei manuali di parte generale tra i quali: C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, München, 1997, p. 283; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin, 1996, p. 266.

<sup>30</sup> J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 18.

<sup>31</sup> J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 3.

<sup>32</sup> RID, *Ist mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft des außenstehenden bei Sonderstrafataten möglich?*, cit., p. 76.

La distinzione in parola sembra essere stata accolta dalla dottrina italiana laddove individua le categorie dei “reati esclusivi riferiti all’azione” e dei “reati esclusivi riferiti all’evento”<sup>33</sup>.

Mentre nei primi la condotta criminosa è imprescindibilmente legata a posizioni personali di potere e di dovere radicate nella normativa extrapenale, nei secondi è possibile ammettere una estensione del novero dei potenziali soggetti attivi, poiché al soggetto qualificato viene imposta una mera obbligazione di risultato<sup>34</sup>.

Brevemente esaurita l’indagine meramente classificatoria sul reato proprio, è opportuno ora indagarne l’essenza e, quindi, la vera e propria struttura.

In proposito, sono state elaborate tre distinte teorie: quella della “norma propria” (*Sondernorm*), quella “della fattispecie propria” (*Sondertatbestand*) e quella “del bene giuridico proprio” (*Sonderrechtsgut*).

Alla teoria della norma propria si può ricondurre la dottrina del dovere proprio (*Sonderpflicht*), poiché anche qui l’obbligo rappresenta la concretizzazione della norma astratta, ma di questa specifica concezione si parlerà più avanti.

Ciò che rileva nella teoria della *Sondernorm*, è che il criterio distintivo tra reati propri e reati comuni si risolve nel fatto che, nei primi, comandi e divieti vengono riferiti esclusivamente ad una cerchia limitata di persone aventi caratteristiche tali da poter commettere il delitto<sup>35</sup>.

Si può affermare, pertanto, che queste norme a “destinazione particolare” indirizzano i loro imperativi e la loro connessa obbligatorietà riconducendoli ad alcuni specifici e preesistenti requisiti di persona.

L’individuazione dei precetti vincolanti solo per alcune categorie rispetto a quelli “comuni” viene, tuttavia, rimessa all’interpretazione caso per caso, poiché non esiste una previa individuazione certa e costante dei limiti di validità personale<sup>36</sup>.

Per la *Sondertatbestand theorie*, invece, la fattispecie propria si caratterizza per la scelta legislativa di limitare la punibilità ai soli soggetti normativamente indicati (in

---

<sup>33</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, cit., p. 312.

<sup>34</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, cit., p. 231.

<sup>35</sup> J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p.11.

<sup>36</sup> J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 10.

questo caso, l'essenza del reato proprio consiste nella sola punibilità delle condotte poste in essere dall'*intraneus*)<sup>37</sup>.

Particolarmente suggestiva è la terza impostazione dogmatica che fa leva sulla peculiare natura del bene giuridico: essa ritiene, infatti, che la qualifica soggettiva non è preponderante rispetto all'interesse tutelato, nel senso che non costituisce un "indice di riconoscimento" dello stesso, ma è, invece, il bene giuridico il *prius* logico per l'identificazione del soggetto attivo<sup>38</sup>.

Si tratta di una teorizzazione che opera una inversione metodologica rispetto alle due precedenti dottrine: l'imposizione di obblighi in capo solo ad una cerchia di soggetti non trae, infatti, la sua origine dalla norma, o dalla fattispecie, ma dall'esistenza di beni giuridici particolarmente rilevanti. In sostanza è dal bene che consegue la qualifica e dalla qualifica deriveranno, poi, i doveri connessi<sup>39</sup>.

L'immediato punto di riferimento per l'interprete si sostanzia, quindi, nel bene giuridico tutelato da queste fattispecie: è, infatti, la sua particolare natura a consentire che la lesione intervenga solo ad opera di soggetti "legittimati".

Queste riflessioni si rinvergono, in realtà, già nella dottrina tedesca di inizio secolo ove si evocava l'"affidamento" (*überantwortung*) ad una cerchia ristretta di persone di beni giuridici che solo costoro erano in grado di aggredire, in virtù dell'esistenza di un particolare legame con il bene stesso.

Il fondamento della punibilità veniva così, sostanzialmente, ravvisato nella violazione di questo sotteso "rapporto fiduciario"<sup>40</sup>.

Parte della dottrina italiana ha ripreso e reinterpretato tale concetto di "affidamento" per giustificare l'inserimento, nel novero dei reati propri, di quelle ipotesi in cui il riferimento ad un soggetto qualificato incide sulle modalità di lesione del bene giuridico<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> W. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 58.

<sup>38</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 864.

<sup>39</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 864.

<sup>40</sup> A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 28.

<sup>41</sup> E. VENAFRO, voce "Reato proprio", in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, p. 341.

In questi casi il comportamento illecito si sostanzia nella violazione di un dovere che attiene ad un preciso rapporto.

La sussistenza di un autore qualificato non rileva, quindi, tanto in ordine all'identificazione dell'interesse tutelato, quanto sul piano del disvalore della condotta; si sostiene infatti che: “il riferimento alle condizioni soggettive ha la funzione di collocare la lesione nella violazione di un particolare rapporto che unisce, attraverso un legame di fiducia, il soggetto qualificato all'interesse sostanziale. La violazione del dovere incide, pertanto, sulla modalità di lesione e non sull'individuazione dell'interesse”<sup>42</sup>.

Per completare il quadro, va precisato che la teoria tedesca del bene giuridico proprio, precedentemente menzionata, si caratterizza per due ulteriori e distinti indirizzi che richiamano i concetti di “bene giuridico speciale” e di “doppio bene giuridico”<sup>43</sup>.

La prima impostazione non fa altro che limitare ulteriormente l'oggetto della tutela penale, circoscrivendo l'affidamento ad interessi di particolare rilievo; solo questi ultimi, infatti, legittimerebbero la ragionevole imposizione di onerosi obblighi di protezione in capo al soggetto qualificato.

Quest'ultimo si caratterizzerebbe per avere un rapporto privilegiato con il bene giuridico, rinvenendosi una vera e propria “connaturalità” dell'interesse protetto alla situazione soggettiva<sup>44</sup>.

Diversamente, i sostenitori del “doppio bene giuridico” individuano, accanto alla lesione del bene di esclusiva pertinenza dell'agente agente (che per questo può essere definito ad “offendibilità limitata”), un oggetto di tutela più vasto e comune a tutti i consociati (e dunque generalmente offendibile)<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> E. VENAFRO, voce “*Reato proprio*”, cit., p. 342. Nei reati propri in cui la qualifica svolge la funzione di individuare una modalità della lesione rientrano oltre alle fattispecie che si fondano sulla “violazione di un dovere” (c.d. *Pflichtdelikte* di cui si dirà a breve), anche le ipotesi di reati propri “esclusivi”: queste fattispecie sono caratterizzate dal fatto che il soggetto attivo si proietta nell'interesse tutelato e viceversa; anche qui, dunque, il riferimento al soggetto qualificato ha la funzione di identificare una modalità della condotta, solo quest'ultima finisce col coincidere con l'intera offesa in quanto quello che viene identificato come disvalore della condotta non è altro che il risvolto finalistico della norma.

<sup>43</sup> A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 28.

<sup>44</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 868.

<sup>45</sup> Fra i sostenitori della teoria del doppio bene giuridico, sorta con riferimento ad una particolare categoria di reati (gli *Amtsdelikte* – reati d'ufficio): P. KARSTEDT, *Der Begriff der Amtsdelikte im*

La teoria è sorta con riferimento ad una particolare categoria di reati, gli *Amtsdelikte* (reati d'ufficio) - di cui si è già accennato -, nei quali sarebbe rinvenibile un ulteriore contenuto di disvalore complesso e combinato, vale a dire l'offesa ad un bene giuridico collettivo generale, il quale consiste nella conformità alla legge dell'azione amministrativa statale<sup>46</sup>.

Il parallelo con gli odierni reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è di tutta evidenza: il buon andamento e l'imparzialità costituiscono il bene giuridico superiore e generalizzante che delimita e riassume questo gruppo di reati.

Appare fin troppo chiaro come la *ratio* di tale ultima impostazione sia quella di porre la sanzione penale a presidio non solo di un personale obbligo di fedeltà, ma anche dell'inviolabilità collettiva di altri beni giuridici ritenuti primari.

Un'ipotesi ricostruttiva, sempre di matrice tedesca, molto importante, perché anch'essa direttamente applicabile allo studio dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, è quella delle c.d. "fattispecie penali d'obbligo" (*Pflichtdelikte*)<sup>47</sup>.

L'assunto fondamentale di questa teoria risiede nell'identificazione di una particolare tecnica di formulazione propria della fattispecie in oggetto: in essa, infatti, il legislatore collega la sanzione all'inosservanza da parte del soggetto di obblighi che gli derivano direttamente dal ruolo che riveste e che ineriscono ad un settore diverso da quello penale<sup>48</sup>.

In sostanza, nei *Pflichtdelikte* viene tutelata dalla fattispecie la funzionalità di settori della vita che hanno già una loro configurazione giuridica.

---

*geltenden Strafrecht und seine Reform*, Diss. Leipzig, 1931, p. 64; W. STEPHAN, *Die Amtsverbrechen und der § 50 RStGB*, Diss. Halle, 1938, p. 25.

<sup>46</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 877.

<sup>47</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, VII ed., 2000, p.25. Sul tema v. anche J. SÁNCHEZ – VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999. L'autore distingue tra obblighi derivanti da una sfera di organizzazione (*Sonderlikte*) che comunemente nascono dal contatto tra più persone (es. obblighi inerenti la circolazione stradale) e obblighi di carattere istituzionale (*Pflichtdelikte*) destinati a garantire determinate relazioni, rispetto a beni protetti in modo specifico.

<sup>48</sup> C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970 (traduzione italiana a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986). L'autore precisa che il rinvio operato dalla norma penale a questa serie di doveri non viola il principio di legalità nella misura in cui essi siano determinati.



Allo scopo di proteggere in modo rafforzato i beni giuridici sottesi a tali settori, vengono di volta in volta assegnati a particolari soggetti speciali doveri: i titolari di questi doveri si distinguono dagli altri eventuali partecipi per l'esistenza di un particolare rapporto con il contenuto di illiceità del fatto e, in questo senso, il legislatore richiede una autorità qualificata<sup>49</sup>.

Il “dovere” in questione viene identificato come un *quid pluris* che si somma alla lesione del bene giuridico e, dunque, all'illiceità di base del fatto; da ciò discende che il dovere non si sostituirà al bene (e, quindi, da solo non potrà mai connotare l'essenza del reato proprio), ma servirà a localizzare correttamente il destinatario della sanzione<sup>50</sup>.

*Pflichtdelikte* sono sicuramente i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione nei quali il rapporto tra qualifica e bene tutelato è chiaramente delineato.

Al di là dell'utilità della teorizzazione in parola per tracciare un'origine di queste fattispecie e per comprendere, più in generale, la posizione della dottrina che ritiene i reati propri come “violazioni di un particolare dovere giuridico”, il dubbio fondamentale che pone la categoria dei *Pflichtdelikte* è quello della sua compatibilità con un sistema penale fondato sull'offesa del bene giuridico.

Il rischio è, infatti, che, al di là delle enunciazioni di principio, la violazione dell'obbligo assorba il disvalore complessivo della fattispecie, ponendo in una posizione di grave incertezza il ruolo del bene giuridico.

## **2.1. Incidenza della qualifica soggettiva nella teoria del reato proprio**

Appurata l'importanza della “particolare situazione soggettiva” rivestita dall'autore di un reato proprio, e prima di approfondire il contenuto degli articoli 357 e 358 c.p., è opportuno analizzare, più in generale, quale sia la collocazione e l'incidenza delle qualifiche soggettive pubblicistiche all'interno della teoria del reato proprio.

---

<sup>49</sup> G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 882.

<sup>50</sup> A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 57.

Per quanto riguarda la struttura, le qualifiche in parola rientrano nel novero dei c.d. “elementi normativi della fattispecie”.

Come ben sappiamo, si tratta di concetti il cui significato è contenuto in una disposizione diversa da quella incriminatrice, ma che viene da quest’ultima richiamata<sup>51</sup>.

Si è in presenza di elementi normativi in tutti i casi in cui l’ordinamento, descrivendo il fatto di reato, “isola” taluni dei suoi componenti e li specifica, attraverso un procedimento di eterointegrazione, ricorrendo a qualifiche normative ricavabili da ordinamenti settoriali extrapenali giuridici o extragiuridici<sup>52</sup>.

Gli “elementi” descritti, proprio perché si sostanziano in note qualificative di specifiche situazioni del reale considerate nella disposizione incriminatrice, possono interessare qualsiasi momento del fatto, dal presupposto all’evento<sup>53</sup>.

Le disposizioni integratrici non servono però a determinare nuovi elementi del reato, poiché le circostanze sulla cui concretizzazione influiscono sono già previste dalla norma – madre incriminatrice.

Di qui la legittimità di considerarle estranee alla norma penale perfetta, essendo già rinvenibile in quest’ultima la previsione e tipizzazione di tutti gli elementi del reato<sup>54</sup>.

L’utilizzo degli elementi normativi è espressione di una tecnica legislativa c.d. “sintetica”, contrapposta a quella che tradizionalmente viene definita “descrittiva”, la quale, per rappresentare il fatto criminoso, utilizza dati propri dell’esperienza sensibile.

Sull’importanza e sulla specifica funzione degli elementi normativi la dottrina, non solo quella italiana, si interroga da sempre.

Peculiare è l’orientamento proposto da Welzel, e successivamente studiato da Kaufmann Armin, che enuclea dalla categoria degli elementi normativi quelli che spiccano per la loro inerenza al momento dell’obbligo (elementi speciali dell’obbligo)<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Pt. gen.*, cit., p. 82.

<sup>52</sup> G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 458.

<sup>53</sup> G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 458.

<sup>54</sup> D. PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 261.

<sup>55</sup> H. WELZEL, *Der Irrtum über die Zuständig einer Behörde*, in JZ, 1952, p. 98; KAUFMANN ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gottingen, 1954, p. 98.

L’assunto fondamentale di questa teoria si riassume nel ritenere il reato una “violazione di un dovere” e il reato proprio un “reato di posizione”<sup>56</sup>.

Il fulcro della riflessione riguarda, pertanto, il modo d’essere del soggetto agente, in capo al quale si impone uno speciale dovere di fedeltà, che si concretizza nel generico obbligo di astenersi dalla lesione dell’interesse protetto. Il sorgere di questo vincolo dipende direttamente dalla “particolare conoscenza che l’autore ha delle condizioni di vita che fondano il dovere”<sup>57</sup>.

Secondo tale impostazione la qualifica soggettiva andrebbe, dunque, ricompresa tra i requisiti di una c.d. “antigiuridicità speciale”.

In questo senso si arriva a sostenere che il bene tutelato da ciascun precetto è la fedeltà del soggetto al volere della norma stessa e, in relazione alla qualifica di pubblico ufficiale, si può affermare che essa non è un requisito della fattispecie, ma un momento dell’obbligo speciale, incumbente sul soggetto così qualificato.

Ciò che determina il reato non è, pertanto, la qualità del soggetto agente, ma la violazione di un particolare obbligo d’ufficio.

Se in un primo tempo l’essenza di questo “dovere speciale” venne ritenuta estranea al fatto, rientrando, come detto, nell’antigiuridicità, a distanza di qualche anno Welzel inserì la conoscenza del sostrato materiale della qualifica tra i presupposti di realizzazione del fatto tipico, annoverando la conoscenza del dovere speciale tra gli elementi della fattispecie soggettiva rilevanti sul piano della colpevolezza<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Per ulteriori approfondimenti v. A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 93.

<sup>57</sup> A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 94.

<sup>58</sup> Il punto fragile della costruzione di WELZEL sembra quello della identificazione della consapevolezza del dovere accentuato di fedeltà con la consapevolezza della “situazione di vita motivante il dovere e la posizione d’ufficio”: se con tale espressione si allude alla situazione giuridica specificamente recepita dalla norma incriminatrice è facile obiettare che tale situazione è in rapporto diretto ed immediato non solo e non tanto con un preteso dovere generico di fedeltà alle norme, connaturato all’essere del soggetto, quanto soprattutto col dovere imposto dalla norma incriminatrice specificamente a garanzia dell’interesse protetto, e quindi con l’intera strutturazione oggettiva del tipo d’illecito. La consapevolezza di tale situazione è, quindi, essenziale ai fini del dolo in quanto è un riflesso sul piano psicologico del nesso esistente fra la situazione medesima e i dati di tipicità oggettiva attraverso cui si snoda la condotta lesiva; e non basta una consapevolezza generica o inattuale, ma occorre che il soggetto abbia presenti nell’atto della commissione del reato i termini essenziali (fra cui è la situazione) della realtà sulla quale il suo comportamento incide. G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 237.

Rimane, comunque, il fatto che l'adesione al postulato teorico appena tratteggiato sminuisce grandemente il ruolo assolto dalla qualifica soggettiva nella delimitazione della fisionomia del tipo delittuoso.

Data la complessità del tema e l'intreccio costante che esso determina tra dimensione oggettiva e soggettiva del reato, non stupisce la difficoltà riscontrata nel rispondere a tutta una serie di interrogativi in tema di elementi normativi e, quindi, di qualifiche soggettive.

Come si pongono questi elementi rispetto al fatto tipico? In quale misura il concetto normativo dipende dalla norma incriminatrice? Il soggetto agente deve rappresentarsi, oltre alla dimensione fattuale, anche la qualificazione dell'elemento normativo? E' possibile che un errore sulla norma integratrice non sia al tempo stesso un errore sul concetto normativo?

Per dare una risposta a queste e ad altre domande è necessario continuare ad indagare la collocazione e la funzione delle qualifiche soggettive all'interno del reato proprio.

In proposito, oggi la dottrina maggioritaria sposa la teoria che riconosce, all'interno della fattispecie, una vera e propria efficacia costitutiva della posizione soggettiva<sup>59</sup>.

Secondo tale impostazione la situazione subiettiva, giuridica o di fatto, incide direttamente sul contenuto di disvalore, e quindi sull'illiceità, del comportamento.

In questo senso, la posizione soggettiva costituisce il nucleo essenziale della fattispecie di reato, poiché in sua assenza la condotta diverrebbe penalmente irrilevante.

Quelle che sembrano considerazioni scontate, in realtà, costituiscono il punto d'approdo di una lunga *querelle* tra chi ha riconosciuto alla qualifica la natura di mero presupposto del fatto e chi l'ha identificata, diversamente, quale elemento strutturale della fattispecie.

---

<sup>59</sup> La dottrina ha in realtà elaborato una triplice partizione a seconda del ruolo svolto dalla posizione soggettiva nella struttura del reato; accanto alla efficacia costitutiva si rinviene, infatti, anche quella modificativa e impeditiva. La prima riconosce alla qualifica il ruolo di elemento accidentale del reato, quale circostanza in grado di aggravare o attenuare l'entità del reato stesso; la seconda vi ricollega la capacità di far venir meno, da un lato, il rapporto di contraddizione tra condotta e disposizione incriminatrice o, dall'altro, unicamente la punibilità del soggetto agente. G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p. 26 (ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 451); F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, p. 212; G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 13; S. FIORE, *Diritto penale*, Pt. gen., I, *Introduzione allo studio del diritto penale – La legge penale – Il reato*, Torino, 1993 p. 159.

### **2.1.1. La qualifica soggettiva come presupposto del fatto**

Nell'affrontare il tema della collocazione della qualifica soggettiva all'interno della struttura del reato, si incontrano molteplici e contrastanti orientamenti.

Dottrina autorevole ha, tradizionalmente, affermato che il soggetto attivo e le sue qualifiche non rientrano nel fatto costitutivo di un reato, configurando, al contrario, semplici presupposti dello stesso<sup>60</sup>.

Alcuni hanno approfondito ulteriormente il tema, affermando che all'interno dei reati che richiedono nel soggetto attivo una essenziale qualità personale, la stessa potrà costituire, indifferentemente, un “presupposto del fatto”, ovvero un “presupposto del reato”<sup>61</sup>.

In proposito, occorre precisare che “presupposti del fatto” sono quegli elementi giuridici o materiali, anteriori all'esecuzione del fatto, la cui sussistenza è richiesta per l'integrazione di una fattispecie di reato<sup>62</sup>.

Se l'elemento è “giuridico”, si intende la norma di diritto o l'atto giuridico presupposto necessario; se, diversamente, l'elemento è materiale, si tratta delle condizioni reali preesistenti nelle quali deve iniziarsi e compiersi l'esecuzione del fatto (tali condizioni potranno a loro volta derivare da atti giuridici, ovvero sostanziarsi in mere situazioni di fatto, soggettive od oggettive).

“Presupposti del reato” sono, invece, quegli elementi, anch'essi anteriori alla esecuzione del fatto, positivi o negativi, cui si ricollega la sussistenza di un determinato

---

<sup>60</sup> M. GALLO, voce “Dolo” (dir. pen.), in *Enc.Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 763. L'Autore nell'ambito di un celebre studio in tema di dolo, ed a proposito della particolare disciplina degli elementi normativi della fattispecie, sostiene l'irrelevanza di un eventuale errore sulla qualifica soggettiva perché relativo ad “elementi estranei al fatto”.

<sup>61</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V ed., aggiornata da P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, vol. I, a cura di G. D. PISAPIA, *La scienza del diritto penale - Relazioni e fonti del diritto penale - Diritto transitorio - Diritto penale internazionale - I soggetti - Il reato - L'imputabilità*, Torino, 1981, p. 427. Per alcuni rilievi critici G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 130, il quale evidenzia l'illogicità di attribuire al medesimo elemento (la qualifica soggettiva) “due diverse funzioni [...] una volta un antecedente necessario per la sussistenza del fatto, un'altra un antecedente logico giuridico per la sussistenza del titolo”.

<sup>62</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 520.

titolo di reato; in sostanza si tratta degli antecedenti logico-giuridici richiesti perché il fatto sia imputabile per il titolo che si considera<sup>63</sup>.

Inserire la qualifica soggettiva all'interno dell'una o dell'altra categoria comporta, inevitabilmente, diverse conseguenze: infatti, la funzione della condizione subiettiva di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio potrà essere quella di rendere illecito un fatto che, in assenza della qualità, sarebbe lecito; oppure da essa potrà dipendere il titolo di un reato, nel senso che, a seconda della sua presenza o mancanza, il fatto costituirà pur sempre un crimine, ma di tipo diverso rispetto a quello provvisto della specifica indicazione soggettiva (classico esempio è offerto dal reato di peculato rispetto a quello di appropriazione indebita).

Comune ad entrambe le tesi descritte è l'effetto di negare la riconducibilità della qualifica soggettiva nell'ambito della dottrina del fatto, ma dato che già da tempo autorevoli studiosi ritenevano corretto che fosse, invece, proprio il fatto la sede appropriata per discutere di qualità soggettive, si verificò una progressiva inversione di tendenza<sup>64</sup>.

Anche se per lungo tempo ha continuato ancora a resistere l'impostazione volta a non fondere fatto costitutivo e qualità personale, in dottrina si è assistito, infatti, a qualche timida, ma significativa apertura.

Giacomo Delitala, in un suo celebre scritto, ha affermato, che la qualità personale dell'agente nei reati propri rileva solo da un punto di vista sanzionatorio ("condizionando l'applicabilità ora di una qualsiasi sanzione [...] ora di una determinata specie di sanzione") e, pertanto, esula dai presupposti del fatto per rientrare nell'alveo dell'antigiuridicità<sup>65</sup>.

Tuttavia, nel proseguo del ragionamento, ha precisato tale assunto riconoscendo che: "la preesistenza di una qualità personale del soggetto riposa, a sua volta, su un

---

<sup>63</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 520.

<sup>64</sup> G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 426. L'Autore osserva che "[...] se una qualità si estrinseca nel fatto nel senso che l'azione non è concepibile o che l'evento così come è descritto nella fattispecie non si può – in mancanza di qualità – verificare, è chiaro che la posizione in cui il soggetto si trova non potrà più considerarsi presupposto del reato, ma si dovrà ritenere elemento del fatto o se si vuole circostanza costitutiva dello stesso".

<sup>65</sup> G. DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 157.

elemento di fatto, dal quale deriva o nel quale si concreta. Ed in tale elemento non può non ravvisarsi un estremo del fatto”<sup>66</sup>.

Questa puntualizzazione non è secondaria, né priva di significato, al contrario, essa ha contribuito a sviluppare il dibattito che ha portato alla formazione di ulteriori ed interessanti teorizzazioni volte ad avvicinare progressivamente le qualifiche soggettive all’“area del fatto”.

### ***2.1.2. La qualifica soggettiva come elemento strutturale della fattispecie***

Il ragionamento che ha determinato una significativa frattura rispetto alle ricostruzioni appena descritte si sostanzia nell’aver compreso che non è tanto il concetto di “posizione” soggettiva ad esplicitare una efficacia costitutiva nel reato proprio, quanto “il dato primario da cui essa scaturisce: il substrato materiale o giuridico su cui si radica il contatto fra il soggetto e il bene, o interesse, penalmente tutelato”<sup>67</sup>.

Da ciò si evince che è “la situazione giuridica subiettiva” (questa sembra l’espressione più corretta) a far parte a pieno titolo del fatto di reato, quale essenziale componente oggettiva, e non, invece, la qualità e la posizione che sono soltanto dati secondari attraverso i quali si estrinseca, formalmente, il contatto ontologico o normativo fra la situazione dell’agente e l’oggetto della tutela penale<sup>68</sup>.

L’utilizzo del termine “qualifica soggettiva”, ai fini della presente riflessione, appare pertanto improprio, poiché esso esprime un semplice concetto di relazione tra il soggetto attivo e il bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

Si tratta di una vuota formula ed è, pertanto, condivisibile la sua prospettazione come semplice “elemento conduttore, estrinseco al fatto, del comando penale al soggetto obbligato”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> G. DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 212. Da queste riflessioni si può inferire che un errore che ricade sulla mera qualità non avrà mai efficacia scusante, mentre lo stesso assume pieno rilievo se coinvolge l’elemento del fatto da cui deriva la predetta qualità.

<sup>67</sup> G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 53

<sup>68</sup> G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 251.

<sup>69</sup> G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 230.

Ciò che, invece, interessa veramente, per cogliere le sfumature della teoria in oggetto, è il peculiare substrato materiale o giuridico su cui la “qualifica” si fonda e che ne è la causa, poiché la sua funzione è quella di plasmare sia la condotta che l’offesa.

Condizionando l’idoneità della prima, infatti, si determinerà l’effettivo insorgere della seconda e a questo punto, in assenza della situazione subiettiva, non sarà realizzabile né la condotta tipica, né l’offesa incriminata.

Condivide tale impostazione, tra gli altri, Pagliaro (il quale menziona la c.d. “legittimazione al compimento della condotta illecita”), operando, sul punto, ulteriori precisazioni, in grado di coinvolgere anche l’elemento soggettivo del dolo, di cui si dirà in seguito.

Pagliaro non è l’unico a ritenere la situazione subiettiva quale premessa logico-giuridica della condotta e dell’offesa che, in quanto tale, si riflette sempre sul fatto costituente reato.

Sul punto si è sviluppato un primo e risalente orientamento dottrinale, il quale, contrapposto a quello riportato nel precedente paragrafo, individua la qualifica soggettiva, così come descritta, al pari di un elemento strutturale della fattispecie<sup>70</sup>.

In quanto tale, essa non esaurisce più i suoi effetti in un ambito puramente soggettivo, ma possiede un importante connotato oggettivo, nel senso che la posizione stessa si rinfrange sulla fattispecie obiettiva, influenzando sul fatto e conformandolo<sup>71</sup>.

Illuminanti in questo senso sembrano essere i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e anche alcuni reati contro l’amministrazione della giustizia: si pensi, infatti, a concetti quali “abuso di qualità”, “abuso di funzione” o “abuso di poteri inerenti la funzione”; in tutte queste situazioni tipizzate dal legislatore è d’immediata intuizione il riflesso della posizione sul fatto.

Il reato proprio si struttura, dunque, sulla base della contrarietà della condotta incriminata ai doveri inerenti alla qualità o in ordine al superamento dei poteri che essa conferisce al soggetto.

---

<sup>70</sup> G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p. 33; G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 219; D. PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 340; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Pt. gen., cit., p. 166; F. PALAZZO, *L’errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 181; G. FLORA, voce “Errore”, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1990, p. 265.

<sup>71</sup> G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p.



In questi termini appare chiaro come la qualifica soggettiva vada sempre considerata nel suo “fondersi” con le componenti oggettive del fatto e ciò comporta, come vedremo, inevitabili riflessi in tema di dolo.

Secondo questa prospettazione, l'essenza del reato proprio va, dunque, ricercata nell'intima connessione, nel “nesso circolare” che lega soggetto attivo, bene giuridico, situazione materiale e qualifica<sup>72</sup>.

Questa teoria che vede, tra l'altro, nell'autore qualificato una sorta di “risolto soggettivo” dell'offesa è stata, tuttavia, messa in discussione da chi aderisce ad una concezione strettamente realistica del bene giuridico, secondo cui la lesione ad un interesse deve assumere un sostrato identificabile a prescindere dalla norma e non risolversi semplicemente nella finalità di tutela ad essa postulata<sup>73</sup>.

Interpretando il bene giuridico non in senso puramente metodologico, quale scopo della norma, ma come situazione reale oggetto di valutazione giuridica, la qualifica soggettiva non potrà avere il ruolo di identificare l'interesse protetto; lo stesso potrà, infatti, essere leso da chiunque, quale espressione di un valore generale).

La differenza tra reati propri e comuni andrà, pertanto, ricercata nella diversità del bene giuridico e, con specifico riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione, si è ravvisato, come oggetto di tutela, la violazione del dovere di fedeltà che sussiste solo in capo al soggetto investito della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

### **3.1. Riflessioni in tema di dolo ed errore**

Come anticipato, le considerazioni inerenti la collocazione dogmatica delle qualifiche soggettive e la loro riconducibilità, ormai pacifica, tra gli elementi del fatto, rilevano soprattutto in tema di dolo e di errore<sup>74</sup>.

Se la situazione subiettiva, giuridica o materiale, dell'agente costituisce un elemento strutturale della fattispecie, conseguentemente, essa si deve riflettere anche nel

---

<sup>72</sup> A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 101.

<sup>73</sup> A. FIORELLA, *Sui rapporti tra bene giuridico e le particolari condizioni personali*, cit., p. 198.

<sup>74</sup> Per una più ampia disamina v. A. CADOPPI – E. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Pt. gen.*, cit., p. 294 ss.

momento conoscitivo del dolo. In particolare, se la qualifica è la traduzione normativa della specifica relazione in cui il soggetto, in virtù della situazione materiale sottostante, si viene a trovare con il bene giuridico da proteggere, è evidente che essa dovrà essere investita sia dalla volontà che dalla rappresentazione.

E' chiaro, comunque, che oggetto del dolo non può essere il contenuto della norma giuridica che definisce i termini della qualifica soggettiva, ma la sussistenza dei substrati di fatto su cui si basa la suddetta qualifica<sup>75</sup>.

Se sussiste, come si ritiene, un condizionamento oggettivo fra la qualità soggettiva e l'offesa, da ciò deriva il corrispondente nesso intellettuale fra conoscenza della qualità e consapevolezza dell'offesa.

Queste stesse conclusioni sono state esposte, come anticipato, anche da Pagliaro il quale pone a premessa del suo ragionamento alcune considerazioni più generali riguardanti il ruolo della qualifica soggettiva.

L'Autore precisa che la presenza della qualifica può determinare la "meritevolezza della pena", ma può anche accadere che, pur essendo il fatto degno di sanzione, l'ordinamento non avverta l'esigenza di punire.

In sostanza, il fondamento della "legittimazione" può risiedere o nei riflessi che la presenza della qualifica soggettiva ha sulla idoneità della condotta ad offendere il bene protetto, oppure nella circostanza che – pur essendo il fatto offensivo del bene giuridico – in mancanza della qualifica non è opportuno punire il soggetto.

Questa distinzione rileva direttamente con riguardo all'oggetto del dolo.

Si richiama, infatti, l'articolo 43 c.p., laddove riconnette la coscienza e volontà all'azione (od omissione) all'evento - e non al soggetto agente – e si ritiene che la qualifica (ma sarebbe meglio parlare del suo substrato di fatto) si rifletta sul momento effettuale del reato, se la stessa incide sulla capacità della condotta ad offendere il bene e, quindi, a cagionare l'evento<sup>76</sup>.

Se una qualifica soggettiva è richiesta perché, senza di essa, il bene giuridico tutelato non verrebbe offeso, è necessario che il soggetto agente sia consapevole di essere portatore di quella qualifica; se la medesima è, invece, richiamata solo perché, in

---

<sup>75</sup> S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, cit., p. 391.

<sup>76</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Pt. generale*, cit., p. 400.

sua assenza, non si ritiene opportuno sazionare, tale coscienza non ha più ragion d'essere.

Da quanto detto si può inferire che:

- è sicuramente elemento del fatto l'accadimento che riproduce la qualifica richiamata;
- nella maggior parte dei casi la qualifica incide direttamente sulla lesività del fatto e si deve richiedere la sua conoscenza perché si abbia dolo (o almeno la sua conoscibilità perché si abbia colpa).

In merito alla rappresentazione in capo all'autore della propria qualifica giuridica occorre precisare, tuttavia, che oggetto del dolo non sarà la specifica conoscenza del contenuto della norma giuridica che definisce i termini della qualifica, bensì il substrato di fatto che integra i termini normativi della qualifica<sup>77</sup>.

Non è necessaria, quindi, la consapevolezza tecnico-giuridica del significato delle qualifiche stesse, ma è sufficiente che l'agente ne riconosca il valore pratico secondo una c.d. “valutazione parallela nella sfera del profano” (“*nach Laienart*”)<sup>78</sup>. Si pensi al caso del funzionario che si appropria del denaro pubblico: egli risponderà del reato di peculato solo se ha la consapevolezza di realizzare il fatto nell'esercizio di una attività di rilevanza pubblicistica, indipendentemente dall'esatta interpretazione dei contenuti dell'art. 357 c.p., altrimenti si applicherà l'art. 646 c.p. in tema di appropriazione indebita.

Ancora, a livello esemplificativo, se un soggetto è consapevole di esercitare una funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico, per mezzo di poteri certificativi, non potrà invocare l'assenza di dolo, in relazione ad una rivelazione di segreti d'ufficio, adducendo di aver ritenuto che la norma estendesse la qualifica ai soli soggetti dotati di poteri autoritativi, escludendo invece coloro ai quali competono poteri certificativi. Al contrario non si potrà imputare alcun dolo allo stesso soggetto che,

---

<sup>77</sup> G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto e aberratio ictus*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 164.

<sup>78</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Pt. generale*, cit., p. 168; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 28; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, III, Milano, 2009, p. 286; M. ROMANO, *Pre Art. 357c.p.*, in *Commentario sistematico, I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Artt. 336-360 cod. pen., Milano, 2008, p. 263; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Pt. spec.*, cit., p. 182.

consapevole del quadro normativo vigente, erra sulla natura della propria attività, ritenendo di non disporre di poteri certificativi<sup>79</sup>.

Negli stessi termini rileva il caso del pubblico ufficiale, consapevole della sua qualifica, che in occasione dell'interruzione del servizio (art. 332 c.p.), non avendovi preso parte, ometta di adoperarsi per la ripresa del servizio stesso o di compiere ciò che è necessario per la sua regolare continuazione, ritenendo erroneamente di essere dispensato dall'ufficio per aver ottenuto un congedo provvisorio che in realtà decorre da una data successiva.

In questa precisa ipotesi l'errore cade, evidentemente, sulla attuale operatività della situazione soggettiva e non sulla qualità, ed esso è rilevante, ai fini dell'insussistenza del dolo, poiché esclude la rappresentazione del rapporto oggettivo fra il comportamento e l'interesse tutelato.

Per quanto attiene, infine, al profilo speculare dell'errore, se si inquadra la qualifica soggettiva come mero presupposto estraneo al fatto e all'oggetto del dolo, l'errore che ricadrà su di essa non avrà alcuna rilevanza in quanto incidente su elementi avulsi dal fatto. Se, al contrario, la stessa qualifica viene invece ricondotta nell'area del fatto, in quanto idonea ad incidere sul disvalore penale, l'errore (od ignoranza) che la riguarda, impedendo al soggetto di cogliere il significato criminoso del fatto, escluderà inevitabilmente il dolo<sup>80</sup>.

Mantovani articola ulteriormente il ragionamento esposto e, in relazione alle diverse tipologie di reati propri che individua, distingue la diversa incidenza dell'errore.

Nei reati propri non esclusivi si tratta di errore sul precetto, perché la qualifica soggettiva, non incidendo sulla offensività-illiceità del fatto, ma solo limitandone la punibilità a determinati soggetti, non è elemento costitutivo del fatto tipico.

Diversamente, nei reati propri semiesclusivi si tratta, rispetto al reato più grave, di errore sul fatto, perché la qualifica, determinando qui non l'offensività-illiceità generica, ma specifica, è elemento costitutivo del "fatto obiettivo tipico" e perciò l'agente vuole un fatto diverso da questo.

---

<sup>79</sup> G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto e aberratio ictus*, cit., p. 164.

<sup>80</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. gen.*, cit., p. 297 ss.

Da ultimo, analogamente, nei reati propri esclusivi si ha a che fare con un errore sul fatto, poiché la qualifica, determinando l’offensività-illiceità del fatto, è elemento costitutivo del “fatto oggettivo tipico” e perciò l’agente vuole un fatto diverso<sup>81</sup>.

In sostanza: l’ignoranza o l’errore sulle norme, alla stregua delle quali va desunta la qualifica soggettiva, costituisce errore sul precetto quando riguarda la valutazione normativa degli elementi che ne stanno alla base (se dunque per qualifica soggettiva si intende il concetto della fattispecie penale indicante la situazione propria di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio). Qui l’errore scusa solo se inevitabile, poiché l’autore sa quello che fa ma non pensa che il suo agire abbia una rilevanza penale perché disconosce o male interpreta le norme definitorie di diritto penale (artt. 357, 358, 359 c.p.) che determinano il carattere pubblico della funzione svolta<sup>82</sup>.

Difforme è il caso se l’errore cade direttamente sul substrato di fatto posto a fondamento della valutazione normativa, rispetto al quale si applicherà l’art. 47 c.1 c.p. poiché qui il soggetto proprio non vuole quello che fa.

Analoga conclusione, ma sulla base dell’art. 47 c. 3, interverrà se l’errore incide sulla norma extrapenale disciplinante i presupposti di esistenza e validità della qualifica.

Con riguardo a quest’ultima considerazione, sarà interessante verificare quali sono state le motivazioni giurisprudenziali utilizzate per attribuire, o meno, piena responsabilità penale a pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio impiegati in settori nei quali è intervenuta una sostanziale modifica della natura giuridica dell’ente di appartenenza.

E’ questo quanto si è verificato all’esito delle c.d. privatizzazioni, ma non solo.

In questi casi la modifica della disciplina influenza in modo invasivo l’attività del soggetto agente, incidendo inevitabilmente sulla qualifica soggettiva.

La mancata o imprecisa conoscenza delle leggi-provvedimento che hanno sancito la trasformazione di un ente pubblico non comporta, infatti, solo l’ignoranza della propria qualità, ma l’assenza di una completa consapevolezza del proprio comportamento.

---

<sup>81</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Pt.gen.*, cit., p. 366.

<sup>82</sup> A BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI - A. DI MARTINO - G. FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 89.



## CAPITOLO II

### “LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE”

#### **Premessa**

Nonostante la loro collocazione, posta al termine del Titolo II della parte speciale, le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale, di incaricato di pubblico servizio e di persona esercente un servizio di pubblica necessità costituiscono un tema centrale per l’interpretazione di numerose disposizioni inculpatrici e, più in generale, per delimitare i confini della tutela penale della pubblica amministrazione.

Il peculiare ruolo rivestito dagli agenti pubblici è tradizione costante degli ordinamenti penali moderni: affermatosi, in origine, sulla base di una concezione autoritaria dello Stato, esso ha caratterizzato anche i successivi sistemi penali liberali.

Stanti i doveri di probità, serietà, correttezza e imparzialità che contraddistinguono l’operato di questi soggetti pubblici, ed essendo lo stesso volto, essenzialmente, al soddisfacimento di finalità generali, si comprende il perché del grave disvalore connesso alla commissione di reati quali peculato, corruzione, concussione, malversazione, abuso d’ufficio e via dicendo.

La gestione della “cosa pubblica” e l’amministrazione di interessi collettivi impongono, infatti, in capo a coloro che rivestono le predette qualifiche soggettive una peculiare e rafforzata posizione di responsabilità che deve, necessariamente, incidere anche sotto il profilo sanzionatorio.

All’interno di questo secondo capitolo si tenterà una più approfondita lettura degli articoli 357, 358 e 359 c.p. per comprendere le differenze che li caratterizzano e che, fin d’ora è opportuno premettere, non possono apprezzarsi unicamente sul terreno delle norme definitorie.

Se non si contesta l’indiscussa portata innovatrice della riforma legislativa intervenuta in materia, che ha avuto sicuramente il merito di esplicitare l’esigenza di ancorare sul piano giuridico-normativo i criteri di attribuzione delle qualifiche penali, è fuori dubbio che gli aspetti più significativi si colgono, però, sul terreno pratico dell’elaborazione giurisprudenziale.

Essa risulta caratterizzata, come vedremo, da interpretazioni incerte ed oscillanti soprattutto nell'attribuzione delle predette qualifiche in capo ai gestori di importantissime attività socio-economiche: si pensi, per esempio, al settore degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione statale, progressivamente trasformati in s.p.a., nonché al settore del credito e dell'intermediazione finanziaria.

Il rapido e discontinuo succedersi delle pronunce della Suprema Corte, cui si è assistito, pare sintomatico, da un lato, delle difficoltà nel dare una esatta collocazione a settori in cui convergono aree pubbliche ed aree private e, dall'altro, di una pressante esigenza di colmare il *deficit* di determinatezza manifestato dallo stesso criterio oggettivo-funzionale.

In quest'ottica, forse, si spiega il costante e malcelato richiamo, operato dai giudici, all'insieme dei rapporti esistenti tra soggetto agente e pubblica amministrazione; troppo spesso, infatti, nell'ansia di attribuire le qualifiche pubblicistiche agli effetti penali, si è assistito all'utilizzo di controversi "indicatori" espressione proprio di questo legame.

L'impostazione metodologica che pone quali criteri ontologici di valutazione la natura giuridica dell'ente, l'immanenza di un interesse pubblico e il perseguimento di finalità collettive, oltre ad essere in contrasto con le istanze codificate dal legislatore, sembra estremamente rischiosa poiché comporta una estensione, oltre ogni limite, delle qualifiche, a dispetto del dichiarato intento di provvedere ad una loro progressiva e sostanziale delimitazione.



**SEZIONE PRIMA**  
**LE NOZIONI DI PUBBLICO UFFICIALE E INCARICATO DI**  
**PUBBLICO SERVIZIO TRA LACUNE DEFINITORIE E**  
**RIFORME NORMATIVE**

**Introduzione**

Questa prima parte del lavoro, che segue l'inquadramento dogmatico del reato proprio quale fattispecie connotata essenzialmente dallo *status* del soggetto attivo e al cui interno si collocano i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, si incentrerà sullo studio delle singole posizioni soggettive definite negli articoli 357 e 358 c.p.

In particolare, all'interno di questa prima sezione, verrà operata una doverosa ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia: verranno riprese le origini delle qualifiche soggettive, il loro inquadramento normativo antecedente alla riforma del 1990 e ci sarà spazio per una prima riflessione sulla contrapposizione tra le istanze soggettive e oggettivo-funzionali.

In seguito verranno, invece, analizzate le attuali nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, con particolare riguardo al concetto di “pubblica funzione amministrativa” e ai limiti “interni” ed “esterni” che la contraddistinguono.

**1.1. L'origine delle qualifiche soggettive e i riferimenti normativi antecedenti alla riforma**

Alla figura del pubblico ufficiale già il codice toscano del 1853 dedicava una apposita disposizione: l'articolo 165, infatti, annoverava in tale qualifica “tutti gli impiegati dello Stato o dei Comuni, del pari di qualunque stabilimento, la cui amministrazione è soggetta alla tutela od alla vigilanza del Governo o del Comune”, aggiungendo che “i notai, in tutto ciò che concerne l'esercizio delle loro funzioni, sono considerati come pubblici ufficiali”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> M. ROMANO, *Pre Art. 357 c.p.*, cit., p. 245. Per una più ampia dissertazione storica v. B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 3.

Successivamente l'articolo 207 c.p. del codice Zanardelli considerava pubblici ufficiali "coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle Province o dei Comuni, di un istituto sottoposto per legge alla tutela dello Stato, della Provincia o di un Comune; i notai; gli agenti della Forza pubblica e gli uscieri addetti all'Ordine giudiziario. Ai pubblici ufficiali sono equiparati, agli stessi effetti, i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni, durante il tempo in cui sono chiamati ad esercitare le loro funzioni"<sup>84</sup>.

Nessuna definizione era, invece, prevista per la figura dell'incaricato di pubblico servizio, solo l'articolo 396 lo menzionava quale soggetto passivo nell'ambito del reato di ingiuria aggravata; analogamente non si rintracciava alcuna descrizione dell'esercente un servizio di pubblica necessità. Tale ultima categoria trovò una propria disciplina, ma limitatamente alla materia dello sciopero e della serrata, nella Legge 3 aprile 1926, n. 563 sui rapporti collettivi di lavoro<sup>85</sup>.

La collocazione ampia e dettagliata delle figure in parola si rinviene solo all'interno del codice Rocco del 1930, il quale definì compiutamente, all'interno dell'articolo 359 c.p., anche il soggetto esercente un servizio di pubblica necessità.

L'intento del nuovo legislatore era quello di colmare le lacune e risolvere i dubbi interpretativi che aveva sollevato, soprattutto, la "vecchia" definizione di pubblico ufficiale: si lamentava, infatti, che tale nozione fosse limitata esclusivamente alle persone legate allo Stato o ad un altro ente pubblico da un rapporto di servizio, e questo aveva determinato una successiva estensione della categoria per mezzo di artificiose equiparazioni che comportarono l'exasperazione del carattere, già frammentario, dell'intera disciplina<sup>86</sup>.

Il suddetto rapporto di servizio, poi, si riferiva solo agli enti sottoposti a "tutela" dello Stato, escludendo quelli sottoposti a "vigilanza" dello stesso, o di altri enti territoriali (quali la Banca d'Italia o le Casse di Risparmio). Privi della qualifica erano, anche, senatori e deputati, benché a loro fosse affidato l'esercizio della funzione legislativa, ritenuta la più eminente delle attività statali.

---

<sup>84</sup> M. ROMANO, *Pre Art. 357 c.p.*, cit., p. 246.

<sup>85</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, p. 4.

<sup>86</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 44.

Più in generale, le censure riguardarono l'eccessiva accentuazione del profilo soggettivo della pubblica funzione, tale da far ritenere la presenza di una investitura al pubblico ufficio quale requisito essenziale ai fini della tutela<sup>87</sup>.

L'intento di ovviare a tali inesattezze fu perseguito, anzitutto, attraverso l'adozione di una tecnica legislativa che, mirando a superare gli inconvenienti propri di una mera elencazione, consentisse alle singole figure di pubblici agenti di rientrare all'interno di categorie generali di derivazione giuspubblicistica.

Per la versione originaria dell'articolo 357 c.p., precedente alla riforma intervenuta con la legge n. 86/90, erano pubblici ufficiali: “*gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria; ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria*”.

A fondamento della evidente estensione della qualifica di pubblico ufficiale vi sono precise ragioni politiche di stampo fascista, volte ad assicurare una sempre maggiore ingerenza dello Stato nella vita individuale. Correttamente è stato osservato, che, più in generale, sia i delitti dei pubblici ufficiali che quelli dei privati contro la pubblica amministrazione risentono, nella loro “intelaiatura originaria”, dei principi autoritari del regime, il quale ha incentrato la tutela penale non tanto sulla difesa di concreti interessi, quanto sulla violazione del rapporto di “fedeltà” fra pubblico agente e Stato<sup>88</sup>.

In questo periodo lo *status* di pubblico ufficiale viene riconosciuto ai gerarchi del Partito Nazionale Fascista, agli appartenenti alla Milizia Volontaria Sicurezza Nazionale, ai militari ferroviari e forestali, alle guardie particolari giurate, all'amministratore ed economo dell'ufficio provinciale dei sindacati fascisti, al capo sezione provinciale degli stessi sindacati per l'industria, al direttore dell'unione provinciale fascista dei lavoratori del commercio, ai gerenti del consorzio agrario e via

---

<sup>87</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951, p. 39.

<sup>88</sup> A. MANNA, *Introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 3.

dicendo. L'esercizio di pubbliche funzioni fu individuato, inoltre, in tutta una serie di settori aventi natura privata, compresi quelli che si occupavano dell'organizzazione di divertimenti (dall'Opera allo sport) e quelli dediti alla assistenza e beneficenza<sup>89</sup>.

Analogamente, la attesa, ma "aperta", formulazione legislativa dell'incaricato di pubblico servizio legittimava una prassi applicativa oscillante ed incerta: con il nuovo articolo 358 c.p. venivano, infatti, considerati incaricati di pubblico servizio "*gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio*".

Tale definizione, che evidentemente ricalcava quella offerta dall'articolo 357 c.p., se, da un lato, aveva l'indiscusso pregio di valorizzare una categoria precedentemente ristretta "ai soli impiegati delle pubbliche amministrazioni adibiti a umili mansioni, vale a dire a una forma di una attività puramente esecutiva e materiale, escluso ogni elemento di autorità o discrezionalità"<sup>90</sup>, dall'altro poneva, però, grossi problemi di interpretazione, non a caso, nel rapporto con la qualifica di pubblico ufficiale.

Sin dal primo decennio di vigenza del codice, l'esperienza giurisprudenziale dimostrò che l'area di applicazione delle due figure di qualificazione soggettiva era incontrollabile.

Nella prassi si era assistito ad inquadramenti ambivalenti: se, ad esempio, per alcune pronunce della Corte di Cassazione l'insegnante di scuola elementare era, di per sé, pubblico ufficiale (per assurdo anche quando si trovava in vacanza), per altre sentenze lo stesso soggetto rivestiva la qualifica di incaricato di pubblico servizio; identiche incertezze avevano connotato la classificazione di medici, portalettere, bidelli, cantonieri stradali, vigili del fuoco, accalappiacani, guardie giurate private<sup>91</sup>.

Tale situazione finiva col creare veri e propri paradossi ed era divenuta insostenibile, poiché sembrava che, in sostanza, nessuno potesse essere più ritenuto

---

<sup>89</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, p. 43.

<sup>90</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 61.

<sup>91</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, cit., p. 17.

estraneo allo svolgimento di una funzione pubblica o di un pubblico servizio e questo proprio a causa di un preciso obiettivo perseguito dalla dittatura fascista, teso a valorizzare l'aspetto collettivo pubblicistico di ogni attività. Da questa alluvione ben pochi operatori pubblici si salvarono e nel corso degli anni sul carrozzone dei soggetti muniti di qualità pubblica penalmente rilevante furono imbarcati soggetti svolgenti i più diversi compiti e ai livelli più disparati<sup>92</sup>.

Quanto alla qualifica di persona esercente un servizio di pubblica necessità, di cui si dirà compiutamente all'interno della terza sezione, il testo dell'articolo 359 c.p., tuttora in vigore, vi ricomprende *“i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; e i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione”*.

Si tratta di una novità introdotta dal Codice Rocco, poiché prima di tale intervento legislativo le attività svolte da privati, ma con “indubbi riflessi di carattere pubblico” venivano ricondotte nell'ambito dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, ma si tratta, tuttavia, di una figura residuale sulla quale la giurisprudenza non si è molto spesa<sup>93</sup>.

E' in questo complesso quadro, e soprattutto con riguardo alle incertezze nell'attribuire le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, che è avanzata lentamente l'idea di ridefinire le norme in questione per sganciarle definitivamente dalla “impostazione soggettiva” che le aveva fino a quel momento identificate e che individuava il criterio fondante l'attribuzione delle stesse nella dipendenza del soggetto dallo Stato o da altro ente pubblico<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 27.

<sup>93</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 72.

<sup>94</sup> Vale comunque la pena ricordare che il Ministro della Giustizia G. VASSALLI si era opposto alla modifica delle nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio ritenendo la formulazione aperta delle originarie disposizioni idonea a creare “una ricca stratificazione giurisprudenziale e dottrinale” in *Atti Senato – X Legislatura – Assemblea*, 5 aprile 1990, n. 65.

Tale concezione, infatti, difettando di criteri identificativi certi, aveva prodotto gli “straripamenti” giurisprudenziali appena descritti, a cui sembrava ormai impossibile contrapporre un solido argine.

Occorre precisare, però, che l'accoglimento della teoria soggettiva, anche in giurisprudenza, non aveva mai escluso la possibilità di una operatività della concezione oggettivistica in senso “ampliativo”. Infatti, ciò che si negava era la valenza restrittiva di quest'ultima concezione, nel senso che se un soggetto era stato identificato quale pubblico agente sulla base di un rapporto di dipendenza con la p.a., egli non poteva più sottrarsi al regime pubblicistico, neppure in ragione, ad esempio, dello svolgimento di attività disciplinate dal diritto privato<sup>95</sup>.

### **2.1. L'antitesi teorica fra istanze soggettive e oggettivo – funzionali**

Nel tentativo di superare i limiti evidenziati dalla predetta teoria soggettiva, si fece strada, in dottrina, una diversa impostazione, denominata “oggettivo - funzionale”.

Mentre, secondo la prima, per il possesso delle qualifiche di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio erano determinanti la pubblicità dell'ente e la natura della funzione genericamente attribuita al soggetto in forza del rapporto di impiego<sup>96</sup>, per la seconda, rilevava essenzialmente l'esercizio obiettivo e concreto di una pubblica funzione o di un pubblico servizio da parte dell'agente, indipendentemente, quindi, dall'esistenza di un formale rapporto di impiego con l'ente pubblico<sup>97</sup>.

L'influenza di quest'ultima concezione si intensificò progressivamente, anche perché la stessa forniva una risposta più adeguata nei casi in cui ad esercitare una

---

<sup>95</sup> V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 894. L'Autore evidenzia come, del resto, dal raffronto tra la prima e la seconda parte dei due articoli, emerge l'accoglimento normativo di entrambe le concezioni (soggettiva e oggettiva).

<sup>96</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE – G. D. PISAPIA, cit., p. 26.

<sup>97</sup> F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 818; A. PAGLIARO, *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 27; S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1036.

attività oggettivamente pubblica fosse un privato e anche laddove in un ente pubblico si svolgessero attività di natura eminentemente privatistica<sup>98</sup>.

Chi giustificava l'accoglimento della teoria oggettiva sosteneva che, data la natura “funzionale” del reato commesso dal pubblico agente, il relativo contenuto di disvalore poteva essere colto solo osservando la singola e particolare attività, il cui mancato corretto esercizio veniva in rilievo ai fini dell'integrazione del reato.

Tale considerazione si legittima in ragione del fatto che se il reato funzionale presuppone l'abuso del potere o l'inosservanza di un dovere pubblicistico, la semplice dipendenza dalla pubblica amministrazione, o la riferibilità ad essa dell'atto non è affatto, di per sé, elemento sufficiente a denotare la natura pubblicistica del dovere e potere che accompagna la singola e specifica attività rilevante ai fini della incriminazione<sup>99</sup>.

In contrasto con la netta presa di posizione dell'Accademia, la giurisprudenza ha, tuttavia, mantenuto, ancora per lungo tempo, una linea interpretativa più favorevole alla concezione soggettiva<sup>100</sup>.

Solo in anni più recenti è stato condiviso l'indirizzo dottrinale prevalente, argomentando che per l'attribuzione della qualifica soggettiva non ha più alcun valore decisivo il vincolo di dipendenza da un ente pubblico, poiché è necessario e sufficiente lo svolgimento effettivo di una pubblica funzione<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357 – 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 567. L'Autore individua il carattere essenziale dell'attività pubblica nel suo esercizio coattivo che esclude ogni intromissione dell'arbitrio privato nella sua gestione, con conseguente indisponibilità del fine oggetto di essa; indisponibilità stabilita per legge e derivante dall'impossibilità per i privati di porla in essere.

<sup>99</sup> A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 498; ID., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 563.

<sup>100</sup> Significativa, tra le tante, la pronuncia della Cass. Pen. del 16.02.1973 in *Giust. pen.*, 1973, II, p. 418: “le casse di risparmio per la loro struttura e costituzione si inquadrano tra gli enti pubblici economici, anche se oggettivamente, per l'attività che svolgono, configurano un'impresa bancaria regolata dalle norme proprie di questa attività [...] pertanto i loro funzionari debbono considerarsi pubblici ufficiali”.

<sup>101</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 25.05.1985, in *Foro it.*, 1986, II, p. 75. Conformi: Cass. Pen., VI, 15.12.1980, in *Cass. pen.*, 1981, p. 82; Cass. Pen., I, 12.04.1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 215; Cass. Pen., V, 28.04.1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1465.

L'adesione formale alle istanze "oggettivistiche" da parte della Corte Suprema non ha, comunque, evitato l'insorgere di un vero e proprio "caos interpretativo"<sup>102</sup>, che si è inevitabilmente aggravato, in un primo momento, per il progressivo articolarsi dell'iniziativa pubblica in settori tradizionalmente riservati al privato e, successivamente, per il crescente ricorso della stessa pubblica amministrazione a strumenti operativi di diritto privato.

Tutto ciò ha imposto la necessità di un intervento legislativo di riforma idoneo a sancire il recepimento effettivo della concezione oggettiva: esso è finalmente intervenuto con la legge n. 86/1990 e con la successiva legge n. 181/1992<sup>103</sup>.

Tuttavia, come vedremo, l'aumento dei settori caratterizzati dalla coesistenza di profili pubblicistici e privatistici, o che si sono contraddistinti per l'adozione di modelli gestionali "ibridi", è un fenomeno che ha influito pesantemente anche sull'interpretazione delle nuove definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio.

Nonostante l'indubbio pregio della riforma nell'aver positivizzato le istanze proprie della concezione oggettiva di cui si è detto, recependole *in toto*, le enunciazioni normative che ne sono risultate non sono state esenti da gravi incertezze interpretative

---

<sup>102</sup> Secondo la definizione dello stesso F. ANTOLISEI, secondo cui: "i casi controversi non si contano, come si può constatare sfogliando qualsiasi raccolta di giurisprudenza [...] e la stessa Corte suprema in più occasioni è pervenuta a conclusioni opposte". In *Manuale di diritto penale, Pt. spec.*, Milano, 1995, p. 755.

<sup>103</sup> Un'ampia indagine sui contenuti della Riforma si ritrova in M. PETRONE, *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalle prospettive di riforma alla legge N. 86/90*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 917 ss. In dottrina v. anche F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione: cenni generali*, in AA.VV., *Reati contro la Pubblica amministrazione (a cura di F. COPPI)*, Torino, 1993; R. BETTIOL, *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 617 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Pt. spec.*, cit., p. 155 ss.; A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., p. 563; C.F. GROSSO, *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 701; A. PAGLIARO, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Principi di diritto penale*, IX, Milano, 2000, p. 3; ID., *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 1989, p. 27 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 815 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento agli artt. 17 e 18 della L. 24 aprile 1990 n. 86*, in *Leg. Pen.*, 1990, p. 334; ID., *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in AA. VV., *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1987, p. 30 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione: i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Commentario sistematico*, II, Milano, 2002, p. 227 ss.; M. SINISCALCO, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali: profili critici*, in *Leg. Pen.*, 1990, p. 263 ss.



ed applicative, che hanno ripetutamente messo in crisi il modello originariamente accolto dal legislatore.

All’approfondimento teorico e alla applicazione pratica degli attuali articoli 357 e 358 c.p. si accompagnano, infatti, tuttora, gravi perplessità circa la loro efficacia e pregnanza definitoria.

Prima di procedere oltre, ed entrare nel merito di tali questioni, è necessario esaminare compiutamente i contenuti delle due norme, così come risultanti all’esito dell’intervento novellativo.

### **3.1. La nozione vigente di pubblico ufficiale**

#### ***3.1.1. Analisi dell’art. 357 c.1 c.p.***

Come si è avuto modo di osservare, l’originaria definizione di pubblico ufficiale si presentava, oltre che “aperta”, equivoca e lacunosa; nel tentativo di sanare tali difetti, l’articolo 17 della legge 26 aprile 1990 n. 86 ha modificato sostanzialmente i contenuti dell’articolo 357 c.p.

La principale innovazione apportata alla norma rispetto al testo previgente è costituita dalla esclusione di ogni riferimento al rapporto di dipendenza del soggetto dallo Stato ovvero da un altro ente pubblico; l’attribuzione della qualifica soggettiva risulta così, finalmente, svincolata dalla natura dell’ente per il quale il soggetto opera<sup>104</sup>.

Centrale appare, per contro, l’effettivo esercizio della mansione (in questo caso funzione) a prescindere da altre connotazioni che investano, a vario titolo, la persona dell’agente nel suo rapporto con la pubblica amministrazione.

Il primo comma dell’articolo in commento statuisce che: *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”*.

---

<sup>104</sup> A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2007, p. 102; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 35; B. ROSINI, *Il pubblico ufficiale, l’incaricato di pubblico servizio e l’esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giurisprudenza Penale*, a cura di O. DOMINIONI – F. MANTOVANI, Padova, 1998, p. 4. Si interroga, invece, sulla sostanziale identità tra vecchio e nuovo precetto F. RAMACCI, *Norme interpretative e definizioni: la nozione di “pubblico ufficiale”*, in AA.VV., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 331.

L'*incipit* della disposizione è estremamente interessante, in quanto evidenzia subito l'ambito di operatività della qualifica: "Agli effetti della legge penale" significa, da un lato, che la definizione è sì di esclusiva pertinenza della materia penale, ma, dall'altro, che la stessa non si riverbera esclusivamente nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione, coinvolgendo, altresì, l'intera parte generale e speciale<sup>105</sup>.

Risalta, poi, il fatto che le prime due funzioni (legislativa e giudiziaria), a differenza di quella amministrativa, siano state semplicemente enunciate, poiché il legislatore, ritenendole sufficientemente chiare nel loro significato, non ha sentito l'esigenza di doverle ulteriormente specificare. Pare, tuttavia, doveroso spendere alcune riflessioni in merito.

Quanto alla "funzione legislativa", se non vi sono dubbi sul suo significato (poiché essa concerne l'attività diretta alla formazione di leggi o atti aventi forza di legge), qualche perplessità è stata sollevata, in dottrina, circa lo *status* di parlamentare e la possibilità di estendergli lo statuto penale della pubblica amministrazione.

Secondo alcuni, alla luce del fatto che la Costituzione, all'articolo 68, riconosce i parlamentari quali soggetti non responsabili per i voti dati e le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e poiché essi non sono direttamente assoggettati ai principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, non si comprenderebbe la necessità di qualificarli quali pubblici ufficiali<sup>106</sup>.

La tesi prospettata pare, in realtà, collocare gli esponenti del mondo politico in una posizione ingiustamente privilegiata e, pertanto, si preferisce riferire anche a loro le norme concernenti i delitti dei pubblici ufficiali<sup>107</sup>.

Tale lettura è oltretutto quella condivisa anche dal "commentatore ufficiale" del Codice Rocco (Manzini), il quale sosteneva che "la qualità di p.u. dei senatori e deputati

---

<sup>105</sup> L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. CANESTRARI- A. GAMBERINI – G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – F. SGUBBI – L. STORTONI – F. TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, p. 84. Per ulteriori approfondimenti: A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 45.

<sup>106</sup> F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 190.

<sup>107</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 87.

è riconosciuta a tutti gli effetti penali, e non solo per l’applicazione delle disposizioni stabilite a loro favore, come invece era per il codice del 1889”<sup>108</sup>.

Attualmente, pertanto, assolvono funzione legislativa i parlamentari nazionali, deputati e senatori, i componenti del Governo riguardo a decreti legge e decreti legislativi e i consiglieri regionali, oltre a quelli delle province autonome di Trento e Bolzano. A tale elenco, in virtù dell’articolo 322 *bis* c.p., introdotto dalla legge 29 settembre 2000 n. 300, devono aggiungersi gli organi aventi potestà legislativa nell’ambito delle Comunità Europee, quali i membri della Commissione e del Parlamento. Si discute, invece, se possa essere attribuita la funzione legislativa agli impiegati delle Camere o delle altre assemblee legislative, ma la dottrina è dell’avviso che essi, nonostante abbiano funzioni ausiliarie alla formazione delle leggi, svolgono un’attività prettamente amministrativa<sup>109</sup>.

In merito alla “funzione giudiziaria”, essa ha per scopo la tutela e la conservazione dell’ordinamento giuridico e viene comunemente esercitata dai membri della Corte Costituzionale, della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato e da tutti coloro che appartengono all’ordine giudiziario (cui si aggiungono i soggetti privati temporaneamente investiti di funzioni giurisdizionali, quali ad esempio i giudici popolari).

Alcune perplessità sono sorte, anche qui, circa l’estensione del novero di coloro che esercitano tale specifica funzione: si può, infatti, ricordare che il termine “giudiziaria” è stato reintrodotta solo dalla legge n. 181/92, dopo che il legislatore, nella riforma del 1990, aveva utilizzato l’aggettivo “giurisdizionale” in un’ottica di delimitazione.

Se in origine, quindi, si era cercato di favorire un’interpretazione restrittiva della nozione di pubblico ufficiale nel settore dell’amministrazione della giustizia, che peraltro aveva posto nel dubbio lo stesso ruolo del Pubblico Ministero quale p.u.<sup>110</sup>, il successivo termine “giudiziaria” faceva propendere per una interpretazione più ampia,

---

<sup>108</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982, p. 30.

<sup>109</sup> B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 107.

<sup>110</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commentario agli artt. 17 e 18 L. 26.4.1990 n. 86*, in *Legisl. Pen.*, 1990, p. 337. Secondo il testo ora vigente, l’attività del pubblico ministero, in quanto attività giudiziaria, è sempre considerata pubblica funzione e ciò vale anche per il consulente tecnico del P.M. (Cass. Pen., VI, 7.01.1999) in A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 12.

comprensiva di tutte quelle attività ausiliarie non direttamente riconducibili allo *iudicare* (cancellieri, ufficiali giudiziari, consulenti tecnici del P.M.)<sup>111</sup>.

Si è finito, dunque, col privilegiare quest'ultima ricostruzione, anche in considerazione del fatto che le predette mansioni sono tutte organicamente inserite nell'ordine giudiziario ai sensi dell'articolo 4 commi 3 e 4 del d.r. 12/1941<sup>112</sup>.

Coerentemente con l'indirizzo esposto, si ritiene che svolgano una funzione giudiziaria, *lato sensu* intesa, anche gli ispettori postali<sup>113</sup>, gli allievi della scuola di polizia<sup>114</sup> e gli agenti e gli assistenti della polizia penitenziaria<sup>115</sup>.

Per quanto concerne, infine, la funzione amministrativa essa è stata l'unica oggetto di una precisa identificazione già all'interno della disposizione normativa; ciò si è reso, in realtà, necessario per ovviare alla notevole, e forse insuperabile, incertezza che la contraddistingue e per differenziarla dal contrapposto concetto di pubblico servizio<sup>116</sup>.

Su questa nozione è interessante soffermarci, per approfondire tutta una serie di questioni interpretative.

### **3.1.2. Il concetto di “pubblica funzione amministrativa”**

All'interno dell'articolo 357 c.p. previgente alla novella non si rinviene alcuna definizione autonoma di pubblica funzione: il legislatore, così operando, richiama direttamente la nozione fatta propria della dottrina giuspubblicistica. Diversamente, come detto, l'attuale disposizione ci offre un concetto articolato.

---

<sup>111</sup> Nell'ordine: Cass. Pen., VI, 12.03.1998, n. 4825, in *Giust. Pen.*, 1999, p. 318; Cass. Pen., 24.09.1998, n. 10619, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2847; Cass. Pen., VI, 7.01.1999, n. 4062, in *CED Cass.*, 2000. In materia fallimentare esercita funzione giudiziaria il curatore (Trib. Milano, IV, 17.05.2007, in *Foro Ambrosiano*, 2007, p. 286), il coadiutore del curatore (Cass. Pen., VI, 21.01.2009, n. 13107, in *CED Cass.*, 2009; Cass. Pen., 16.10.2000, n. 11752, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2705) e riveste qualità di pubblico ufficiale anche il commissario per la vendita delle cose pignorate, in quanto esecutore delle disposizioni del giudice civile. Cass. pen., 14.10.2008, in *CED Cass. pen.*, 2008.

<sup>112</sup> M. ROMANO, *sub Art. 357 c.p.*, cit., p. 289.

<sup>113</sup> Cass. Pen., VI, 30.01.2001, n. 10272, in *Riv. pen.*, 2001, p. 555.

<sup>114</sup> Cass. Pen., VI, 31.03.1995, n. 5816, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1447.

<sup>115</sup> Cass. Pen., VI, 28.10.1997, n. 896, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2847.

<sup>116</sup> L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., p. 712.

Il secondo comma dell'articolo 357 c.p. evidenzia, infatti, che:

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

Tale diverso approccio potrebbe far pensare alla volontà del legislatore del '90 di coniare una nozione di funzione pubblica “autonoma”, cioè valevole solo per il diritto penale, rispetto a quella tradizionale e tipica del diritto amministrativo.

Tuttavia, l'opzione ermeneutica accolta in sede di lavori preparatori della riforma ha rigettato l'idea di due distinte nozioni, chiarendo che la tutela penale della pubblica funzione si riferisce a una locuzione di portata generale, valevole, quindi, per l'intero ordinamento<sup>117</sup>.

Questa conclusione non è stata unanimemente accolta dalla dottrina, poiché permane, in alcuni autori, il convincimento che il richiamo al diritto amministrativo costituisca solo una “comoda scappatoia”. Opportuno sarebbe, invece, fondare una nozione penalistica autonoma non solo di pubblica funzione, ma anche di pubblico servizio<sup>118</sup>.

Il ragionamento alla base di tale posizione riconosce al diritto penale il perseguimento di scopi assai differenti da quelli degli altri rami del diritto e in questo senso non si comprende perché le soluzioni adottate da questi altri settori debbano essere vincolanti per il diritto penale. Perplessità nei confronti della tesi “autonomista” potrebbero residuare solo se il diritto amministrativo fosse in grado di fornire nozioni chiare e precise in tema di qualifiche soggettive, ma tale evenienza finora è stata sempre disattesa<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 9. Tra i sostenitori della teoria unitaria: M. GALLO, *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente un servizio di pubblica necessità nel nuovo codice penale*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1963-64, p. 1053 ss.

<sup>118</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, cit., p. 54. L'autore ricorda che i primi a ragionare criticamente sulla effettiva trasferibilità dei concetti amministrativi entro i confini del diritto penale furono Battaglini, il quale “osservò che le definizioni del diritto amministrativo non sono *sic et simpliciter* accettabili dal penalista”, e Levi che “avvertì come i concetti di pubblico funzionario e pubblico servizio attendevano di essere elaborati dalla dottrina penalistica e non potevano essere desunti dal diritto amministrativo”.

<sup>119</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, cit., p. 54 ss. A sostegno della propria posizione, l'A. esamina una serie di reati nei quali la qualifica di p.u. non sarebbe

La contrapposizione tra teorie unitarie e teorie autonomiste, pur risolvendosi in una *querelle* dogmatica, non è stata priva di conseguenze sul piano pratico, poiché la stessa ha contribuito a rafforzare il clima di incertezza, determinando così un incremento della discrezionalità giurisprudenziale nell'inquadramento delle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio.

Senza entrare, qui, nel merito delle obiezioni che sono state sollevate nei confronti di entrambe le impostazioni, un tentativo di superare, più in generale, la distanza esistente tra settore amministrativo e penale è stato compiuto da chi si rifà, nell'ottica di una "armonizzazione", al noto principio di "non contraddizione" caratterizzante l'intero ordinamento. Secondo questa prospettiva, il settore amministrativo e quello penale, unitamente alle rispettive categorie concettuali, non vanno analizzati nei termini di una fredda e arida contrapposizione, ma alla luce di un rapporto di reciproca implicazione e connaturalità; il fine ultimo può essere, pertanto, individuato nel necessario reciproco completamento, comunque rispettoso delle peculiari differenze<sup>120</sup>.

Fatte queste doverose premesse teoriche, è bene indagare il contenuto normativo della funzione amministrativa. Essa viene, dunque, definita "pubblica" solo in presenza di un duplice ordine di caratteristiche riguardanti, da un lato, il tipo di fonte normativa (norme di diritto pubblico e atti autoritativi) e, dall'altro, il contenuto (poteri di formazione e manifestazione della volontà, poteri certificativi e autoritativi).

L'attuale dettato dell'articolo 357 c.p. individua, quindi, precisi limiti alla pubblica funzione amministrativa: si tratta di limiti "esterni", volti cioè a distinguere l'area pubblicistica da quella privatistica, e di limiti "interni", indispensabili per poter tracciare i confini della pubblica funzione rispetto al pubblico servizio.

---

solo richiesta, ma "caratteristica" ed individua tre ordini di attività proprie del pubblico agente: il potere di coazione, la capacità di redigere documenti facenti pubblica fede, la possibilità di svolgere attribuzioni di notevole importanza in uffici pubblici.

<sup>120</sup> M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1992, p. 1328.

### **3.1.3. La disciplina della pubblica funzione: analisi dei limiti “esterni”**

Con specifico riguardo al limite esterno, esso identifica la necessità che la funzione amministrativa, per poter essere definita pubblica, sia disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, e quindi, in sostanza, da atti che esprimano la “supremazia” della p.a.<sup>121</sup>

Alcuni problemi si pongono in merito alla distinzione tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato: si tratta di un *rebus* che ha impegnato la migliore dottrina, incapace, però, di offrire soluzioni apprezzabili sotto il profilo della tassatività penalistica<sup>122</sup>.

La tematica si è fatta sempre più delicata in ragione dell’alto grado di commistione che è stato raggiunto, nel corso degli anni, tra “pubblico” e “privato”, specie nella gestione del sistema economico; si è, infatti, passati da una fase di pesante ingerenza del pubblico in settori a connotazione eminentemente privata (attraverso il fenomeno dell’azionariato pubblico), ad una situazione pressoché opposta, in cui gli enti pubblici sono ricorsi a strumenti organizzativi di tipo imprenditoriale, convertendo progressivamente la loro natura in s.p.a.

Al fine di inquadrare le innumerevoli “zone grigie”, dove quindi non è possibile operare un immediato distinguo tra le due tipologie di norme, sono stati elaborati alcuni criteri sussidiari, formali e sostanziali, che richiamano peculiari indicatori, quali: la determinatezza o meno del destinatario della norma<sup>123</sup>, la derogabilità o inderogabilità della stessa<sup>124</sup>, la procedibilità d’ufficio o ad istanza di parte per la comminatoria delle

---

<sup>121</sup> V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 899.

<sup>122</sup> S. PUGLIATTI, voce “*Diritto pubblico e privato*”, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1959, p. 696.

<sup>123</sup> G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 11. L’Autore afferma che sono pubbliche le fattispecie di poteri e di atti, tipiche in regime di monopolio, per le quali siano competenti solo determinati soggetti (c.d. fattispecie a soggetto vincolato); private, al contrario, le fattispecie a soggetto indifferenziato che, potenzialmente possono essere compiute da qualsiasi soggetto dell’ordinamento, come quando un’attività è esercitabile in un mercato concorrenziale e non in regime di monopolio legale. In questo senso anche A. M. CASTELLANA, *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell’economia*, Padova, 1989, p. 363; A. SEGRETO – G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1995, p. 14; N. PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D’AVIRRO, Padova, 1999, p. 35.

<sup>124</sup> S. PUGLIATTI, voce “*Diritto pubblico e privato*”, cit., p. 713.

sanzioni<sup>125</sup>, il perseguimento di interessi generali o l'assenza dell'imposizione di un fine pubblico<sup>126</sup>, l'osservanza o meno di un obbligo di imparzialità<sup>127</sup>, la diversa disciplina connessa al tipo di norma<sup>128</sup>.

Poiché si ritiene che questi indicatori, oltre a soffrire di limiti congeniti, siano meramente "sintomatici" e non abbiano, pertanto, una sufficiente autonomia, sarebbe preferibile utilizzarli congiuntamente in una prospettiva di reciproca integrazione<sup>129</sup>.

Una sostanziale confusione investe anche gli atti autoritativi, che possono essere intesi in senso stretto, e quindi possedere natura coercitiva (come per esempio l'arresto), oppure in senso lato, nell'essere unilateralmente produttivi di effetti giuridici.

In proposito ci si è chiesti se il compimento di un solo atto autoritativo vale a qualificare come pubblica l'intera attività e se, a contrario, la commissione di un singolo atto privato è idonea ad escludere la sussistenza delle qualifiche pubblicistiche. La risposta fornita dalla dottrina è positiva nel primo caso e negativa nel secondo, poiché in quest'ultimo la qualifica pubblicistica dovrebbe risultare dalla disciplina dell'attività complessivamente considerata<sup>130</sup>.

Nonostante l'indicazione normativa chiara che riconosce un ricorso "alternativo" alle norme di diritto pubblico e agli atti autoritativi, permangono dubbi sull'assolutezza di tale interpretazione.

Se vi è chi la condivide, ammettendo che non sempre è possibile rintracciare atti autoritativi che disciplinano attività pur dotate di inequivocabile rango pubblicistico<sup>131</sup>, non pare infondata l'obiezione di chi ritiene indispensabile l'operatività congiunta dei

---

<sup>125</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce "*Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*", in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, X, p. 515.

<sup>126</sup> M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche*, cit., p. 1350.

<sup>127</sup> R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998, p. 487.

<sup>128</sup> M. ROMANO *sub Art. 357 c.p.*, cit., p. 282. L'autore riconosce la presenza di una disciplina pubblicistica in caso di norme di relazione o di organizzazione, dove la P.A. occupi una posizione di supremazia, diversamente sussiste disciplina privatistica in presenza di norme che regolano rapporti di soggetti privati tra loro, oppure tra soggetti pubblici e privati su un piano di parità.

<sup>129</sup> V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 900.

<sup>130</sup> M. ROMANO, *sub Art. 357 c.p.*, cit., p. 275.

<sup>131</sup> L. PICOTTI, *Le nuove definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 274.



due elementi, poiché altrimenti verrebbero inglobate nella pubblica funzione anche attività tipicamente privatistiche per il solo fatto di essere assoggettate ad atti autoritativi di organi pubblici di vigilanza (Consob), oppure, diversamente, solo a norme di diritto pubblico<sup>132</sup>.

### **3.1.4. I diversi criteri di delimitazione “interna”**

L’utilizzo di criteri di delimitativi interni è finalizzato a distinguere la “funzione pubblica” dal “servizio pubblico”, di cui si dirà a breve.

Perché la funzione pubblica possa essere considerata tale è necessario che essa “sia caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi a mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Vengono così individuate le tre distinte note comunemente in grado di connotare la qualifica di pubblico ufficiale.

Vale subito la pena fare una precisazione indispensabile per la corretta comprensione del testo: i criteri definitori normativamente menzionati non vanno intesi in senso cumulativo, bensì alternativo e, pertanto, per conferire natura di pubblica funzione amministrativa basterà la presenza di uno solo tra essi<sup>133</sup>.

Nella formulazione tecnica originaria ad opera della riforma è stato, infatti, commesso l’errore di inserire ripetutamente la congiunzione “e”, piuttosto che il disgiuntivo “o”; tuttavia, la dottrina e una serie di sentenze della Cassazione hanno subito evidenziato il paradosso che non esiste alcuna funzione amministrativa dotata contemporaneamente di tutte le caratteristiche predette e, pertanto, si è imposta una interpretazione correttiva<sup>134</sup>.

Questi tentativi volti ad un aggiustamento ermeneutico si sono resi necessari per evitare irragionevoli delimitazioni ed effetti paralizzanti nel riconoscimento della

---

<sup>132</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce “Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio”, cit., p. 517.

<sup>133</sup> A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2007, p. 103; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 36.

<sup>134</sup> F. C. PALAZZO, *La riforma de delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d’insieme*, in *Riv., it.*, 1990, p. 818; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commentario agli artt. 17 e 18 L. 26.4.1990 n. 86*, cit., p. 342. In giurisprudenza: Cass. Pen., I, 5.02.1991, C.E.D. Cass. n. 187210; Cass. Pen., VI, 7.11.1991, in *C.E.D. Cass.* n. 188936.

qualifica di pubblico ufficiale (tra l'altro in contrasto con la smisurata elaborazione giurisprudenziale) e gli stessi garantiscono una più conforme adesione alle istanze espresse dalla teoria oggettiva.

Se, infatti, l'attenzione è ora posta sull'esercizio concreto della funzione pubblica, non può sfuggire l'osservazione che non è configurabile, neppure in via teorica, l'esercizio congiunto di poteri certificativi, deliberativi e autoritativi; nella prassi non si rinviene, infatti, un atto che assicuri contemporanea espressione a tutte e tre queste potestà.

Riassuntiva ed eloquente è, in proposito, l'argomentazione offerta dalla Corte di Cassazione nella sentenza, sez.V, 26.06.1991: "La qualità di pubblico ufficiale, per effetto delle modificazioni apportate all'art. 357 c.p. dalla l. 86/1990, appartiene a tutti coloro che, dipendenti di un ente pubblico o che comunque esplichino compiti da questo a loro affidati, abbiano nei confronti dei terzi poteri *alternativamente* certificativi o autoritativi".

Accogliendo le risultanze critiche del dibattito, la legge 181/92, per mezzo dell'art. 4, ha rettificato la dizione normativa, così che oggi, almeno alcuni dei suddetti contrassegni sono richiesti esplicitamente in via alternativa.

Chiarissima è la conferma degli intenti legislativi ad opera della giurisprudenza, che ha riconosciuto alla legge in questione la natura di una interpretazione autentica<sup>135</sup>.

Nell'analizzare dettagliatamente i tre criteri si può contare su interpretazioni abbastanza consolidate.

I poteri autoritativi non sono solo quelli propriamente coercitivi, che consentono quindi il ricorso alla forza (si tratta *in primis* dell'arresto), ma anche tutti quelli in virtù dei quali la p.a. emana provvedimenti, ovvero atti tipici che incidono unilateralmente nella sfera giuridica altrui<sup>136</sup>.

I poteri certificativi, invece, si sostanziano nell'attestazione di conformità ad una sottostante realtà di un atto, il quale assume in questo modo una particolare forza

---

<sup>135</sup> Cass. Pen., VI, 30.09.1994, in *Riv. pen.*, 1995, p. 453; Cass. Pen., S.U., 27.03.1992, in *Riv. pen. ec.*, 1993, p. 534.

<sup>136</sup> M. ROMANO, *sub Art. 357 c.p.*, cit., p. 283.

probatoria. Nonostante il contrario parere di parte della dottrina<sup>137</sup>, tali poteri non sono stati legislativamente circoscritti ai soli atti fedifacenti (che fanno fede fino a querela di falso), ma comprendono anche altre documentazioni non assistite da certezze legali.

Il terzo criterio è, infine, quello che attiene alla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione. In proposito si è discusso circa la necessità o meno di una presenza congiunta delle attività di “formazione” e “manifestazione”: la soluzione più garantista imporrebbe la sussistenza di entrambe, ma si tratta di una posizione foriera di conseguenze pericolose sul piano applicativo, poiché la norma non troverebbe più spazio nei frequenti casi di atti a formazione frazionata o provenienti da organi collegiali. La tesi “restrittiva” opposta riconosce, invece, preminenza al momento della “formazione”, attribuendo rilievo ai singoli contributi e, pertanto, anche ai meri atti preparatori interni alla pubblica amministrazione<sup>138</sup>.

Non è, tuttavia, pensabile porre, indistintamente, sullo stesso piano tutti i contributi offerti; pare pertanto preferibile individuare quelli “determinanti”<sup>139</sup> per la formazione della volontà. In questo senso sarà pubblico ufficiale non solo colui che ha il potere di impegnare verso l'esterno l'amministrazione, attraverso la formale enunciazione della volontà, ma anche chi nell'ambito del procedimento abbia contribuito in modo specifico al progressivo formarsi della stessa<sup>140</sup>.

Quello della formazione e manifestazione della volontà è apparso, in definitiva, il potere più problematico, poiché è l'unico dei tre che per essere compreso appieno necessita, da un lato, del costante collegamento con il limite “esterno” e, dall'altro, di un richiamo ai contenuti dell'art. 358 c.p.

La norma identificativa dell'incaricato di pubblico servizio è la disposizione più controversa, che nonostante la sua natura residuale, o proprio a causa di questa, ha offerto molteplici spunti di riflessione in dottrina e ha determinato una prassi applicativa che ha costituito il “banco di prova” della teoria oggettivo-funzionale.

---

<sup>137</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1173.

<sup>138</sup> L. PICOTTI, *Le nuove definizioni*, cit., p. 276.

<sup>139</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 274. L'autore, pur riconoscendo rilievo alle ipotesi in cui la volontà della pubblica amministrazione sia formata collegialmente, oltre che individualmente, nega rilevanza ai semplici contributi offerti a decisioni di competenza di altri soggetti.

<sup>140</sup> B. ROSINI, *Il pubblico ufficiale*, cit., p. 22.

#### 4.1. L'incaricato di pubblico servizio

L'articolo 358 c.p. stabilisce, al primo comma, che: *“Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio”*.

Si tratta, evidentemente, di una definizione tautologica, poiché l'unico elemento necessario e sufficiente è rappresentato dalla prestazione di un pubblico servizio; rispetto alla precedente formulazione è stato, però, espunto il riferimento al vincolo di dipendenza del soggetto dalla p.a., e ciò ha reso irrilevante, ai fini dell'assunzione della qualifica, la natura pubblica o privata dell'agente. Anche in questo caso, come per il p.u., la riforma ha cristallizzato normativamente l'orientamento oggettivo – funzionale teso a verificare in concreto la natura della funzione svolta<sup>141</sup>.

La vera novità, introdotta con l'art. 18 della L. 86/1990, risiede, comunque, nel secondo comma, laddove viene introdotta una compiuta definizione di pubblico servizio: *“Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine e della prestazione di opera meramente materiale”*.

L'originario art. 358 c.p. non conteneva la precisazione del concetto e si doveva, per questo, ricorrere all'elaborazione operata dalla dottrina giuspubblicistica<sup>142</sup>; l'assenza di un preciso referente normativo aveva, inoltre, portato dottrina e giurisprudenza penale ad elaborare alcuni criteri identificativi.

La maggior parte degli autori definivano, sostanzialmente, come pubblico servizio un'attività propria dello Stato o di un altro ente pubblico, svolta da pubblici impiegati o da privati in forza di una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione e avente - come limite superiore - la pubblica funzione e - come limite

---

<sup>141</sup> A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 102. L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., p. 714.

<sup>142</sup> Tale dottrina tradizionalmente riferisce il rapporto di servizio al rapporto che si crea tra p.a. e persona fisica, la quale ha l'obbligo di agire per realizzare i fini dell'ente. Conseguentemente il profilo più rilevante di questo rapporto è rappresentato dalla doverosità delle funzioni esercitate e dal loro carattere professionale e continuativo.

inferiore - il servizio di pubblica necessità. A livello contenutistico l'esercizio del servizio si caratterizzava, poi, per la realizzazione di strette finalità pubbliche<sup>143</sup>.

In realtà anche oggi il vero volto dell'i.p.s. si ricava da un duplice richiamo *ad excludendum*: infatti, dall'attuale art. 358 c.p. si evince che nel pubblico servizio, da un lato, sono assenti i poteri tipici della pubblica funzione e, dall'altro, non possono essere svolte mansioni d'ordine meramente materiali. Con riguardo al primo aspetto, tuttavia, c'è da dire che il pubblico servizio condivide con la pubblica funzione una definizione “in positivo”, dovendo essere, al pari di quella, disciplinato da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi<sup>144</sup>.

Si tratta dello stesso criterio formale, contenuto nell'art. 357 c.p., che serve a differenziare l'area pubblicistica da quelle privatistica, per rendere riconducibile solo la prima al pubblico servizio. La scelta di caratterizzare tale nozione attraverso un criterio di disciplina sottende il rifiuto all'utilizzo giurisprudenziale di “criteri sintomatici” e, quindi, al riconoscimento di un “servizio pubblico oggettivo improprio”; l'intento è quello di escludere che un'attività privatistica, svolta da un soggetto pubblico o privato, sia da ritenere pubblico servizio perché, in ragione dell'interesse che presenta per la collettività, è stata oggetto di interventi più o meno penetranti da parte della p.a.<sup>145</sup>.

In realtà, anche dopo la riforma, come vedremo, non mancheranno pronunce contenenti un richiamo più o meno esplicito a questi “indici sostanziali”.

Il combinato disposto degli articoli 357 e 358 c.p. consente di escludere la qualifica di incaricato di pubblico servizio in relazione a quelle attività, aventi natura pubblicistica, che implicino l'esercizio dei “*poteri tipici della pubblica funzione*”.

Tale delimitazione è ben riassunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 27 marzo 1992: “*sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, pure agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa, purché non svolgano semplici mansioni d'ordine,*

---

<sup>143</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, cit., p. 85 ss. *Contra* A. PAGLIARO, *Principi*, cit., secondo il quale “è da escludere che si possa richiedere l'obbligo di agire per il perseguimento dei fini dell'ente, in quanto appare sufficiente che il soggetto fisico ne abbia la facoltà. Inoltre conta non tanto un rapporto di servizio qualsiasi nei confronti dell'ente pubblico, ma si richiede un qualsiasi esercizio di un pubblico servizio; in altri termini l'aspetto pubblicistico è spostato dalla natura dell'ente alla natura del servizio che obiettivamente abbia una funzione pubblicistica”.

<sup>144</sup> V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 911.

<sup>145</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 300.

*né prestino opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri propri della pubblica finzione, con la quale è solo in rapporto di accessorialità o complementarietà”*<sup>146</sup>.

In passato, non si è esitato ad estendere l’area del pubblico servizio anche all’attività non “intellettuale”, ma puramente “manuale ed esecutiva” e solo con la riforma del 1990 è stata espunta la circostanza che lo svolgimento di *mansioni d’ordine* o la prestazione di *opera meramente materiale* possano costituire pubblico servizio<sup>147</sup>.

Il limite inferiore della definizione in oggetto dipende, pertanto, dalla consistenza contenutistica riconosciuta alle citate locuzioni, che sembrano riecheggiare, in realtà, inquadramenti professionali ormai superati.

In proposito si ritiene corretto definire le “mansioni d’ordine” come quelle che concernano prestazioni dal contenuto generico e semplice, nelle quali emerge soprattutto il dispiegamento di forza fisica, mentre le “prestazioni d’opera meramente materiale” sono quelle che comportano un lavoro intellettuale di modesta levatura, senza autonomia decisionale, in conformità alle direttive altrui.

Secondo autorevole dottrina la riserva contenuta nell’ultima parte dell’art. 358 c.p. non è esente da dubbi e critiche, poiché comporta l’esclusione dalle qualifiche di soggetti che, seppur adibiti a compiti esecutivi, occupano una posizione di stretta contiguità collaborativa con i superiori che rivestono tali qualifiche, e ciò, sotto il profilo dell’assetto complessivo di tutela della p.a., pare comportare una ingiustificata differenza di trattamento<sup>148</sup>.

La figura dell’incaricato di un pubblico servizio, del resto, non è unitaria: una distinzione interessante sussiste a seconda che il pubblico agente sia un soggetto legato o meno alla pubblica amministrazione da un rapporto lavorativo.

Nel primo caso si ha a che fare con “l’incaricato pubblico impiegato”, al quale il codice penale ricollega alcune specifiche fattispecie di reato, prevedendo una particolare e distinta forma di responsabilità.

---

<sup>146</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 27.03.1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, p. 65.

<sup>147</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 40.

<sup>148</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 314.

Si pensi per esempio all’art. 320 c.p., che, alla sussistenza di un pubblico impiego, limita la punibilità della corruzione impropria; la distinzione tra i.p.s. “semplice” e “pubblico impiegato” viene confermata anche all’interno dell’art. 322 c.p., in tema di istigazione alla corruzione; altro analogo richiamo si trova anche al di fuori del novero dei reati contro la p.a., nell’art. 493 c.p. riguardante la falsità in atti. La delimitazione del campo applicativo della fattispecie all’incaricato di un pubblico servizio che sia anche un pubblico impiegato, seppur non riferita al soggetto attivo, compare, poi, anche in altre disposizioni del codice penale, quali il millantato credito (art. 346 c.p.) e l’usurpazione di funzioni pubbliche (art. 347 c.p.)<sup>149</sup>.

Quanto ricordato evidenzia come nel codice penale si assista ad un mutamento di disciplina a seconda che il pubblico agente sia o meno legato alla p.a. da un diretto rapporto di impiego; ciò consente di identificare quasi un’autonoma qualifica pubblicistica che, maggiormente “soggettivizzata” dal predetto requisito, sembra in contrasto con le istanze oggettivo-funzionali proprie della riforma.

L’accoglimento di queste ultime e l’adozione di un criterio definitorio oggettivo “puro” appare, pertanto, secondo alcuni, più formale che effettivo, non essendo, tuttora, affatto irrilevante l’esistenza di una relazione particolarmente qualificata fra soggetto agente e pubblica amministrazione<sup>150</sup>.

Invero, lo spazio riconosciuto alla figura dell’incaricato pubblico impiegato risulta sostanzialmente eroso dalla qualifica di pubblico ufficiale, dal momento che è difficile pensare ad un simile incaricato sprovvisto di almeno uno dei tre poteri tipici (autoritativi, certificativi o deliberativi) menzionati nell’art. 357 c.p.

La stessa giurisprudenza ha confortato tale assunto, contribuendo ad ampliare l’ambito applicativo di quest’ultima norma a scapito del successivo art. 358 c.p.<sup>151</sup>

Emblematica, in tal senso, la seguente pronuncia in cui il dipendente di un ente concessorio, che svolgeva un pubblico servizio, è stato riconosciuto quale p.u. (si tratta dei dipendenti di Poste Italiane s.p.a., cui verrà dedicato più avanti un approfondimento): “la qualifica di pubblico ufficiale, secondo l’attuale formulazione

---

<sup>149</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 40.

<sup>150</sup> L. PICOTTI, *Le nuove definizioni*, cit., p. 291.

<sup>151</sup> Per un’ampia panoramica giurisprudenziale nel confronto tra le due disposizioni v. *Sub artt. 357 e 358 c.p.*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1128 ss.

dell'art. 357 c.p., va riconosciuta a tutti i soggetti che, pubblici dipendenti o privati, possono e debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della p.a. ovvero esercitare poteri autoritativi o certificativi. Al dipendente dell'Ente Poste Italiane – ente che senza dubbio svolge un servizio pubblico, consistente nell'assicurare la comunicazione epistolare e ogni altro tipo di comunicazione – al quale sia affidata la mansione di addetto al servizio dei conti correnti postali, va riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale nella attività connessa alla riscossione delle somme versate in conto corrente, trattandosi dell'esercizio di poteri certificativi che si esplicano attraverso il rilascio di documenti aventi efficacia probatoria. (Fattispecie di falso ideologico commesso da un addetto al servizio conti correnti postali relativamente alla attestazione del versamento e della contestuale riscossione delle somme portate in conto corrente)<sup>152</sup>.

In sostanza, lo sganciamento da un rapporto di dipendenza pubblica con lo Stato, o altro ente pubblico, non comporta, come detto, una totale irrilevanza, ai fini dell'attribuzione delle qualifiche soggettive in esame, della natura giuridica del soggetto cui l'attività viene riferita, in quanto il regime cui una determinata attività è originariamente sottoposta può determinare diverse implicazioni<sup>153</sup>.

Sicuramente molto problematico si è rivelato anche il caso dell' i.p.s. che, non legato alla p.a. da un rapporto di diretta dipendenza, e quindi in qualità di soggetto privato, ha ottenuto un'autorizzazione allo svolgimento di pubblici servizi.

Laddove la p.a. si è spogliata della prerogativa nello svolgimento di attività volte a soddisfare interessi pubblici è intervenuto il fenomeno delle c.d. “concessioni pubbliche”; si tratta di una realtà che ha riguardato molteplici settori, oltre ad essere

---

<sup>152</sup> Cass. Pen., VI, 04.07.1997, n. 7972, in *Cass. pen.*, 1999, p. 538 (Conferma il principio generale per cui la qualifica di p.u. ricorre anche in capo ad un soggetto privato, purché la funzione esercitata sia pubblica Cass. pen., S.U. 27.03.1992, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2718). Sullo statuto penale dei dipendenti postali è, invece, interessante notare che, nonostante la trasformazione dell'amministrazione postale in ente pubblico economico attuata con il d.l. n. 487/93, convertito nella l. n. 71/94, e la successiva adozione della forma di s.p.a. con la l. n. 662/96, non è venuta meno la natura pubblicistica di tutti i servizi offerti (non solo, quindi, quelli riservati, ma anche quelli relativi alla raccolta del risparmio). Cass. Pen., V, 15.06.2004, in *Diritto e Giustizia*, 2004, p. 35. Si tratta di una presa di posizione discussa, che ha inevitabilmente richiamato all'attenzione il tema della qualificazione giuridica degli operatori bancari e di cui si dirà, più approfonditamente, in seguito.

<sup>153</sup> Sulla questione, diffusamente, P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce “*Pubblico ufficiale*”, cit., p. 511.



stata l’oggetto privilegiato di numerose pronunce giurisprudenziali e, per questo, verrà approfondita separatamente all’interno della seconda sezione.

### **5.1. I funzionari esteri e quelli delle Comunità europee ex art. 322 bis c.p.**

Prima di affrontare la seconda sezione di questo capitolo, e a conclusione dell’inquadramento svolto sinora sugli artt. 357 e 358 c.p., è opportuno ricordare che il nuovo articolo 322 bis c.p. (*Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri*) assimila ai nostri pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio alcuni funzionari di organizzazioni internazionali o di Stati esteri.

Esso, infatti, così recita:

*“Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322 co. 3 e 4, si applicano anche:*

*1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;*

*2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;*

*3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;*

*4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei trattati che istituiscono le Comunità europee;*

*5) a coloro che, nell’ambito di altri Stati membri dell’Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.*

*Le disposizioni degli articoli 321 e 322, co 1 e 2, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:*

*1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;*

*2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell’ambito di altri Stati*

*esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali.*

*Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi”.*

Si tratta di una norma complessa, e per alcuni versi “ibrida”, che è stata introdotta dall’art. 3 della legge 29 settembre 2000 n. 300, attuativa di una serie di convenzioni internazionali delle quali l’Italia risultava firmataria da tempo e con la quale il nostro Paese ha adeguato il proprio ordinamento agli accordi assunti in sede internazionale, per il contrasto coordinato di talune forme di criminalità economica<sup>154</sup>.

L’equiparazione, in realtà, concerne unicamente i reati di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione e si attua solo quando i funzionari stranieri svolgono una attività che, nello Stato italiano, può essere considerata pubblica funzione o pubblico servizio<sup>155</sup>.

Dietro questa estensione delle qualifiche soggettive si coglie, sin da subito, la necessità di approntare una tutela penale anche in relazione a beni giuridici di rilevanza extranazionale e le nuove figure di *intraneus* sono, quindi, il vettore mediante il quale si realizza la difesa di beni giuridici estranei all’ordinamento interno<sup>156</sup>.

In realtà, occorre precisare, che non si dovrebbe parlare di una vera e propria “estensione”, poiché la norma penale indica una “assimilazione” e questo principio si limita ad ampliare il campo di applicazione delle norme interne di incriminazione in relazione al soggetto attivo, in modo da includere condotte che precedentemente non

---

<sup>154</sup> Si tratta, in particolare, della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (PIF) fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995; del primo protocollo alla Convenzione PIF fatto a Dublino il 27 settembre 1996; del Protocollo concernente l’interpretazione, in via pregiudiziale, della Convenzione PIF da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, fatto a Bruxelles il 26 maggio 1997; della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell’Unione Europea; della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. L. D. CERQUA, *sub art. 322 bis.*, in *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2006, p. 1021 ss.

<sup>155</sup> A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 25.

<sup>156</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 47.

erano punibili, ma non è di per sé attributivo della specifica qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio<sup>157</sup>.

Tornando alla tutela degli interessi transnazionali, che connota l'intera l. n. 300/2000, si tratta di una esigenza che già si era imposta, in passato, con riferimento alle risorse finanziarie dell'Unione europea: infatti, l'assenza di una potestà sanzionatoria strettamente penale in capo alle istituzioni comunitarie aveva condotto, in questo settore, ad una “delega di funzioni” in favore degli Stati membri<sup>158</sup>.

La tecnica normativa prescelta all'epoca, e tuttora utilizzata per l'art. 322 *bis* c.p., è, come detto, quella dell'*assimilazione*, intesa quale equiparazione tra il bene giuridico nazionale e l'interesse comunitario o straniero<sup>159</sup>.

Nel dettaglio, le categorie di soggetti alle quali si applicheranno le disposizioni oggetto di rinvio sono: i membri degli organi delle Comunità europee, i funzionari delle Comunità europee, i funzionari di Stati esteri e di organizzazioni internazionali pubbliche.

L'art. 322 *bis* c. 1 n. 1) concerne, innanzitutto, i membri Commissione delle Comunità Europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei Conti delle Comunità europee.

Tale identificazione non crea particolari problemi, ma ugualmente induce ad una riflessione, in quanto avviene attraverso il ricorso al criterio soggettivo della mera appartenenza a questi organi comunitari, lo stesso criterio che il legislatore ha utilizzato anche per i funzionari e gli agenti delle Comunità europee (seconda categoria di autori della corruzione passiva), che devono risultare “assunti per contratto” in conformità alla disciplina dei relativi *status*<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> M. PELISSERO, *Commento alla l. n. 300/2000*, in *Legisl. Pen.*, 2001, p. 1002.

<sup>158</sup> Tecnica normativa da taluni definita dell' “affidamento”; sul punto v. E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, p. 209.

<sup>159</sup> S. MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 418.

<sup>160</sup> M. PELISSERO, *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., p. 1003. Qui vengono in considerazione le figure soggettive così come disciplinate dalla normativa comunitaria ed è a questa che l'interprete deve fare riferimento. In proposito occorre precisare che i “funzionari” sono coloro che hanno ottenuto un impiego permanente presso una delle istituzioni comunitarie, mentre gli “agenti” vengono distinti in quattro categorie (temporanei, ausiliari, locali, consiglieri speciali) e per il loro *status* occorre riferirsi al

Le disposizioni incriminatrici si applicano anche “alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee” (art. 322 *bis* c.1 n. 3)).

Per l’individuazione di questa ulteriore categoria si ricorre ad un duplice criterio, soggettivo e oggettivo: si richiede, infatti, un rapporto con un ente di appartenenza (che si sostanzia nell’essere le persone “comandate”), ma è altresì necessario lo svolgimento di funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari e agenti comunitari.

Nessun rilievo assume, pertanto, l’esercizio di fatto di funzioni comunitarie in assenza di un rapporto organico con le istituzioni comunitarie o di missione da parte di uno Stato membro o di un qualsiasi ente pubblico o privato.

La circostanza che l’art. 322 *bis* c.p. e gli atti comunitari a cui esso dà esecuzione nulla dicano sulle funzioni di fatto svolte da questi soggetti, può far pensare ad un sostanziale esclusione dell’utilizzo del solo criterio identificativo oggettivo – funzionale tanto caro al nostro legislatore nazionale?

In realtà, come visto, l’assimilazione ai nostri pubblici agenti consente di ritenere che l’espreso legame soggettivo si deve pur sempre accompagnare all’esercizio materiale di una pubblica funzione o di un pubblico servizio.

L’assimilazione implica, altresì, che le funzioni pubbliche debbono far capo al soggetto considerato e non essere semplicemente prerogativa dell’amministrazione a cui egli appartiene; inoltre del fatto commesso nella qualità si deve rispondere solo se tra fatto e qualità c’è un collegamento oggettivo come quello espresso dalla locuzione “nell’esercizio od a causa”<sup>161</sup>.

Il parametro oggettivo – funzionale è, quindi, presente anche se non sembra rivestire, comunque, una sufficiente e autonoma valenza.

Proseguendo nella elencazione, il punto n. 4) menziona anche i membri e gli addetti a enti costituiti sulla base dei trattati che istituiscono le Comunità europee, quali le Agenzie europee, la Banca Centrale Europea, il Fondo europeo per gli investimenti,

---

regolamento del Consiglio n. 259/1968. Sul punto v. anche I. TELCHINI, voce “*Funzionari internazionali*” (*diritto della Comunità europea*), in *Enc Giur.*, XIV, 1989, p. 1.

<sup>161</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 48.

gli organismi comunitari per l’occupazione e la formazione professionale e/o culturale e via dicendo.

Questi organismi sono stati presi espressamente in considerazione, in quanto il relativo personale svolge un ruolo fondamentale nell’applicazione della normativa comunitaria, per cui gli eventuali fatti di corruzione avrebbero dirette ripercussioni negative sul buon andamento e sull’imparzialità della amministrazione comunitaria, nonché sugli interessi finanziari delle Comunità europee<sup>162</sup>.

Anche in questo quarto gruppo il richiamo ad un criterio identificativo “soggettivo” puro traspare in tutta evidenza.

L’ultima categoria considerata è, infine, quella dei funzionari stranieri, ossia “coloro che, nell’ambito di altri Stati membri dell’Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio”.

Volendo tentare alcune riflessioni conclusive, l’esame delle singole categorie di soggetti, contenute nell’art. 322 *bis* c.p., a cui si estendono le fattispecie di parte speciale ha evidenziato l’utilizzo prevalente del criterio soggettivo dell’appartenenza del soggetto alla istituzione comunitaria e questo aspetto emerge, come visto, soprattutto nei numeri 1), 2) e 4); anche nel numero 3), del resto, il semplice esercizio di una funzione, in assenza di un rapporto con un ente che abbia “comandato” il soggetto presso le Comunità europee, non è sufficiente ad integrare la qualifica soggettiva.

Il criterio oggettivo viene, invece, adottato per individuare i funzionari pubblici stranieri, rispetto ai quali è assorbente l’esercizio di funzioni o attività assimilabili a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di un pubblico servizio italiani.

Un’ulteriore interessante considerazione può derivare anche dalla lettura dell’ultimo comma dell’art. 322 *bis* c.p. che distingue la disciplina in concreto applicabile sulla base del diverso riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

Ciò dipende dalla scelta del legislatore nazionale che ha adottato una regolamentazione differenziata, agli effetti della corruzione, a seconda che il soggetto sia riconducibile all’art. 357 o all’art. 358 c.p.

---

<sup>162</sup> M. PELISSERO, *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., p. 1004.

In realtà, con riguardo a quest'ultima figura, secondo alcuni, l'intento del legislatore comunitario non è quello di richiedere l'insieme di tutti i requisiti delimitativi previsti dalla disciplina interna<sup>163</sup>: la previsione normativa contenuta nell'ultimo comma se, da un lato, impone per il p.u., oltre all'appartenenza, anche "*l'esercizio di funzioni corrispondenti*", dall'altro, per l'i.p.s., sancisce, invece, una assimilazione residuale ("*negli altri casi*") che non è priva di significato.

Se, infatti, il giudice accerta l'appartenenza del soggetto a una delle categorie elencate e, contestualmente, riconosce che egli svolge attività di formazione o manifestazione della volontà della p.a. comunitaria o esercita poteri autoritativi o certificativi, il fatto ricadrà sotto la disciplina prevista per i pubblici ufficiali; ma, al contrario - in assenza dei poteri tipici -, troverà in ogni caso applicazione residuale l'art. 320 c.p., relativo alla corruzione di persona incaricata di pubblico servizio, anche se non sussistono tutti i requisiti richiesti dall'art. 358 c.p. Ciò perché, in questi casi, il criterio soggettivo di appartenenza già prevale nettamente sul criterio oggettivo dell'attività svolta.

L'effetto pratico che ne discende è che non sembra, pertanto, risultare operativa la limitazione "verso il basso" che, ai sensi dell'art. 358 c.p., esclude il riconoscimento della qualifica pubblicistica in presenza dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine o di prestazioni d'opera meramente materiale.

Se ciò è vero per le prime quattro categorie, non vale più, però, nel caso dei funzionari dei diversi Stati membri (n. 5): qui, infatti, trova piena attuazione il criterio oggettivo - funzionale e l'attività esercitata dal soggetto comunitario dovrà rispecchiare fedelmente tutti i contenuti e le delimitazioni propri sia dell'art. 357 che dell'art. 358 c.p.

Ecco, dunque, che troverà nuovamente applicazione anche il limite inferiore di riconoscimento della qualifica ai sensi dell'art. 358 c.p.

Sulla base di queste osservazioni, è evidente la disparità di trattamento tra incaricati di pubblico servizio italiani e stranieri, ai quali si applicheranno i parametri dell'art. 358 c.p., e i funzionari comunitari, ai quali potrà essere, invece, estesa la disciplina della corruzione pur in presenza di mansioni d'ordine o manuali.

Tali ingiustificabili disuguaglianze imporrebbero una riscrittura del testo dell'art. 322 *bis* c.p. che risulta peraltro difettoso e privo di elasticità anche per aver operato

---

<sup>163</sup> Sul punto, diffusamente, M. PELISSERO, *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., p. 1006.

“LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE”

l’equiparazione solo con riferimento ad un *numerus clausus* di delitti dei p.u. contro la p.a.

Cosa succederà, infatti, quando la politica criminale imporrà la necessità di estendere al funzionario comunitario una responsabilità per la commissione di ulteriori fattispecie?

E’ pensabile incrementare i contenuti dell’art. 322 *bis* c.p. attraverso l’utilizzo di lunghe, disomogenee e pericolose elencazioni o, piuttosto, è auspicabile una riformulazione sostanziale degli artt. 357 e 358 c.p. in un’ottica sovranazionale?

**SEZIONE SECONDA**  
**UN “COLLAUDO” GIURISPRUDENZIALE DEGLI ARTICOLI 357 E**  
**358 C.P.: CASI RISOLTI E QUESTIONI ANCORA “APERTE”**

**Introduzione**

Questa seconda sezione è dedicata all’approfondimento delle problematiche più discusse in dottrina e giurisprudenza circa l’inquadramento e l’operatività delle predette qualifiche soggettive.

L’intento è sostanzialmente quello di offrire, se possibile, nuovi spunti di riflessione nell’analisi di figure ritenute da sempre problematiche, in quanto lo stretto rigore descrittivo che, come visto, le caratterizza si è spesso mal conciliato con le risultanze dell’esercizio effettivo di pubbliche funzioni e servizi.

La lacunosità di definizioni tautologiche ha comportato una “ipertrofia giurisprudenziale” che ha coinvolto, in particolare, la figura dell’incaricato di pubblico servizio e questo fenomeno ha trovato conferma anche nel periodo successivo all’entrata in vigore della l. n. 86/90, come emergerà dallo studio di alcuni specifici settori, come quello delle privatizzazioni e dell’intermediazione finanziaria

Più in generale, verranno indagati aspetti vecchi e nuovi riconducibili alla operatività del criterio oggettivo-funzionale adottato all’esito della riforma dello statuto penale della pubblica amministrazione e ci si occuperà di verificare la sua attuale tenuta ed efficacia alla luce delle trasformazioni che continuano a coinvolgere il settore pubblico, specie economico, sempre più organicamente inserito in una struttura di tipo privato, nonostante il permanere delle ineliminabili sottese finalità collettive.

**1.1. Il sistema delle concessioni pubbliche: analisi di vecchi e nuovi paradigmi giurisprudenziali**

Il coinvolgimento delle società concessionarie di servizi pubblici nello statuto penale della p.a. comporta l’inevitabile verifica della validità di norme e definizioni che si intrecciano lungo le “mobili frontiere” poste fra il diritto amministrativo e quello penale.



Occorre premettere, innanzitutto, la distinzione fondamentale tra “concessione” e “autorizzazione”: tradizionalmente si è ritenuto che il regime di concessione, diversamente da quello autorizzatorio, abbia una efficacia costitutiva della legittimazione all’esercizio di un pubblico servizio in capo al privato, poiché esso si attua attraverso il trasferimento, al destinatario del provvedimento, dell’esercizio “in prima persona” di un potere della p.a. L’autorizzazione si sostanzia, invece, nell’atto che, limitandosi a rimuovere un ostacolo di ordine pratico a che il privato eserciti una determinata attività, connota colui che esercita un servizio di pubblica necessità ai sensi dell’art. 359 c.p.<sup>164</sup>.

La giurisprudenza ha condiviso l’idea della concessione quale strumento idoneo a trasferire funzioni pubbliche<sup>165</sup> stabilendo che, con riferimento alla nozione di pubblico servizio, le attività dispiegate da un privato concessionario in funzione e in dipendenza della concessione, nonché in adempimento degli obblighi con essa impostigli al fine di assicurare il perseguimento dell’interesse pubblico, non possono definirsi attività di tipo privato per il solo fatto che sono espletate da un soggetto estraneo alla p.a., ma conservano la natura di attività amministrativa in senso oggettivo, il cui esercizio da parte del concessionario, secondo le previsioni contenute nell’atto concessorio, gli riconosce il ruolo di organo indiretto dell’amministrazione<sup>166</sup>.

Se, tuttavia, si volesse ricollegare alla sola esistenza di un atto di concessione, come momento di conferimento di potestà proprie della p.a., l’identificazione certa di una attività di pubblico servizio, ci troveremmo di fronte ad alcune fondate obiezioni.

Nell’ambito dei rapporti concessori si riconosce, infatti, una distinzione tra la fase discrezionale di scelta del concessionario, di formazione della volontà e di indirizzo generale e la fase successiva di attuazione concreta della concessione che può svolgersi sia attraverso il ricorso a norme di diritto pubblico, sia per il tramite di una disciplina privatistica. Orbene, ai fini della definizione come pubblico servizio dell’intera attività

---

<sup>164</sup> A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 24.

<sup>165</sup> In particolare, in relazione alla concessione di costruzione, si è affermato che si tratterebbe di una concessione di servizi traslativa, caratterizzata dal trasferimento al concessionario dell’esercizio di funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente e necessarie per la realizzazione delle opere (funzioni di progettazione, direzione lavori, espletamento procedure). Gli atti posti in essere dal concessionario per la realizzazione dell’opera costituiscono attività sostanzialmente e oggettivamente amministrative e sono un tipico esempio di esercizio privato di pubbliche funzioni.

<sup>166</sup> Cass. Pen., VI, 17.10.1996, n. 10735, in *Giur. it.*, 1998, p. 133.

svolta nell'ambito del rapporto concessorio, non pare sufficiente l'esistenza di un mero atto autoritativo di investitura di un pubblico servizio, è invece necessario accertare se le singole attività che vengono in questione siano a loro volta soggette ad una disciplina di tipo pubblicistico<sup>167</sup>.

L'orientamento espresso è stato condiviso dalla stessa Corte di Cassazione che, in numerose sentenze, si è occupata di qualifiche soggettive e rapporti di concessione; per maggiore chiarezza è, ora, il momento di passare in rassegna le pronunce più significative.

Recentemente è stata affermata la sussistenza della qualità di incaricati di pubblico servizio in capo ai dipendenti di una società concessionaria, per il Comune, di servizi pubblici essenziali relativi all'erogazione di energia elettrica, che erano stati chiamati a presiedere alla formazione del bando e all'espletamento di un gara d'appalto<sup>168</sup>.

In specie, veniva chiarito che le persone giuridiche a totale partecipazione azionaria del Comune, categoria nella quale rientrava la società descritta, erano ricomprese nella nozione di "impresa pubblica" ex art. 3, comma 28, del d.l.g.vo n. 163/2006 (recante il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) e, per ciò stesso, vincolate a precise procedure di aggiudicazione<sup>169</sup>.

In sostanza, esse non erano libere di scegliere il soggetto cui affidare le commesse secondo il loro libero apprezzamento, ma erano tenute, ai sensi del predetto decreto legislativo, a predisporre una gara con le forme dei pubblici incanti o delle licitazioni private al fine di concludere un negozio a condizioni convenienti in rapporto all'entità delle prestazioni richieste. Le diverse fasi dell'*iter* della gara costituivano, quindi, una fattispecie a formazione progressiva evidentemente sottoposta ad una

---

<sup>167</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, pt spec.*, cit., p. 177. Interessanti considerazioni sul punto si ritrovano in F. GOISIS, *Gli amministratori e funzionari di società in mano pubblica come pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 774.

<sup>168</sup> Cass. Pen., 14.04.2008, n. 155506, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1530 (con nota di N. MADIA, *Considerazioni sulla turbativa d'asta e sulla sussistenza della qualità di incaricati di pubblico servizio in capo ai preposti a una gara indetta da una s.p.a. concessionaria del Comune*).

<sup>169</sup> Sul tema v. M. A. SANDULLI, *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici, I, I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, a cura di SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, Milano, 2008, p. 33 ss.

disciplina di diritto pubblico<sup>170</sup> e ciò garantiva il corretto inquadramento, quali i.p.s., di coloro che presiedevano a tali procedure, occupandosi della redazione del bando e dello svolgimento della gara.

Da tempo si ritiene, inoltre, che anche un dipendente di una società concessionaria di opere pubbliche possa essere inquadrato quale incaricato di pubblico servizio<sup>171</sup>: in proposito i giudici, conformemente alle argomentazioni di cui sopra, distinguono, però, tra le attività per le quali il soggetto agente assume la veste di “sostituto” della pubblica amministrazione concedente e le attività in cui egli opera come “privato”. Anche in questo caso, solo rispetto alle prime, regolate da atti autoritativi e da norme di diritto pubblico, vi sarà l’operatività pacifica dell’art. 358 c.p.<sup>172</sup>

Il rapporto che si instaura tra p.a. concedente e concessionario viene visto, pertanto, come un rapporto di “sostituzione” di natura pubblicistica che si concretizza

---

<sup>170</sup> C. BENUSSI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2001, p. 84.

<sup>171</sup> Cass. Pen., VI, 27.01.2005, in *Cass. pen.*, 2006, p. 9. Conformi: Cass. Pen., 2.02.1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 723; Cass. Pen., VI, 23.11.1995, in *Giust. pen.*, 1996, p. 505; Cass. Pen., 2.10.1984 in *CED Cass.*, n. 167172; Cass. Pen., VI, 3.05.1989, in *Cass. pen.*, 1992, p. 562 (Nel caso di specie veniva riconosciuta alla ex S.i.p. la qualità di società concessionaria del servizio pubblico telefonico, con conseguente attribuzione ai suoi operai e funzionari della qualifica di incaricati di pubblico servizio. Non riveste tale *status*, invece, il gestore di un bar, incaricato con contratto d’opera di tenere un posto telefonico pubblico, poiché lo stesso svolge mere mansioni d’ordine. Cass. Pen., VI, 14.05.1991, in *Giur. it.*, 1992, p. 286).

<sup>172</sup> Cass. pen., VI, 27.01.2005, n. 11902, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2851. Conforme Cass. pen., VI, 22.04.2004, n. 26057, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3368 (In quest’ultimo caso la Corte ha riconosciuto la qualifica soggettiva in capo all’imputato, dipendente di una società di costruzioni e direttore della concessione per la realizzazione dell’opera, atteso l’accertato trasferimento alla concessionaria di compiti spettanti alla P.A. concedente, quali quello di indire gare di appalto per la realizzazione, a prezzo congruo, di opere pubbliche). È pubblico ufficiale, anche con riferimento alla nozione fornita dall’art. 17 l. 26 aprile 1990 n. 86, il professionista incaricato da società concessionaria della realizzazione di opere pubbliche, "quale un'autostrada dell'azienda autonoma per le strade statali (ANAS)", della direzione dei lavori, cui è concesso anche l'obbligo di vigilanza sulla corretta esecuzione dei manufatti da parte delle imprese appaltatrici e di controllo sul rispetto delle prescrizioni di capitolato, nonché il potere di impartire istruzioni e ordini di servizio, il dovere di constatare e certificare lo stato di avanzamento delle opere mediante redazione degli stati di consistenza che, unitamente ai connessi prospetti contabili, costituiscono presupposto procedimentale per il riconoscimento e la liquidazione delle somme di danaro maturate dalle imprese esecutrici dei lavori. Cass. Pen., VI, 10.10.1992, in *Riv. Pen., ec.*, 1994, p. 236.

Diversamente, è stata ritenuta di natura privatistica, e quindi estranea al contenuto di pubblico servizio del trasporto ferroviario, l’attività rientrante nelle “competenze generali” del responsabile della funzione legale della società Ferrovie dello Stato (Nella specie il giudice ha osservato che l’attività svolta dal responsabile della funzione legale rientra in quell’area del rapporto concessorio che presenta natura privatistica, perché fa parte dell’attività di gestione degli interessi del concessionario, il quale, nell’ipotesi in esame è una società per azioni, anche se a capitale pubblico prevalente, disciplinata da norme di diritto privato). Trib. Roma, 22.10.1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1615.

per mezzo di un atto autoritativo della p.a., il c.d. “provvedimento concessorio”. Come detto, tale provvedimento non può però essere idoneo, da solo, a fondare la rilevanza pubblicistica dell’attività interamente svolta: *“ai fini della qualificazione di una attività come servizio pubblico, acquista valore decisivo la presenza di un atto dell’ente pubblico con il quale l’attività venga assunta come propria dell’ente, mentre è irrilevante l’esistenza di un provvedimento amministrativo che legittimi l’esercizio dell’attività, giacchè possono esistere servizi pubblici non oggetto di concessione e concessioni che hanno ad oggetto attività che non costituiscono pubblico servizio”*<sup>173</sup>.

Sulla scorta del fatto che ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, le quali devono poter essere inquadrare tra quelle proprie della p.a., è stato riconosciuto quale incaricato di pubblico servizio (e condannato per il reato di peculato, avendo sottratto ingenti somme di denaro) il dipendente dell’Enel – ente concessionario – addetto alla riscossione dei pagamenti dovuti per la fornitura di energia elettrica, a cui erano stati attribuiti sia i poteri di transazione e di concessione di dilazioni nei confronti di utenti morosi, che la discrezionalità nel disporre eventuali distacchi della fornitura<sup>174</sup>.

E’ stato anche deciso che il titolare e/o responsabile di un’officina autorizzata alla revisione periodica di veicoli a motore, in regime di concessione, riveste la qualifica di pubblico ufficiale in quanto l’attività svolta, consistente nell’effettuazione e nell’attestazione della avvenuta revisione, è disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi (in specie, l’art. 80 C.d.S.; artt. 238, 239, 240, 241 reg. C.d.S. e circolare del Dipartimento per i Trasporti n. 88/1995) e si esplica mediante l’esercizio di poteri certificativi<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Cass. Pen., VI, 2.12.2003, n. 2548, in *Riv. pen.*, 2004, p. 712. Conforme: Cass. Pen., VI, 7.05.1996, n. 793, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1015; Cass. Pen., VI, 18.01.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1811; Cass. Pen., VI, 24.10.1995, n. 11240, in *Giust. pen.*, 1996, p. 506 (Affermando tale principio, in quest’ultima sentenza in tema di corruzione, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i componenti del Consiglio di Amministrazione del fondo pensioni Cariplo, nelle operazioni di investimento di cui all’art. 65 L. 30.04.1969, n. 153, fossero incaricati di pubblico servizio. In proposito si è evidenziato che l’assicurazione obbligatoria per invalidità e vecchiaia rientra nella “previdenza sociale” la quale, ai sensi dell’art. 38 Cost. e l L. 12.06.1990 n. 145, costituisce pubblico servizio. Detta natura non si ritiene sia stata modificata dal d.l. 20.11.1990 n. 357, che le ha attribuito carattere integrativo, posto che si tratta comunque di previdenza obbligatoria). In dottrina, condivide tale orientamento, F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 819.

<sup>174</sup> Cass. Pen., VI, 21.02.2003, n. 11417, in *Dir. e Giust.*, 2003, p. 99. In dottrina in senso contrario: S. VINCIGUERRA, *Impiego presso ente pubblico e qualità di incaricato di un pubblico servizio (a proposito dei dipendenti dell’ENEL)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 594.

<sup>175</sup> Trib. Milano, XI, 13.02.2007, in *Foro Ambrosiano*, 2007, p. 295.

Anche il concessionario di una pesa pubblica e l'eventuale suo collaboratore, nell'attività di rilascio delle bolle di pesatura, rivestono la qualifica di pubblico ufficiale, giacché le bolle di pesa, dirette a provare il compimento di un'attività, costituiscono atti pubblici aventi valore costitutivo ed il soggetto risulta, pertanto, investito di poteri certificativi<sup>176</sup>.

In un'altra pronuncia la Suprema Corte ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale “o comunque di incaricato di pubblico servizio” al presidente della Società Autostrade s.p.a., ai fini del reato di corruzione propria nella gestione degli appalti concessi dalla società stessa. L'attività in parola è stata qualificata come attività amministrativa in senso obiettivo, trasferita in concessione e volta a proteggere finalità pubbliche<sup>177</sup>.

L'importanza delle “finalità” perseguite dall'ente concessionario, e l'incidenza delle stesse nel riconoscimento delle qualifiche soggettive si rinviene, poi, in una serie di ulteriori interessanti pronunce. Tale criterio è, del resto, uno dei più radicati in giurisprudenza: esso viene esplicitato attraverso il riscontro di un'attività “finalizzata al perseguimento di fini pubblici”, ovvero “caratterizzata dall'immanenza di un interesse pubblico”, ovvero, ancora, “in rapporto di strumentalità con una funzione pubblica”<sup>178</sup>.

In proposito, la Corte di Cassazione ha stabilito, ad esempio, che il concessionario del diritto di superficie di aree acquisite al patrimonio comunale, per la realizzazione del piano di edilizia economica e popolare (art. 35 e ss. L. 22.10.1971, n. 865), assume la qualifica di incaricato di pubblico servizio, atteso il fatto che: il rapporto tra Comune e impresa viene definito mediante concessione per atto pubblico, il

---

<sup>176</sup> Cass. Pen., V, 27.05.2005, in *CED Cass.*, 2005. Conforme: Cass. Pen., V, 22.12.1998 n. 7120, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2848.

<sup>177</sup> Cass. Pen., VI, 20.05.1998, n. 8854, in *Giust. pen.*, 1999, p. 385. Conforme: Cass. pen., sez. fer., 19.08.1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2085 (In questo caso è stato riconosciuto pubblico ufficiale il presidente di una s.p.a. concessionaria per la realizzazione di autostrade, nell'esercizio dell'attività connessa alla scelta dell'appaltatore cui affidare l'esecuzione di progetti di costruzioni di tronchi autostradali). Conforme: Cass. pen., Sez. fer., 3.09.1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1731.

<sup>178</sup> Secondo autorevole dottrina l'interesse pubblico sotteso ai rapporti di concessione non deve però mutare l'oggetto della valutazione, ossia l'analisi della attività concretamente svolta. Sul punto v. F. LEMME, *Società a partecipazione statale e reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 168; S. SEMINARA, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Commentario breve al codice penale* (a cura di A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCALÀ), Padova, 2006; S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1597.

cui contenuto è prestabilito per legge; che hanno carattere pubblico le risorse finanziarie impiegate per la preparazione e l'attuazione dei programmi; e soprattutto che l'attività di costruzione di case di tipo economico e popolare e dei relativi servizi urbani costituisce un servizio di interesse per la collettività, diretto ad assicurare beni di primario rilievo (quali l'abitazione e il complesso di utilità che rendono possibile il normale svolgimento della vita personale e familiare in un contesto sociale organizzato) e di norma eseguibile direttamente dall'autorità competente<sup>179</sup>.

La Suprema Corte, recentemente, ha ribadito questi principi all'interno di alcune sentenze che hanno riconosciuto la qualità di incaricato di pubblico servizio al costruttore di edifici da realizzarsi in regime di edilizia convenzionata. Quest'ultima, infatti, intende rispondere all'esigenza abitativa della collettività mettendo a disposizione case a un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, così da favorire l'accesso alla proprietà anche a coloro che non si trovano nelle condizioni di poter corrispondere i prezzi pretesi dal libero mercato<sup>180</sup>.

L'immanenza di un interesse pubblico si rintraccia anche nella sentenza che ha riconosciuto ai dipendenti dell'*ex* Alitalia, concessionario di un servizio di trasporto di interesse pubblico, la qualifica di incaricati di pubblico servizio, argomentando che gli stessi concorrono allo svolgimento dell'attività dell'ente e, conseguentemente, alla realizzazione del fine che lo stesso persegue<sup>181</sup>.

Lo stesso ragionamento è alla base anche della pronuncia che ha ricompreso il conducente di un mezzo pubblico all'interno della categoria degli i.p.s., poiché egli non

---

<sup>179</sup> Cass. Pen., VI, 28.10.1997, n. 11480, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1533. Conforme Cass. Pen., VI, 30.09.1996, n. 10678, in *Giust. pen.*, 1997, p. 695; Cass. Pen., VI, 15.12.1997, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1533 (con nota di G. VICICONTE, *Ancora contrasti interpretativi sulle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione*).

<sup>180</sup> Sul punto v. Cass. Pen., VI, 25.03.2009, n. 15690, in *Riv. pen.*, 2009, p. 973. Conferma Cass. Pen., VI, 3.12.2007, n. 8907, in *Diritto e giustizia* 2008.

<sup>181</sup> Cass. Pen., VI, 2.02.1996, n. 4383, in *Cass. pen.*, 1997, p. 723. In particolare, l'imputato svolgeva, in via temporanea, mansioni di cassiere e la Cassazione ha rilevato che tali compiti, inerenti al servizio pubblico, venivano esercitati nell'ambito dell'attività svolta dalla società di trasporto, la quale era disciplinata da norme di diritto pubblico, essendo oggetto di atto autoritativo di concessione. Quest'ultima precisazione pare in realtà contraddire l'orientamento, più volte ricordato, che nega rilevanza decisiva alla presenza del solo atto di concessione.

In una diversa pronuncia è stato, invece, configurato il reato di corruzione in favore di funzionari dell'*ex* Alitalia, al fine di ottenere l'aggiudicazione della gara di assegnazione di lavori di ristrutturazione dell'officina motori e dell'hangar di un aeroporto. La Corte ha motivato curiosamente, ritenendo i suddetti lavori inerenti a un bene che si trova in rapporto di strumentalità necessario con il servizio pubblico di trasporto aereo. Cass. pen., VI, 27.06.1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3413.

svolge solo una attività di natura materiale, limitandosi alla semplice guida del mezzo, ma contribuisce allo svolgimento del servizio di trasporto, anche facendo rispettare la normativa che disciplina il rapporto tra l'azienda concessionaria e gli utenti<sup>182</sup>.

Il perseguimento di una “finalità pubblica”, come indice autonomo di riferimento, si rinviene del resto anche in una diversa sentenza che ricollega al custode di una eredità giacente devoluta allo Stato la qualifica di incaricato di pubblico servizio, e ciò proprio in considerazione del fatto che egli esercita, con autonomia e discrezionalità, poteri di gestione finalizzati alla salvaguardia del patrimonio immobiliare dello Stato e concorre così al conseguimento di un interesse della collettività<sup>183</sup>.

Analogamente, era stata riconosciuta di pubblico servizio l'attività della G.E.P.I. s.p.a. (Società di gestioni e partecipazioni industriali), in quanto funzionale ad uno specifico interesse pubblico, per il cui esercizio la legge aveva previsto la costituzione di un soggetto privato<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Cass. Pen., VI, 20.03.2006, n. 14625, in *CED Cass., pen.*, 2006. L'indicazione precisa delle competenze e la loro estensione è servita alla giurisprudenza anche per escludere la sussistenza della qualifica soggettiva. In proposito è stato deciso che il c.d. “ausiliario del traffico” non è un i.p.s. poiché la sua attività è circoscritta dall'art. 17, c. 132, della L. 15.05.1997, n. 127, così come interpretato dall'art. 68 della L. 23.12.1999, n. 488, alle funzioni di accertamento e contestazione delle violazioni in materia di sosta all'interno delle aree oggetto di concessione alle imprese di gestione dei parcheggi. Cass. Pen., VI, 5.07.2006, n. 38877, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4167. Sul punto si evidenzia però un contrasto, stante il parere opposto espresso della Cassazione nella sentenza 14.01.2009, n. 7496, in *CED Cass. pen.*, 2009: Gli "ausiliari del traffico", a norma dell'art. 17, comma 132, L. 15 maggio 1997, n. 127, così come interpretato dall'art. 68, comma primo, L. 23 dicembre 1999, n. 488, rivestono la qualifica di incaricati di pubblico servizio quando procedono all'accertamento e alla contestazione delle contravvenzioni concernenti il divieto di sosta nelle aree oggetto di concessione alle imprese di gestione dei parcheggi. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto configurabile il delitto di resistenza a pubblico ufficiale nei confronti di un ausiliario del traffico cui era stata usata violenza all'atto della contestazione di una contravvenzione al codice della strada). Conferma in Trib. Bologna, 7.10.2008, n. 2546, in *Guida al diritto*, n. 49/2008, p. 93. Non è i.p.s. l'addetto a un servizio di riscossione del pedaggio per la sosta di autovetture in un parcheggio automatizzato di una azienda comunale, svolgendo egli semplici mansioni d'ordine implicanti elementari nozioni tecniche interamente predefinite (riscontro dell'importo del pedaggio indicato dal computer e relativa riscossione) Cass. Pen., VI, 27.05.1998, n. 9880, in *Cass. pen.*, 2000, p. 77.

<sup>183</sup> Cass. Pen., VI, 13.10.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1445. La funzione di custode giudiziario di beni viene esercitata, altresì, dal curatore fallimentare e dal coadiutore dello stesso, che in quanto tali rivestono la qualifica di pubblico ufficiale. Cass. Pen., 21.01.2009, n. 13107, in *CED Cass. pen.*, 2009; conforme: Cass. Pen., 18.12.2007, n. 16980 in *Cass. pen.*, 2009, p. 2457.

<sup>184</sup> Cass. Pen., VI, 2.02.1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 723.

Da questa sommaria indagine giurisprudenziale traspare sicuramente l'evidente complessità ed estensione della casistica, ma soprattutto la particolarità delle motivazioni addotte a sostegno dell'inquadramento della qualifica di i.p.s.

L'attenzione dei giudici non pare centrata, infatti, solo sulla natura propriamente pubblicistica della mansione svolta (come imporrebbe il rigoroso rispetto del criterio oggettivo-funzionale), ma è, spesso e volentieri, spostata verso il riconoscimento di ulteriori indicatori. Compaiono, così, determinanti riferimenti alle predette finalità collettive, al carattere pubblico delle risorse finanziarie impiegate, alla presenza di una regolamentazione statale, all'evidenza di forme di indirizzo e vigilanza dello stesso tipo.

Il *modus operandi* invalso presso la giurisprudenza pare seguire un iter logico-argomentativo singolare: da un lato, vi è la premessa, ormai solo "di stile", dell'adozione del criterio di disciplina, mentre, dall'altro, la qualificazione pubblicistica dell'attività viene fatta discendere, in concreto, dal ricorso a criteri ontologici e a una vasta serie di elementi sintomatici.

Tutto questo non può dirsi affatto casuale, ma è, piuttosto, espressione della malcelata insufficienza del criterio oggettivo puro nel disciplinare l'attribuzione dello *status* di pubblico agente.

In un caso molto famoso, anche se risalente a qualche anno fa, e relativo alla concessione del servizio radiotelevisivo, la Corte di Cassazione, nell'attribuire la qualifica di incaricato di pubblico servizio, non ha valorizzato solo l'esistenza di generiche finalità pubbliche, ma si è soffermata, nella sua argomentazione, sull'ingerenza di poteri di indirizzo e vigilanza statali.

La sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 24.06.1989 ha, infatti, affermato che la Rai, radiotelevisione italiana, persona giuridica di diritto privato, è una società per azioni di interesse nazionale, concessionaria di un pubblico servizio (che rimane espressamente riservato allo Stato ai sensi della l. 103/1975). In quest'ultimo non rientrano solo la gestione, l'esercizio degli impianti e l'attività di diffusione, ma anche quella diretta alla predisposizione dei programmi destinati alla trasmissione. Conseguentemente gli amministratori, i dirigenti e i dipendenti sono inquadrabili quali incaricati di pubblico servizio (e possono, come deciso, commettere il delitto di peculato)<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 24.06.1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 219.



Pochi anni più tardi è intervenuta una pronuncia che ha esteso tale qualifica anche ai presentatori delle trasmissioni, che non si limitino a svolgere compiti esecutivi o mansioni d'ordine<sup>186</sup>.

Quanto alla natura delle singole attività poste in essere, nella stessa sentenza si è palesato un singolare contrasto: infatti, nonostante fosse stato acclarato che non rientravano nel servizio pubblico le iniziative commerciali ed editoriali, essendo mere “attività connesse” (comunque consentite alla concessionaria nei limiti in cui non pregiudichino il migliore svolgimento del servizio e concorrano all’equilibrata gestione aziendale), la Cassazione, forzando un po’ il suo ragionamento, ha deciso di ricomprendere nell’art. 358 c. 2 c.p. le c.d. “telepromozioni” messe in onda nel corso dei programmi, sostenendo che sono a questi collegate da una stretta relazione da un punto di vista gestionale, organizzativo e tecnico<sup>187</sup>. In sostanza, si sono attribuiti alle telepromozioni gli stessi caratteri del programma culturale, o di intrattenimento, nel quale esse sono inserite, sì da farle rientrare nell’ambito del servizio pubblico.

Se si può convenire sul fatto che le telepromozioni, a differenza dei normali inserti pubblicitari, si inseriscono come parte integrante di uno spettacolo, tale circostanza non è sufficiente per attribuire i caratteri del servizio pubblico a spazi di programmazione la cui natura è tipicamente ed esclusivamente commerciale.

Concludendo, in ordine alla attribuzione delle qualifiche soggettive, non si può negare che si è assistito, nell’ambito delle concessioni pubbliche, ad un frammentario, ma sostanziale, recupero delle istanze proprie della teoria soggettiva, sulla scorta di una “sintomatologia degli indici rivelatori di pubblicità”.

Si tratta di un fenomeno che ha riguardato anche gli enti pubblici oggetto di privatizzazione, e ciò non deve stupire in considerazione dei connotati atipici comuni ascrivibili alle “concessioni” e alle “privatizzazioni”.

In entrambe vige, infatti, una commistione tra regolamentazione pubblica e privata delle attività, l’una e l’altra si sono, del resto, rese necessarie per far fronte ad una migliore gestione di compiti statali in materia socio-economica.

---

<sup>186</sup> Cass. Pen., V, 13.12.1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2454.

<sup>187</sup> Cass. Pen., V, 13.12.1996, cit., p. 2454.

La proliferazione di questi modelli organizzativi “ibridi” e l’indeterminatezza del criterio oggettivo-funzionale esteso allo statuto penale della p.a. hanno, quindi, generato dirimenti questioni interpretative e difficoltà nell’individuazione di parametri certi cui ancorare le qualifiche di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio.

Purtroppo, l’estensione *ad libitum* della cerchia dei pubblici agenti, che ne è seguita, non coglie né la lettera, né lo spirito, delle nuove definizioni di cui agli artt. 357 e 358 c.p. e sembra più che altro rivolta al perseguimento di obiettivi di politica criminale, neppure tanto giustificabili.

Una conferma della critica all’estensione giurisprudenziale delle qualifiche pubblicistiche in ambito economico si rinviene anche sul terreno Costituzionale: sul piano degli interessi costituzionalmente rilevanti non sembra, infatti, che vi possa essere omogeneità fra le “ragioni” del controllo penale sugli enti pubblici e quelle che presiedono al controllo penale sulle strutture economiche. Ciò nondimeno, vi è il fatto che i principi guida dell’azione amministrativa, di cui all’art. 97 Cost., assumono una connotazione difficilmente esportabile nell’ambito dell’impresa; in particolare, è il principio d’“imparzialità” a risultare incompatibile con lo “statuto” aziendale e costituzionale proprio dell’iniziativa privata.

## **2.1. Il fenomeno delle privatizzazioni: ovvero la trasformazione dell’ente pubblico economico in società per azioni**

Come anticipato, ulteriori interessanti riflessioni possono essere fatte osservando cosa è successo, a seguito del crescente impiego, da parte della pubblica amministrazione, di strumenti di gestione privatistici<sup>188</sup> e, più propriamente, con riguardo al fenomeno delle c.d. “privatizzazioni”<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> La c.d. “privatizzazione del pubblico impiego” è solo un aspetto del fenomeno, che vale la pena menzionare separatamente per l’intervento di alcune recenti e interessanti pronunce. Quanto, invece, al concetto di “pubblico impiego”, la giurisprudenza ha adottato, prima della riforma del 1990, una interpretazione decisamente ampia: “a norma dell’art. 358 c.p. deve considerarsi come rapporto di pubblico impiego non solo quello che concerne il personale impiegatizio “*stricto sensu*”, ma anche quello relativo al personale che, nel quadro dell’organizzazione dell’ente pubblico, svolga, dietro corrispettivo, una attività che si risolva in pubblico servizio (nel caso di specie si trattava di operaio addetto alla ricezione e conservazione del materiale immagazzinato in un deposito militare) Cass. Pen., VI, 14.10.1986, in *Giust. pen.*, 1987, p. 720. Conferma il *trend* anche Cass. Pen., VI, 6.03.1985, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1091 in cui la predetta qualifica è stata riconosciuta all’autista dipendente di una azienda municipalizzata.

<sup>189</sup> Per un quadro generale v. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. publ.com.*, 1996, p. 583.

La struttura portante della normativa sulle privatizzazioni si articola in tre diversi interventi legislativi: il d.l. 5.12.1991, n. 386 (convertito in l. 29.01.1992, n. 35) dal titolo “Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione dei beni patrimoniali suscettibili di gestione economica”; il d.l. 11.07.1992, n. 333 (convertito nella l. 8.08.1992, n. 359) contenente “Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica” e il d.l. 31.05.1994, n. 332 (convertito nella l. 30.07.1994, n. 474).

La legislazione richiamata ha contribuito alla liberalizzazione di settori economici di grande rilievo sociale, comportando uno slittamento di tutti i tipi di impresa pubblica verso la forma della società per azioni.

Da una privatizzazione c.d. “formale”, che si sostanziava nella trasformazione della sola forma giuridica dell’ente e il cui effetto principale è stato quello della perdita di fondi di dotazione per conseguire i finanziamenti direttamente sul mercato, si è passati ad una privatizzazione “sostanziale”, attraverso il concreto mutamento dell’assetto proprietario del nuovo soggetto giuridico con l’ingresso dei privati in qualità di acquirenti di quote o di pacchetti azionari<sup>190</sup>. Nell’ottica di un ridimensionamento dell’intervento dello Stato nell’economia, si è così concretizzato, nel tempo, un processo che ha seguito quello di segno opposto dell’azionariato pubblico<sup>191</sup> e che, sviluppatosi intorno al 1980 ha raggiunto il suo picco nei primi anni ’90.

Ciò che qui interessa è analizzare quali sono stati i riflessi di questa complessa trasformazione del sistema capitalistico italiano nell’ambito delle qualifiche soggettive: in proposito si può, comunque, già anticipare che l’utilizzo di modelli organizzativi sottoposti ad una disciplina tipicamente privatistica non si è rivelato sufficiente per

---

<sup>190</sup> M. CLARICH, *Privatizzazioni, regole di mercato e controlli*, in *Banca impresa e società*, 1998, p. 183.

<sup>191</sup> Il precedente sistema dell’azionariato pubblico si sostanziava nella massiccia partecipazione dello Stato all’interno del sistema economico. Sorto come intervento occasionale, esso ha poi assunto un carattere sempre più permanente; il momento culminante di questa complessa modifica dell’assetto economico finanziario fu l’istituzione, nel 1956, del Ministero delle partecipazioni statali al fine di imprimere alla gestione delle partecipazioni azionarie dello Stato un carattere unitario. L’intervento dello Stato nell’economia si è realizzato anche attraverso la creazione di strutture pubbliche destinate a svolgere attività di carattere economico, e quindi volte al perseguimento di fini di lucro (tra quelle più note si ricorderanno gli enti pubblici economici, distinti in enti imprese ed enti di gestione delle partecipazioni statali, ENI, IRI etc.).

escludere l'assunzione, da parte dei relativi operatori, delle qualifiche soggettive di p.u. e i.p.s.

Sembra, inoltre, che la giurisprudenza, per risolvere il difficile compito di "qualificazione", cui è stata nuovamente chiamata, abbia rispolverato gli indici sintomatici, appellandosi, in particolar modo, all'interesse che per il pubblico riveste il "servizio economico generale", nel cui ambito viene commesso il fatto di reato. Tale interesse è sovente desunto da indizi, tra i quali: "la permanenza di un controllo gestionale e finanziario da parte dello Stato".

In proposito, non può stupire la predisposizione di una serie di tutele volte a garantire il permanere di una vigilanza pubblica sull'attività dell'impresa, poiché, da un lato, ai settori produttivi interessati dalle privatizzazioni sono sottesi, pur sempre, rilevanti interessi pubblici e, dall'altro, perché vi è la consapevolezza delle storture e degli abusi di posizione che l'imprenditoria privata può realizzare a danno del consumatore, sfruttando i margini di profitto di una domanda che ha ad oggetto beni e servizi indispensabili.

In particolare, il menzionato d.l. 332/1994, contenente "norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", ha introdotto veri e propri "poteri speciali" in capo al Ministro del Tesoro, in ragione della dismissione della partecipazione di maggioranza, al fine di tutelare "obiettivi nazionali di politica economica e industriale"<sup>192</sup>.

Alcuni di questi poteri speciali quali, per esempio, la possibilità di nominare uno o più membri del C.d.A., di porre il veto all'adozione di determinate delibere – si pensi

---

<sup>192</sup> Tali poteri speciali, elencati nell' art. 2, comma 1, lett. a)-d), sono i seguenti:

a) opposizione all'assunzione da parte di investitori di partecipazioni rilevanti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto. L'opposizione deve essere espressa entro dieci giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori della società interessata al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci, mentre il cessionario dispone di sessanta giorni per impugnare la decisione delle autorità dinanzi al tribunale competente;

b) opposizione alla conclusione di patti o accordi tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto. I termini di dieci e sessanta giorni di cui al punto a) sono applicabili rispettivamente all'opposizione delle autorità e al ricorso degli azionisti aderenti ai patti o accordi di cui trattasi;

c) veto all'adozione delle delibere di scioglimento delle società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri speciali. È previsto un termine di sessanta giorni per impugnare una decisione di veto;

d) nomina di un amministratore senza diritto di voto. *Sub* d.l. 31.05.1994, n. 332, in <http://dejure.giuffrè.it>

al veto in caso di una O.p.a. da parte di altre società –, e di esprimere un gradimento per l’acquisto di pacchetti azionari, si rinvengono all’interno delle c.d. *golden shares* (o *action spécifiques*).

In quasi tutti i Paesi europei le privatizzazioni di diverse aziende operanti in settori strategici dal punto di vista della collettività, come trasporti ed energia, sono state accompagnate dall’introduzione di queste “azioni d’oro”, funzionali a garantire alle autorità pubbliche condizioni vantaggiose nell’esercizio del diritto di voto e nel controllo delle società privatizzate. L’azionista pubblico, in seguito all’adozione di sistemi di *governance* in grado di assicurare una particolare protezione, usufruisce, pertanto, di un trattamento differente, con poteri rafforzati, rispetto ad un normale azionista<sup>193</sup>.

In Italia questa ingerenza pubblica, imposta statutariamente, ha riguardato in particolare le società controllate nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, ed essa si è, in definitiva, concretizzata nell’attribuzione al Ministro di un *potere di gradimento* all’assunzione di partecipazioni rilevanti nel capitale della società privatizzata<sup>194</sup>.

L’esercizio concreto di questi poteri speciali non può avere, tuttavia, carattere discrezionale, poiché l’art. 1 commi 1 e 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.06.2004, n. 14625, attuativo della legge finanziaria n. 350/2003 e modificativo del predetto d.l. 332/94, ha imposto di limitarne l’adozione solo laddove “ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all’ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla difesa”<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> M. CASTELLANETA, *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l’arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida al diritto*, n. 15, 2009, p. 111.

<sup>194</sup> Primo azionista dell’Eni è il ministero del Tesoro (27,8%) e la *golden share* consente allo stato di nominare il presidente e amministratore delegato; maggiore azionista dell’Enel è ancora il ministero del Tesoro (21,9%), seguito dalla Cassa depositi e prestiti (10,3%); anche Finmeccanica vede il Ministero del Tesoro come primo azionista al 33,5%. Telecom Itala non ha nel suo azionariato alcun soggetto pubblico, ma lo Stato mantiene la *golden share*.

<sup>195</sup> «1. I poteri speciali di cui all’art. 2 del decreto legge n. [332/1994] sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all’ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l’eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell’ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.

Proprio il mancato rispetto, da parte dello Stato italiano, di questo parametro restrittivo ha generato una lunga diatriba con le Comunità europee, sfociata in una recente sentenza della Corte di Giustizia.

In particolare, la Commissione Europea aveva avviato, tempo fa, un ricorso volto ad accertare il grave inadempimento, da parte della Repubblica Italiana, dell'onere di precisazione delle condizioni di esercizio di tali poteri speciali - inosservanza che si rifletteva direttamente nella violazione degli artt. 43 e 56 CE, inerenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali -. Secondo la Commissione, il decreto modificativo n. 14625 del 2004 non specificava i criteri di esercizio dei poteri, non consentendo, pertanto, agli investitori provenienti da altri Paesi UE di conoscere le situazioni in cui opposizioni, veti e nomine statali potevano venire esercitati e, quindi, limitando di fatto la loro libertà di stabilimento e la connessa libera circolazione dei capitali<sup>196</sup>.

Con la sentenza della Corte di Giustizia CE, III, 26 marzo 2009 n. 326 è stato riconosciuto l'effettivo inadempimento dell'Italia alle prescrizioni citate e il nostro Paese è stato, pertanto, condannato per la violazione dei diritti contenuti negli artt. 43 e 56 CE<sup>197</sup>.

---

2. I poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto legge n. [332/1994], ferme restando le finalità indicate allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze:

- a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto;
- b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico;
- c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali;
- d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica;
- e) emergenze sanitarie».

<sup>196</sup> M. CASTELLANETA, *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, cit., p. 111 ss.

<sup>197</sup> Corte di Giustizia CE, sezione III, 26.03.2009 – Causa C-326/07, in *Guida al diritto*, 15, 2009, p. 102. La Corte di Giustizia ha affermato che lo Stato in causa non ha dimostrato il nesso tra l'esercizio dei criteri inerenti ai diritti speciali e gli obiettivi perseguiti, non fornendo alcuna prova né alcun indizio idoneo a giustificare l'utilità della misura rispetto alla salvaguardia dell'interesse generale. Inoltre – osserva la Corte – nel decreto del 2004 manca l'indicazione di una circostanza specifica e obiettiva che possa costituire una base per giustificare l'attribuzione alle autorità pubbliche di diritti speciali.

In questo modo la Corte di Giustizia ha confermato il principio per cui le *golden shares* non sono vietate in modo assoluto, ma solo qualora non siano necessariamente strumentali ad una ragione imperativa di interesse generale e non abbiano una portata circoscritta.

Questo breve *excursus* nel sistema comunitario consente di comprendere perché la stessa giurisprudenza nazionale, molto spesso, pur ribadendo il carattere privatistico assunto da un ente all’esito della privatizzazione, non ha, necessariamente, escluso quello pubblicistico dei soggetti coinvolti; il ragionamento seguito dai giudici, infatti, fa largo uso proprio di questi indicatori di ingerenza statale, generando, come vedremo, non poche perplessità, poiché l’atteggiamento assunto, al di là delle enunciazioni di principio, non sembra per nulla coerente con l’indirizzo fatto proprio dalla riforma del 1990.

Una delle più significative pronunce in cui la Corte di Cassazione, nell’ansia di attribuire le qualifiche soggettive, ha fornito una motivazione discutibile e in contrasto con l’adozione di un criterio oggettivo-funzionale, e quindi con la necessità di verificare il regime giuridico dell’attività concretamente svolta, è costituita dalla sentenza *Eni – Sai*<sup>198</sup>.

In specie, i membri della giunta esecutiva dell’Eni adottarono una controversa delibera che, autorizzando un accordo tra assicurazioni, garantiva forme volontarie di previdenza da proporre ai dipendenti; l’oggetto aveva innegabile carattere privatistico, tuttavia, i dirigenti vennero qualificati come pubblici ufficiali e condannati per il reato di corruzione.

In motivazione si precisò che tali soggetti avevano concorso alla formazione della volontà dell’ente pubblico, adottando una delibera incidente sulla programmazione dell’attività, sul conseguente assetto organizzativo e sulla destinazione delle risorse finanziarie disponibili e per tale motivo essi assumevano lo *status* di cui all’art. 357 c.p.

Nel caso in oggetto, la Corte, pur riconoscendo che si versava nel campo di attività funzionalmente privatistiche (essendo il settore assicurativo, da sempre,

---

<sup>198</sup> Cass. Pen., VI, 12.11.1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 349 con nota di C. MANDUCHI, *La sentenza Eni – Sai: la Cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*.

disciplinato dal diritto comune), faceva, in realtà, derivare la pubblicità della delibera incriminata dalla natura pubblicistica dell'ente Eni<sup>199</sup>.

In sostanza, il ragionamento sotteso, più che concentrarsi sui caratteri della singola attività oggetto della delibera, attribuiva rilevanza determinante alla natura del soggetto cui la stessa si riferiva.

L'atteggiamento interpretativo adottato in questo caso, nel ribadire che il carattere privatistico del rapporto giuridico non esclude quello pubblicistico degli atti eventualmente posti in essere, non convince affatto, proprio perché si disinteressa della disciplina cui è soggetta l'attività effettivamente svolta.

Non sempre, comunque, la Cassazione ha ragionato in questi termini.

In altre pronunce, infatti, i giudici si sono impegnati nel verificare la natura delle attività realmente compiute e ciò è avvenuto, per esempio, nel settore delle Ferrovie dello Stato, anch'esse trasformate in s.p.a. con la delibera CIPE 12.08.1992, ai sensi della l. 08.08.1990, n. 359.

La Corte di Cassazione ha riassunto in maniera limpida il proprio ragionamento, affermando che lo statuto penale dei dipendenti si diversifica in ragione delle attività concretamente svolte: “sarà quello del pubblico ufficiale se il soggetto esercita poteri autoritativi o certificativi, ovvero partecipa alla formazione o manifestazione della volontà della pubblica amministrazione; sarà lo statuto dell'incaricato di pubblico servizio, se l'attività del soggetto non presenta tali connotazioni autoritative; sarà, infine, lo statuto penale comune se si tratta di un operaio, ovvero di un impiegato con mansioni ausiliarie”<sup>200</sup>.

Seguendo questo preciso orientamento è stata attribuita la qualifica di pubblico ufficiale ad un dipendente delle stesse Ferrovie incaricato della constatazione dei fatti e delle relative verbalizzazioni, nell'ambito dell'attività di prevenzione e accertamento delle infrazioni alla polizia dei trasporti<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> “La trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. e la successiva alienazione a privati di azioni della s.p.a. non comportano in sé il venir meno della qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio dei suoi dipendenti, dato che l'ente rimane comunque disciplinato da una normativa pubblicistica e persegue finalità pubbliche, anche se con strumenti privatistici propri della s.p.a.”. Cass. Pen., VI, 12.11.1996, cit. p. 349.

<sup>200</sup> Cass. Pen., 23.09.1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1125.

<sup>201</sup> Cass. Pen., VI, 30.09.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 820.



Analogamente, è risultato pubblico ufficiale il capo stazione delle Ferrovie, in quanto munito di poteri autoritativi e certificativi e perché incaricato di una funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico<sup>202</sup>; sono stati assoggettati allo statuto penale della p.a anche il capo-reparto lavori ed il capo-sezione lavori delle Ferrovie in ipotesi di concussione<sup>203</sup>.

Come anticipato, anche le Ferrovie dello Stato sono state riorganizzate in più fasi, seguendo l'*iter* della privatizzazione: dapprima la vecchia azienda autonoma è diventata ente pubblico economico ed, in seguito, persona giuridica di diritto privato, ma ciò non ha comunque escluso, come visto, la possibilità di rintracciare l'operatività delle qualifiche pubblicistiche in capo ad alcuni suoi dipendenti.

L'istituzione della nuova figura societaria non ha infatti escluso l'applicabilità, nei confronti degli organi direttivi e del personale dipendente, degli artt. 357 e 358 c.p., ma, sul punto, la Cassazione si è spinta anche oltre, sostenendo che le intervenute trasformazioni “formali” si sono dimostrate irrilevanti finché è rimasto inalterato l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica del nuovo soggetto, cioè fino a quando il Governo ha conservato nella propria disponibilità una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale<sup>204</sup>.

Questa precisazione non è secondaria, in quanto richiama, ancora una volta, l'incidenza significativa di indicatori extra-funzionali che si pensavano rigettati. Se è, infatti, corretto sostenere che, nonostante il mutato assetto, la Ferrovie dello Stato s.p.a. può svolgere attività aventi evidenti connotati di natura pubblicistica (con conseguente doverosa applicazione dello statuto penale della p.a.), la giurisprudenza sembra dedurre

---

<sup>202</sup> Cass. Pen., VI, 13.01.1995, in *Foro. it.*, 1995, p. 590. Pubblici ufficiali sono stati riconosciuti anche l'ispettore delle Ferrovie (Cass. Pen., VI, 04.02.1983 in *Riv. pen.*, 1983, p. 920) e, addirittura, il dipendente di una agenzia di viaggio, concessionaria della vendita di biglietti delle Ferrovie dello Stato, nell'esercizio di emissione e vendita di biglietti ferroviari (Cass. Pen., V, 16.02.1979, in *Giust. pen.*, 1980, p. 102). Quanto alla figura di incaricato di pubblico servizio, essa spetta al bigliettaio che conclude contratti di trasporto con i passeggeri (Cass. Pen., VI, 17.12.1987, in *Giust. pen.*, 1989, p. 229); all'addetto smistamento pacchi di una stazione ferroviaria (Cass. Pen., II, 16.03.1981, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1301).

<sup>203</sup> Cass. Pen., VI, 6.02.1997, in *Diritto pen. e proc.*, 1997, p. 1478 con nota di G. VICICONTE, *La vexata quaestio della responsabilità penale dei soggetti che operano nell'ambito delle società a partecipazione statale*.

<sup>204</sup> Cass. Pen., VI, 28.09.1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2549.

tale essenza, soprattutto, dal pesante finanziamento che lo Stato ha garantito in via privilegiata.

Ecco, dunque, nuovamente “riesumata” la concezione soggettiva.

Le numerose difficoltà di inquadramento fin qui riscontrate si possono, forse, giustificare in ragione del fatto che il contesto della privatizzazione si è rivelato un nevralgico “banco di prova” nel tentativo di distinguere l’attività pubblica da quella privata, ma l’operazione è parsa tutt’altro che agevole, alla luce della forte caratterizzazione pubblicistica che è stata, comunque, tradizionalmente imposta al settore.

Questo dato trova conferma in tutto l’apparato di regolamentazione che di solito accompagna la privatizzazione di un ente: la dottrina ha, in proposito, ben evidenziato il nesso sussistente tra privatizzazione (sostanziale) e *regulation*, vale a dire la proliferazione di normative pubblicistiche volte a compensare la perdita delle garanzie per i terzi che deriva dalla trasformazione dell’ente<sup>205</sup>.

Unitamente a ciò, vi è anche la circostanza che la normativa comunitaria, pur imponendo una disciplina della concorrenza e del mercato improntata alla parità tra impresa pubblica e privata (artt. 90 c,1 e 122 Trattato CE), consente una mitigazione del regime per i “servizi di interesse economico generale”; deroga di cui la *golden share* rappresenta, come visto, la più singolare applicazione.

### **3.1. Alcune prime riflessioni sulla commistione “pubblico”-“privato”: accezione atomistica oppure olistica del criterio oggettivo-funzionale?**

L’indagine svolta per appurare come nella prassi sono state individuate le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio ha offerto alcuni spunti di riflessione sull’attualità e sufficienza del criterio identificativo di tipo oggettivo-funzionale.

In particolare, la lettura delle motivazioni, consente di riflettere sull’adozione dell’accezione ristretta (atomistica) o lata (olistica) del menzionato criterio, in merito all’accertamento della natura e disciplina dell’attività svolta dai pubblici agenti, specie dall’incaricato di un pubblico servizio.

---

<sup>205</sup> S. CASSESE, *Le privatizzazioni*, cit., p. 579.

“LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE”

La tesi dominante, nell’assecondare esigenze di certezza, propende per l’accezione più ristretta, attraverso la quale è possibile appurare che non ogni attività svolta, sia in regime di concessione che di privatizzazione, deve essere ritenuta sempre e comunque pubblica, poiché all’interno della “funzione” complessivamente considerata si deve distinguere tra l’attività regolata da norme di diritto pubblico e quella che, invece, non rientra nei confini tracciati dal limite “esterno”<sup>206</sup>.

Come visto, la giurisprudenza ha, in realtà, optato molto spesso, anche se non sempre, per un’interpretazione “lata” delle qualifiche soggettive, ritenendo titolari di pubbliche funzioni anche soggetti che si incaricano solo di preparare la formazione dell’attività dell’ente, sul presupposto che si tratta di occupazioni pur sempre “strumentali” rispetto all’attività pubblica in senso stretto<sup>207</sup>.

In proposito, l’estensione della applicazione dell’art. 357 c.p. al caso in cui il soggetto svolge delle attività aventi carattere “accessorio” o “sussidiario” ai fini istituzionali dell’ente pubblico, viene motivata ritenendo che, in questo caso, si ha comunque una partecipazione, sia pure in misura ridotta, alla formazione della volontà della p.a.

Ne consegue che per rivestire la qualifica di p.u. non è indispensabile svolgere un’attività che abbia efficacia diretta nei confronti dei terzi, giacché ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio, che esaurisca nell’ambito del procedimento

---

<sup>206</sup> P.SEVERINO DI BENEDETTO, voce *Pubblico ufficiale*, cit., p. 513.

<sup>207</sup> Propende per la concezione olistica Cass. Pen., S.U., 24.09.1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 112. Esprimono tale orientamento anche le pronunce già analizzate in tema di telepromozioni, oltre a Cass. Pen., VI, 20.10.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1447: È pubblico ufficiale anche colui che sia chiamato a svolgere attività accessorie o sussidiarie a quelle istituzionali proprie dello Stato o degli altri enti pubblici tra le quali rientrano i compiti di cooperazione alla elaborazione in via indiretta di atti amministrativi. (Affermando siffatto principio la Cassazione, in materia di reati contro la pubblica amministrazione, ha ritenuto che rivestisse la qualifica di pubblico ufficiale un soggetto nominato "esperto" dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, osservando che il contributo che lo stesso era chiamato, con atto di specifica destinazione, a fornire all'organo massimo della pubblica amministrazione, pur non concretandosi in funzione tipicamente consultiva, concorreva ad influenzare le scelte discrezionali di tale organo rispetto agli atti di alta amministrazione che partecipano del regime riservato a quelli amministrativi.) Analogamente Cass. Pen., 16.12.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3324: un pubblico dipendente, addetto al Gabinetto del Ministro dei trasporti, ed un funzionario di fatto, addetto in qualità di esperto al medesimo Gabinetto con il consenso quanto meno tacito degli organi responsabili della p.a., vanno qualificati pubblici ufficiali, in quanto - per la loro collocazione presso il Gabinetto del Ministro e, quindi, al vertice della struttura amministrativa - dotati di poteri di collaborare, anche in via soltanto strumentale, alla formazione della volontà della p.a. (nella specie attinente alla programmazione per il potenziamento e sviluppo del settore ferroviario ed alla connessa attività inerente la previsione di gare di appalto e la formazione dei relativi contratti).

amministrativo i suoi effetti certificativi, valutativi o autoritativi, comporta l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico e non può, per questo, essere isolato dall'intero contesto delle funzioni pubbliche<sup>208</sup>.

Significativi esempi della volontà di operare, invece, un distinguo tra le diverse attività svolte dai pubblici agenti si rintracciano nelle pronunce che hanno qualificato come i.p.s. il dipendente della banca che ha concesso l'erogazione di un credito agrario (considerato "credito speciale", dotato di rilevanza pubblicistica, ciò contrariamente alla connotazione della ordinaria attività di finanziamento, pacificamente sottoposta a regime privatistico)<sup>209</sup>, e, analogamente, in quelle che si sono occupate del servizio di bancoposta<sup>210</sup>.

Lo studio del settore del credito e della intermediazione finanziaria, cui ci dedicheremo a breve, appare già qui indispensabile per completare il quadro finora tracciato e per evidenziare alcune prospettive *de iure condendo*<sup>211</sup>.

Molto interessante pare anche una recente pronuncia resa in merito al reato di abuso d'ufficio e alla qualifica di p.u.: nello specifico, i giudici della Corte d'Appello di Caltanissetta hanno ravvisato gli estremi oggettivi e soggettivi di tale fattispecie nella condotta di un Sindaco che aveva deliberato la revoca di un incarico dirigenziale ai danni del Comandante dei vigili urbani<sup>212</sup>.

L'analisi della relativa motivazione necessita di alcune, doverose, premesse sul tema della privatizzazione del pubblico impiego, poiché da esso discendono i dubbi sulla applicabilità dell'art. 323 c.p. e, ancor prima, dell'art. 357 c.p.

---

<sup>208</sup> Cass. Pen., VI, 10.02.2004, n. 21088, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1262 (Fattispecie relativa al reato di concussione, accertato in capo a due trattatiste presso l'ambasciata italiana in Nigeria, le quali imponevano ai cittadini nigeriani il pagamento di tangenti per il conseguimento del visto di ingresso in Italia. Le stesse erano incaricate di svolgere l'istruttoria preliminare e di provvedere alla concessione finale del documento senza che vi fosse un effettivo potere di controllo da parte di un funzionario preposto).

<sup>209</sup> Trib. Milano, VIII, 25.09.1997, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 579.

<sup>210</sup> Cass. Pen., 15.06.2004, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1526.

<sup>211</sup> Sotto il profilo sanzionatorio, interessanti spunti, in tema di depenalizzazione, sono contenuti in A. BERNARDI – I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008, p. 50.

<sup>212</sup> Corte d'Appello Caltanissetta, 4.12.2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 1628. Conforme: Cass. Pen., 17.10.2007, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, p. 1114 (fattispecie in cui veniva ravvisata la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo ad un Sindaco, condannato per abuso d'ufficio, per atti di demansionamento da lui realizzati ai danni di una dipendente del Comune).

Brevemente sul punto: il pubblico impiego è stato assoggettato alla disciplina del Codice Civile e dello Statuto dei lavoratori a seguito del d.lg. n. 29/93, ora recepito e sostituito dal d.lg. 165/2001; la scelta operata dal legislatore nasce dalla consapevolezza che le “disfunzioni” e i rallentamenti dell’apparato amministrativo fossero dovuti alla rigidità del regime normativo pubblicistico e il mutamento di disciplina aveva, dunque, lo scopo di migliorare l’organizzazione in punto di efficienza ed economicità.

Per certi versi la c.d. privatizzazione del pubblico impiego viene vista come un aspetto del più ampio fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici, mirando entrambe ad accelerare i tempi di azione nella erogazione di servizi di interesse collettivo, e per questo non deve sorprendere che si siano sorte le medesime dispute sull’opportunità del mantenimento delle qualifiche soggettive.

E’ all’interno di questo complesso quadro che si colloca l’alternativa tra la concezione atomistica e quella olistica.

Se leggiamo il dato normativo di cui all’art. 357 c.p. secondo la tradizionale concezione atomistica, sorge il dubbio che, essendo l’atto di revoca del singolo incarico disciplinato a livello privatistico, difetterebbe, in realtà, il primo dei criteri enunciati dalla disposizione, ovvero la sottoposizione ad una disciplina di diritto pubblico e ad atti autoritativi.

Il ragionamento della Corte, nel riconoscere comunque la qualifica di p.u. nel caso di specie, privilegia, evidentemente, una ricostruzione diversa del criterio oggettivo – funzionale; la motivazione addotta deriva, del resto, dalla critica espressa nei confronti di una lettura eccessivamente ristretta della predetta impostazione.

Se la concezione atomistica sembra maggiormente idonea a garantire l’ottimale funzionamento del criterio oggettivo, vi è da dire, però, che autorevole dottrina non ha taciuto i rischi di una ricostruzione troppo settoriale e frammentaria del dato positivo (tale da ricondurre il possesso o meno della qualifica al compimento di “atti particolari”), ritenendo doveroso spostare l’attenzione, piuttosto, verso la distinzione tra le eventuali diverse “attività” realizzate dal soggetto<sup>213</sup>.

Ragionando in questi termini, se i singoli atti risultano finalizzati alla realizzazione di un’attività pubblicistica, a nulla rileverà la loro soggezione ad una

---

<sup>213</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 305.

disciplina di diritto privato<sup>214</sup>; coerentemente con queste premesse, l'atto di revoca dell'incarico dirigenziale in oggetto, incidendo direttamente sull'ordinamento dei pubblici uffici *ex art. 97 Cost.*, non potrà che configurarsi quale atto autoritativo idoneo a qualificare come pubblico ufficiale il Sindaco che lo ha compiuto<sup>215</sup>.

Lo stesso ragionamento, applicato – in un ulteriore caso al rapporto di concessione di un'opera pubblica, imporrà una lineare distinzione tra le attività in cui il concessionario assume propriamente la veste di “sostituto” o organo diretto della p.a. concedente (come nel caso dell'attuazione di procedure espropriative parzialmente delegate), da quelle in cui egli agisce come privato (ad esempio nella gestione dei rapporti di lavoro subordinato)<sup>216</sup>.

Quanto affermato pare condivisibile nella misura in cui si ammette che escludere l'applicazione delle norme su delitti contro la p.a., per via del regime privatistico del singolo atto concreto, trascura l'evidenza che molto spesso nella configurazione di questi reati, il disvalore della condotta non si radica nella commissione di un atto “ufficiale”, bensì nella violazione di uno *status*, e quindi nel più generale contrasto con i doveri inerenti alla posizione occupata.

In questo senso si è ulteriormente argomentato, affermando che la stessa struttura di alcune fattispecie esclude di per sé la necessità di una compenetrazione tra qualifica pubblicistica e singoli atti al momento della commissione del fatto.

Questo può essere il caso della concussione che contempla, fra le proprie modalità di condotta, non solo l'abuso di poteri, ma anche di qualità; oppure il caso

---

<sup>214</sup> Esprime chiaramente questo principio: Cass. Pen., 11.11.2005, n. 769, in *Riv. pen.*, 2006, p. 821 (In particolare è stato deciso che la qualifica di i.p.s. va riconosciuta al dipendente dell'azienda sanitaria, perché la privatizzazione del rapporto di impiego e della disciplina di alcuni settori dell'attività non ha eliminato la sottesa rilevanza pubblica, determinata dalle oggettive finalità di tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse collettivo).

<sup>215</sup> Riportando le parole dei giudici siciliani “[...] con il provvedimento di revoca l'organo di vertice dell'amministrazione autoritativamente disponeva la rimozione di un Dirigente da un servizio, incidendo in concreto sull'organizzazione e gestione di un pubblico servizio e così compiendo attività certamente riferibile alla pubblica funzione e non anche limitate all'aspetto meramente privatistico del rapporto di lavoro tra ente e dipendenti”.

<sup>216</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 307.

della corruzione, integrabile anche con l’adozione di semplici comportamenti e non di atti amministrativi in senso stretto<sup>217</sup>.

Ciò trova una giustificazione nel fatto che una parte dei delitti contenuti nel Titolo II, Capo I, oltre a garantire “il buon andamento e l’imparzialità della p.a.”, sono posti a presidio di ulteriori e specifici interessi (come per esempio l’imparzialità rispetto a terzi nella corruzione); secondo questa raffinata lettura sistematica, il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 357 e 358 c.p. servirebbe solo per un primo inquadramento generale, al fine di escludere o meno lo *status* pubblicistico in capo all’agente, mentre il nucleo della questione, concernente l’effettivo disvalore della condotta e il rapporto tra quest’ultima e il possesso della qualifica, risiederebbe nella successiva analisi dei contenuti della singola fattispecie incriminatrice<sup>218</sup>.

La correttezza di questa suggestiva teorizzazione è stata, tuttavia, messa in dubbio da chi ritiene che la stessa neghi la possibilità di operare dei distinguo nell’attività svolta dal concessionario, considerata sempre e comunque pubblica<sup>219</sup>.

La soluzione costituisce una evidente forzatura, poichè non sempre è così certa la natura pubblica dell’attività di base<sup>220</sup>.

#### **4.1. Soluzioni offerte e questioni ancora aperte nel settore del credito e dell’intermediazione finanziaria**

##### ***4.1.1. Lo status giuridico degli operatori bancari***

Come abbiamo avuto modo di anticipare, la disciplina degli operatori bancari è quella in cui si è ravvisata la migliore applicazione della prospettiva atomistica

---

<sup>217</sup> La concezione atomistica considererebbe i delitti in oggetto come “propri a struttura inversa” – o comuni a soggettività ristretta – poichè la qualifica non precede il fatto, ma da questo deriva. Sul punto si rinvia ai contenuti del Capitolo I.

<sup>218</sup> E. INFANTE, *Organi apicali di una “municipalizzata” ed attività strumentale ad un servizio pubblico. Ancora sul contrasto tra lettura atomistica e lettura olistica del concetto di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, nota a G.U.P. Foggia, 1.10.2005, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 1207.

<sup>219</sup> V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 915. L’Autore prosegue tentando una complessa ricostruzione volta al superamento della contrapposizione tra le due teorie.

<sup>220</sup> Caso emblematico, in cui si nega, tuttavia, la qualifica pubblicistica, è quello relativo alla selezione dei partecipanti ad una manifestazione canora affidata dal Comune di Sanremo ad una società privata. Cass. Pen., VI, 2.12.2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 40.

nell'interpretazione del criterio oggettivo-funzionale, quella cioè in grado di distinguere non tanto tra i singoli atti, quanto tra le diverse "attività" realizzate dal soggetto agente.

All'interno di questa complessa materia, si è, infatti, assistito ad un'analisi, delle varie operazioni di credito e all'individuazione, laddove ancora possibile, di profili pubblicistici utili all'attribuzione delle qualifiche soggettive.

In realtà, quello che oggi è considerato un dato incontestabile, vale a dire la sottoposizione di coloro che svolgono la normale attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito al regime di diritto privato (statuto panprivatistico), è il frutto di un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ben precisa, il cui punto d'approdo è rappresentato da una sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione: la pronuncia è quella del 23 maggio 1987 (Tuzet)<sup>221</sup>.

In precedenza, le qualifiche degli operatori bancari erano ascritte alla sfera pubblicistica, attraverso il riconoscimento all'attività creditizia dei contrassegni del pubblico servizio: si riteneva, infatti, che la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito costituissero attività in cui era immanente un pubblico interesse<sup>222</sup>.

La tesi veniva consacrata, in questi termini, nella celebre sentenza, Sezioni Unite, 10 ottobre 1981 (Carfi) in cui si affermava che: *"la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito costituiscono attività cui è immanente un pubblico interesse e che rientrando in una organizzazione unitaria settoriale soggettiva a penetrante ingerenza di poteri pubblici di disposizione, normazione interna, direttiva e controllo, integrano un pubblico servizio in senso oggettivo, la cui prestazione determina, negli agenti, la qualità di incaricati di pubblico servizio a norma dell'art. 358 c.p."*<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> C.E. PALIERO, *Le Sezioni unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 695; F. BRICOLA, *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. Pen.*, 1988, p. 111; S. DEL CORSO, *Lo statuto penale dell'attività bancaria al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 39; G. M. FLICK, *Il servizio pubblico e l'impresa banca: miti e realtà del diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. Soc.*, 1987, p. 1357. In giurisprudenza condividono tale impostazione: *Cass. Pen.*, 9.12.1999, n. 708, in *Cass. pen.*, 2001, p. 169; *Cass. Pen.*, 24.10.1998, in *Giust. pen.*, 1989, p. 354; *Cass. Pen.*, 6.06.1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1227; *Cass. Pen. S.U.*, 28.02.1989, in *Giust. pen.*, 1990, p. 193.

<sup>222</sup> E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, p. 308.

<sup>223</sup> *Cass. Pen.*, S.U. 10.10.1981, in *Cass. pen.*, 1982, p. 32. Per un approfondimento v. M. ROMANO, *La "parificazione" tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 765; F. BRICOLA, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle sezioni unite e progetti di riforma*, in *Ind. Pen.*, 1982, p. 441; V. D'ASCOLA, *Riflessi sistematici della qualifica penalistica degli operatori del credito*, in *Banca borsa. tit. cred.*, 1982, p. 717. Interessanti rilievi critici sono contenuti in E. MUSCO, *Quale statuto penale per gli operatori*



L’attuale riconoscimento della natura privatistica all’ordinaria attività bancaria, sancito invece nella sentenza Tuzet, non ha, però, valenza generalizzata, avendo la pronuncia ben distinto quelle singole operazioni suscettibili di rivestire un qualche interesse pubblico e nei cui confronti è parso opportuno confermare lo statuto penale della p.a.

In motivazione si legge, infatti, che rimane sottoposta al diritto pubblico l’attività degli enti creditizi che esula dalla gestione propriamente economica, come quella che concerne la costituzione e l’estinzione dell’ente, il funzionamento dei suoi organi statutari, l’esercizio dei poteri di organizzazione, l’amministrazione degli utili.

Hanno connotati tipicamente pubblicistici anche quei compiti che gli enti svolgono in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti pubblici economici, nella veste di banche agenti o delegate e, analogamente, lo statuto penale della p.a. resta applicabile ai crediti speciali o agevolati e, in genere, a tutti i crediti “di scopo legale”<sup>224</sup>.

L’evoluzione giurisprudenziale che ha condotto dalla sentenza Carfi alla sentenza Tuzet ha risentito di molteplici fattori che vale qui la pena riassumere brevemente: il primo, in particolare, ha natura normativa.

La precedente tesi dell’attività bancaria quale “servizio pubblico oggettivo improprio”, contenuta nella sentenza del 1981 era influenzata dalla sottoposizione del sistema creditizio ad una fitta rete di controlli pubblicistici, che si esplicavano sin nella fase genetica di “accesso” all’attività stessa: tradizionalmente, e anche a quell’epoca, era infatti la Banca d’Italia che, attraverso un atto “concessorio”, autorizzava lo svolgimento dell’attività bancaria, e lo faceva comunque solo all’esito di una compiuta verifica della sussistenza di precisi requisiti formali (riassumibili in caratteristiche organizzative - patrimoniali) e di una valutazione sostanziale circa le reali esigenze del mercato<sup>225</sup>.

---

*bancari?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1982, p. 904. L’Autore, riassumendo la posizione di chi sperava in una “parificazione” privatistica, afferma come il *dictum* delle Sezioni Unite, espressione di un “diritto penale giurisprudenziale”, ha letteralmente gelato le crescenti aspettative circa un definitivo e radicale mutamento giurisprudenziale.

<sup>224</sup> Cass. Pen., S.U. 23.05.1987, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2099.

<sup>225</sup> V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell’intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 600.

Il ribaltamento di prospettiva venne determinato proprio dal successivo mutamento della disciplina dell'accesso alla attività bancaria, recepito attraverso la normativa di attuazione della I direttiva CEE, n. 77/780, di coordinamento delle legislazioni bancarie. All'interno del D.P.R. 27.06.1985, n. 350 il preliminare controllo della Banca d'Italia fu, infatti, ridotto a mera verifica della ricorrenza di requisiti di imprenditorialità, con esclusione di valutazioni di merito.

La svolta definitiva intervenne, però, con l'art 10 dell'attuale testo unico in materia bancaria e creditizia, attuativo della seconda direttiva comunitaria in materia bancaria n. 89/646, dove si sancì a chiare lettere come l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito avessero carattere d'impresa<sup>226</sup>.

Accanto a questi significativi mutamenti normativi, va ricordato, inoltre, che prima della riforma del 1990 era stata condivisa in dottrina una più generale critica alla impostazione che riconosceva alle attività espletate dagli istituti di credito natura "pubblica": tale censura era fondata sul fatto che le qualifiche recepite dal codice contemplavano pur sempre un'attività "soggettivamente" propria della p.a. con caratteristiche peculiari, a cui pareva del tutto estranea l'attività creditizia originariamente subordinata a semplice autorizzazione amministrativa<sup>227</sup>.

A ciò si può aggiungere un ulteriore e affatto trascurabile dato, vale a dire il contrapposto orientamento espresso dalla giurisprudenza civile la quale, ad appena un

---

<sup>226</sup> Art. 10 D.lgs.vo 1.09.1993, n. 385 - Attività bancaria - "La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa.

L'esercizio dell'attività bancaria è riservata alle banche.

Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse e strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge). In <http://www.dejure.it>.

Sul valore di *ius superveniens* da assegnarsi, o meno, alla disciplina comunitaria integrante le qualifiche penalistiche assunte dagli operatori bancari v. C.E. PALIERO, *Lo 'statuto penale' degli operatori bancari fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1359. Interessanti considerazioni, con ampio richiamo alla dottrina commercialistica ed amministrativistica, vengono svolte da S. PROSDOCIMI, *La qualifica penale degli operatori bancari: un problema tuttora aperto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 383. L'autore sottolinea come la disciplina comunitaria non abbia comportato una vera rivoluzione nel settore, quanto un'evoluzione controllata verso un modello più concorrenziale: "appare pertanto incerto se i nuovi criteri volti a disciplinare l'accesso all'attività bancaria abbiano minato o solo attenuato il tradizionale sistema oligopolistico del sistema bancario".

<sup>227</sup> V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, cit., p. 599.

mezzo dalla sentenza Carfi, aveva pacificamente ricondotto l'attività bancaria all'interno del settore privatistico<sup>228</sup>.

Sollecitata da tutte queste riflessioni, la Corte di Cassazione, nel 1987, inaugurava così un nuovo indirizzo volto all'accoglimento di una nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, finalmente in grado di distinguere l'attribuibilità delle qualifiche soggettive all'interno delle diverse attività concretamente poste in essere<sup>229</sup>.

Si arrivò, quindi, al riconoscimento di una diversa disciplina per l'ordinaria intermediazione creditizia, che in quanto retta da strumenti negoziali e permeata di istanze concorrenziali rimaneva soggetta al diritto comune, rispetto all'attività di erogazione di crediti di scopo legale (o agevolati, o speciali) e all'esercizio di compiti in sostituzione dello Stato in materia fiscale, monetaria e valutaria, sui quali si riteneva

---

<sup>228</sup> Cass. Civ., S.U., 26.11.1981 in *Foro it.*, 1982, p.1596, ribadita e ampliata, con riferimento a tutti gli enti esercenti attività privatistica, da Cass. Civ., S.U., 2.05.1982, in *Giur. civ.*, 1982, p. 2386. Conferma successiva si ritrova in Cass. Civ., 16.12.1991, n. 13547, in *Giur. it.*, 1992, p. 1739. In dottrina, per una dettagliata analisi delle varie fasi, v. V. MANES, *La qualificazione ai fini penali degli operatori bancari e degli intermediari finanziari*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, (a cura di A. MEYER – L. STORTONI), Torino 2002, p. 4 ss.

<sup>229</sup> Espressione di tale nuovo indirizzo si rinviene in Cass. Pen., S. U., 13.07.1998, n. 10086, in *Cass. pen.*, 1999, p. 112, dove si afferma che: “al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 357 e 358 c.p., è necessario verificare se essa sia, o non, disciplinata da norme di diritto pubblico, quale che sia la connotazione soggettiva del suo autore, distinguendosi poi - nell'ambito dell'attività definita pubblica sulla base del detto parametro oggettivo - la pubblica funzione dal pubblico servizio per la presenza (nell'una) o la mancanza (nell'altro) dei poteri tipici della potestà amministrativa, come indicati dal comma 2 dell'art. 357 predetto. (In applicazione di tale principio la Corte, rilevato che l'attività previdenziale del "Fondo Pensioni" della banca Cariplo è sottoposta a una disciplina di diritto pubblico - volta, cioè, a rendere possibile la concreta attuazione di interessi pubblici - e constatato che, nel suo svolgimento, non possono rinvenirsi né il concorso alla formazione o alla manifestazione della volontà della p.a., né l'esercizio di poteri autoritativi o certificativi, ha ritenuto sussistente la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al soggetto che ricopriva la carica di presidente del "Fondo" predetto).

In dottrina preme riportare letteralmente, per la sua efficacia, l'affermazione di A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 498 ss. L'Autore, nel rigettare senza mezzi termini la concezione soggettiva, afferma perentoriamente che «[...] il diritto penale reagisce contro un fatto "puntualmente" individuato, solo ad esso collegando il contenuto di disvalore che consente di qualificare quel fatto come meritevole di pena. Ora, l'ubi consistam dell'effettivo collegamento al caratteristico contenuto di disvalore di un reato "funzionale" qual è per eccellenza il reato del pubblico agente può stabilirsi esclusivamente se si guardi, con rigorosa relativizzazione, alla singola, particolare attività il cui non corretto esercizio viene in rilievo ai fini dell'integrazione del reato. Più precisamente il reato funzionale presuppone l'abuso del potere o l'inosservanza di un dovere pubblicistico; mentre la semplice dipendenza dalla pubblica amministrazione o almeno la riferibilità ad essa dell'atto non è affatto, di per sé, elemento sufficiente a denotare la natura pubblicistica del dovere e potere che accompagna la singola e specifica attività rilevante ai fini della particolare incriminazione»; ID., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, *op. cit.*, 563 ss

incidessero, ancora, finalità di pubblico interesse, tali da qualificare, opportunamente, l'operatore come incaricato di pubblico servizio<sup>230</sup>.

Se in ordine alle predette attività svolte dalla banca in vece dello Stato non sembrano porsi grossi problemi interpretativi, cosa si intende, invece, per crediti “di scopo legale”? Quale è la *ratio* che giustifica il loro inserimento all'interno della sfera pubblicistica? Si tratta di una prospettiva ancora attuale?

In realtà tale categoria è spesso impropriamente utilizzata per accomunare diverse tipologie di credito (tra i quali quelli agevolati e speciali), ma la peculiarità dei crediti “di scopo legale” è quella di rappresentare crediti assistiti da veri e propri vincoli di destinazione che obbligano il beneficiario ad utilizzare il denaro per il raggiungimento di scopi predeterminati.

La stessa sentenza Tuzet afferma che tutti e tre questi crediti hanno un carattere comune, essendo finanziamenti assistiti da privilegi e procedure particolari che gravano, in varia misura, sulla finanza pubblica e che vengono, pertanto, erogati attraverso un provvedimento di natura concessoria o autorizzatoria<sup>231</sup>.

In particolare, il credito agevolato, sul quale vale la pena soffermarsi poiché al suo interno si rinviene il credito agrario di cui si dirà a breve, si connota per un rapporto di sovvenzione di tipo amministrativo delegato alle banche in ragione di una finalità

---

<sup>230</sup> In dottrina v. M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 302; F. BRICOLA, *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 115; G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 445; N. MAZZACUVA, *Credito agevolato e responsabilità penale degli operatori bancari*, in *Foro. it.*, 1984, p. 352; A. MANGIONE, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, p. 483; C. PEDRAZZI, *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 407; R. ZANOTTI, *Banche e diritto penale: la terza pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2150. In giurisprudenza, in merito all'erogazione di crediti di scopo legale, v. Cass. Pen., S. U., 28.02.1989, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1711; come esempio di attività delegate dallo Stato ai privati vi è l'intermediazione di titoli di debito pubblico. Trib. Enna, 14.03.1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 631. Quest'ultima sentenza solleva, comunque, alcune perplessità poiché, in motivazione, si richiama il criterio teleologico dell' “interesse perseguito”; per un approfondimento v. O. DI GIOVINE, *Negoziazione di titoli di Stato da parte delle banche e pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 631.

<sup>231</sup> Cass. Pen., 23.05.1987, cit., p. 2099. Anche la dottrina riconosce in capo ai tre tipi di credito una serie di generici indici identificativi quali: l'onere gravante in varia misura sulla finanza pubblica, l'erogazione attraverso provvedimenti di natura concessoria o autorizzatoria, il corredo di privilegi e procedure particolari, la definizione legislativa dei presupposti e dei destinatari, la gestione affidata a istituti speciali o sezioni speciali. C. PEDRAZZI, *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, cit., p. 407.

sociale – es. garantire un settore protetto - a cui si accompagna un contratto di mutuo con l'impresa<sup>232</sup>.

Il tratto saliente risiede, dunque, da un lato, in un intervento pubblico attuato per finalità settoriali, che trovano la loro causa in esigenze di politica economica, e, dall'altro, nella compresenza di due momenti o fasi: la prima, di selezione del beneficiario e di valutazione dell'operazione nella sua conformità all'interesse pubblico, e la seconda, di erogazione del credito secondo un modello negoziale privatistico<sup>233</sup>.

La commistione fra momenti, esigenze ed interessi pubblici e privati sembrerebbe rendere estremamente complesso l'inquadramento dei profili penali del credito agevolato, ma è proprio la predetta distinzione tra diverse fasi che consente la riconoscibilità di spazi operativi per le qualifiche soggettive, ed in particolare per quella di i.p.s.

In ossequio alla prospettiva oggettivistica, si comprende, però, che essa potrà essere riconosciuta solo in capo a colui che si occupa della fase “istruttoria” del tutto estranea alla normale gestione creditizia, cioè quella prodromica, volta all'accertamento dei criteri stabiliti per l'erogazione della sovvenzione. Isolate in questo modo le attività che conservano un rilievo pubblicistico, si applicherà correttamente l'art. 358 c.p.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 334. (Diversamente il “credito speciale” è una forma di credito nella quale vige una disciplina diversa da quella comune).

<sup>233</sup> A. MANGIONE, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p.*, cit., p. 483. Ha definito precisamente, in questi termini, il “credito agevolato” Cass. Pen., S.U., 22.02.1989, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1711 in cui si afferma che “[...] esso si caratterizza per la posizione dell'istituto di credito, il quale va ad interpersi tra l'ente pubblico ed il beneficiario del finanziamento, soprattutto in ordine a due momenti fondamentali del rapporto, che sono quelli della concessione e dell'effettiva erogazione”. In dottrina, insiste sulla distinzione tra rapporto di agevolazione e rapporto di credito (quest'ultimo puramente privatistico) C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta*, cit., p. 706. *Contra* P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico servizio o attività di impresa nei “crediti speciali”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, p. 65. L'autore, in considerazione della connotazione strumentale rispetto alla funzione amministrativa che riveste l'attività complessivamente posta in essere dalla banca, sottolinea l'impossibilità di enucleare le fasi privatistiche rispetto a quelle pubblicistiche.

<sup>234</sup> Secondo parte della dottrina se questa distinzione sembra, tutto sommato, percorribile con riguardo al credito agevolato, a soluzione in parte diversa si giunge con riguardo ai crediti di scopo legale, ritenuti assorbiti *in toto* nella dimensione pubblicistica, essendo la peculiare clausola di destinazione del finanziamento per le finalità di pubblico interesse parte integrante della clausola del negozio. V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, cit., p. 605.

Le conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte nel 1987 se paiono formalmente rispettose del criterio oggettivo funzionale nella sua interpretazione atomistica più convincente, non possono dirsi, però, così scontate, poiché, in motivazione, la pronuncia fonda il suo ragionamento su un “vecchio” e noto impianto: quello basato sul riconoscimento degli “indici sintomatici di pubblicità”.

Ancora una volta, infatti, l’individuazione o meno di una disciplina di rango pubblicistico, l’eventuale ingerenza e vigilanza statale, le sottese finalità perseguite determinano, da un lato, l’esclusione dell’ordinaria attività bancaria dalla sfera pubblicistica penalmente rilevante e garantiscono, dall’altro, la riconducibilità all’art. 358 c.p. di coloro che si occupano di concedere alcuni tipi di finanziamento o svolgono attività originariamente proprie della p.a. in campo fiscale, finanziario, monetario, valutario.

Se, dunque, alla luce di quanto detto, vi sono state forti perplessità nell’accogliere le argomentazioni utilizzate dalla Corte di Cassazione per riconoscere, quale i.p.s., colui che eroga un qualsiasi credito agevolato, speciale o di scopo legale, ben maggiori sono state le incertezze, circa la spendibilità del predetto ragionamento, in seguito alla riforma che ha coinvolto, in particolare, il credito all’agricoltura.

La disciplina speciale originaria, contenuta nella legge 5 luglio 1928 n. 1760, si caratterizzava per un intento chiaramente protezionistico nei confronti di un settore produttivo giudicato strategico: essa prevedeva, infatti, una espressa limitazione dei soggetti ammessi al beneficio, una obbligazione di scopo imperniata sulla tassativa elencazione delle operazioni per cui era possibile ottenere il prestito, una legale individuazione degli istituti erogatori e via dicendo.

La necessità di soddisfare istanze comunitarie di maggiore competitività ed efficienza imprenditoriale portarono alla ridefinizione della materia bancaria e creditizia con l’introduzione del predetto nuovo t.u. n. 385/1993 che riformò anche il credito agrario con l’eliminazione delle varie barriere protezionistiche descritte, ed *in primis* di quella inerente la specialità del gestore (istituto di diritto pubblico o sezione speciale)<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> A. MANGIONE, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p., cit., p. 487.*

Senza entrare nel merito della novella legislativa, basti qui ricordare che il credito in esame venne progressivamente sganciato dai preponderanti legami pubblicistici che lo caratterizzavano per assumere la fisionomia di un credito d'impresa.

Il processo che ha accentuato il profilo imprenditoriale dell'intero comparto, attenuando le ragioni politiche, sociali ed economiche che avevano trasformato il credito in oggetto in un prodotto finanziario “artificiale”<sup>236</sup>, non si è esaurito sul piano normativo, ma ha determinato, inevitabilmente, alcune incertezze giurisprudenziali proprio in ordine alla qualifica del soggetto erogatore: secondo alcuni egli manteneva pur sempre lo *status* di i.p.s., mentre secondo altri, venuto meno il diretto aggancio ai principali indicatori sintomatici, questo riconoscimento non aveva più alcuna ragione d'essere<sup>237</sup>.

Il richiamo operato in tema di credito agrario è stato utile per rileggere i passaggi salienti della sentenza Tuzet, non necessariamente nell'ottica di uno svilimento delle sue conclusioni, quanto per poterne rivendicare l'attualità alla luce delle importanti evoluzioni che ha subito il settore del credito e dell'intermediazione finanziaria.

---

<sup>236</sup> Secondo la definizione di A. MANGIONE, *ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p., cit., p. 483.*

<sup>237</sup> Trib. Milano 15.01.1998, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, p. 464 afferma che: “alla luce dei principi ormai consolidati nella giurisprudenza della S.C., non contraddetti nè superati dalla entrata in vigore del nuovo testo unico in materia bancaria, l'erogazione dei c.d. “crediti speciali” costituisce attività di rilievo pubblicistico, con la conseguente applicabilità dello statuto penale della p.a. per i reati commessi nell'esercizio di tale attività dai dipendenti e funzionari della banca”. In particolare si riconosce la qualifica pubblicistica sulla scorta del fatto che “la specifica destinazione del credito rispondeva ad un duplice interesse di sostegno e di incremento dell'agricoltura e, al contempo, di tutela dell'ambiente [...] interessi di sicura rilevanza pubblicistica”. Diversamente il G.u.p. dello stesso Tribunale affermava che nessun rilievo decisivo poteva seriamente attribuirsi alla constatazione che l'operazione finanziaria posta in essere avesse delle ricadute in termini di tutela ambientale, ovvero che fosse strumentale al complesso delle esigenze agricole; infatti, “un'attività può benissimo conseguire anche obiettivi di interesse generale, ma ciò di per sé non ne determina il carattere pubblicistico o privatistico”. Il Tribunale di Milano conferma l'orientamento pubblicistico nella sentenza 25.09.1997, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 579 (con nota di R. BALESTRINI, *Le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.: aspetti vecchi e nuovi in riferimento al criterio “oggettivo-funzionale” nell'applicazione giurisprudenziale*) dove si afferma che: “L'attività bancaria connessa alla concessione di finanziamenti agevolati rientranti nell'ambito del credito agrario assume rilievo pubblicistico in quanto i crediti agrari costituiscono un tipico finanziamento a scopo legale in cui il credito viene concesso in vista di una specifica utilizzazione che va individuata nell'interesse pubblico al sostegno e all'incremento dell'attività agricola (Pertanto sono riferibili ai dipendenti della sezione di Credito Agrario della Cariplo che sono intervenuti nella procedura in concessione dei predetti finanziamenti le qualificazioni soggettive di “pubblici ufficiali” o, quantomeno, di “incaricati di pubblico servizio” di cui rispettivamente agli artt. 357 e 358 c.p. in quanto hanno svolto in relazione a tali compiti un'attività contrassegnata da preminenti interessi pubblici avendo contribuito al conseguimento di finalità di ordine economico - sociale assunte come proprie dallo Stato a sostegno dello sviluppo agricolo)”.

Per questo, sembra corretto attribuire all'*obiter dictum* della Corte di Cassazione un valore puramente significativo e di tendenza nel segnalare all'interprete le connotazioni pubblicistiche e i relativi indici sintomatici che possono caratterizzare la genesi, lo svolgimento o le finalità di taluni rapporti economici; infatti, se questa metodologia poteva essere condivisa e proposta all'epoca della stesura della motivazione, oggi la stessa non deve più fuorviare l'interprete nell'analisi del caso concreto.

Nel rispetto degli odierni articoli 357 e 358 c.p. innovati in termini oggettivo-funzionali dalla riforma, il giudice dovrà necessariamente disattendere le, ormai superate, cadenze argomentative della sentenza Tuzet nell'attribuzione delle qualifiche soggettive, per identificare queste ultime solo sulla base dell'attività concretamente esercitata.

L'auspicato rovesciamento del precedente percorso argomentativo tarda, però, a concretizzarsi e si riscontra, troppo spesso, un esasperato utilizzo dei predetti indici sintomatici, i quali, autonomamente, consentono di attrarre nella sfera pubblica le varie attività analizzate.

#### ***4.1.2. Un cenno alla qualifica penalistica degli addetti ai servizi di bancoposta***

Non si può concludere questa parte del lavoro, relativa all'esercizio dell'attività bancaria, senza trattare il tema delle qualifiche soggettive all'interno di un settore limitrofo: quello dei servizi di raccolta credito e risparmio gestiti da Poste Italiane s.p.a.

Se i servizi postali tradizionali comprendono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali, essi, oggi, si estendono anche alla raccolta del risparmio tra il pubblico e ad una serie di attività di intermediazione finanziaria ai sensi del D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144 (c.d. regolamento bancoposta)<sup>238</sup>.

Alla luce di queste innovazioni, sono vigenti anche per Poste Italiane s.p.a., in quanto compatibili con la sua struttura, le norme del testo unico bancario e quelle del Testo Unico di intermediazione finanziaria e tale assoggettamento alla medesima

---

<sup>238</sup> Attualmente le attività di bancoposta sono elencate nell'art. 2 c. 1 del regolamento bancoposta: se è consentita a Poste italiane la raccolta del risparmio fra il pubblico come definita dall'art. 11 c. 1 del t.u.l.b., nonché la promozione e il collocamento di finanziamenti concessi da terzi abilitati, è invece vietata a Poste italiane ex art. 2 c. 8 l'attività di concessione di finanziamenti.



disciplina ha rivelato l'intenzione di realizzare una vera e propria concorrenza con il sistema dei servizi offerti dagli istituti di credito.

Tutto ciò, in realtà, non dovrebbe creare problemi se non fosse che la giurisprudenza ha inaugurato un consolidato orientamento in grado di riconoscere agli addetti ai servizi bancoposta la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio<sup>239</sup>.

Tale assunto si pone in evidente contrasto con quanto descritto nel precedente paragrafo per quanto attiene alla ordinaria attività di gestione del credito: considerato, infatti, che raccolta del risparmio, servizi di pagamento e investimento sono, come detto, attività esplicate in regime di concorrenza con le banche attraverso i servizi di bancoposta; preso atto che il legislatore ha di fatto equiparato Poste Italiane alle banche ai fini della applicazione della normativa di settore; ricordato che la giurisprudenza esclude l'applicabilità dello statuto penale della p.a. per lo svolgimento dell'ordinaria attività bancaria; tutto ciò premesso, non sembrano esservi ragionevoli motivi per qualificare come i.p.s. gli operatori di bancoposta, poiché ciò determina un'evidente disparità di trattamento con coloro che svolgono le medesime attività presso le banche<sup>240</sup>.

Al di là dei contrasti giurisprudenziali vi è anche un dato normativo insuperabile, a cui non è stato dato alcun peso: lo stesso art. 12 del codice postale (D.P.R. 156/1993) afferma, infatti, che le persone addette ai servizi postali e di

---

<sup>239</sup> Emblematica, sul punto, la pronuncia Cass. Pen., V, 15.06.2004, n. 36007, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1526 che ha condannato un dipendente per il reato di peculato a seguito della mera sottrazione di somme alla cassa di un ufficio postale. Conforme Cass. Pen., VI, 6.05 – 18.09.2008, n. 35852, in *Guida al diritto*, n. 43/2008, p. 89 (nella specie è stato ravvisato il peculato nella condotta di un impiegata che si era appropriata delle somme di denaro che avrebbe dovuto consegnare a vari utenti, interessati a operazioni di reinvestimento di buoni postali scaduti). Distinto è l'orientamento che ha riconosciuto agli addetti ai servizi postali le qualifiche pubblicistiche per l'esercizio di poteri certificativi: tra le tante, per esempio, Cass. Pen., VI, 9.12.2008, n. 3897, in *CED Cass. pen.*, 2008 che ha attribuito la qualità di pubblico ufficiale al direttore dell'ufficio postale. Analogo potere certificativo connesso anche all'invio di corrispondenza, ed il conseguente riconoscimento dello *status* di p.u. o i.p.s., si ritrova in Cass. Pen., 27.03.2003, in *Guida dir.*, 2003, n. 40, p. 65 (è p.u. il dirigente di esercizio di un ufficio postale, cui era attribuita l'attività di documentazione circa l'invio delle raccomandate, mediante apposizione sulle stesse di un numero progressivo e di un timbro datario). In senso conforme, Cass. Pen., 21.03.2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1637. Anche il portalettere è p.u. in ragione di una pubblica funzione certificatrice, v. Cass. Pen., 13.02.1985, in *CED Cass.* n. 169145. Ulteriori interessanti pronunce: Cass. Pen., VI, 8.03.2001, n. 20118; Cass. Pen., VI, 10.06.1999, n. 9929; Cass. Pen., VI, 9.07.1998, n. 10138.

<sup>240</sup> G. B. BERTOLINI, *Sulla qualifica penalistica degli addetti ai servizi di bancoposta: problemi vecchi e nuovi nella giurisprudenza sull'esercizio dell'attività bancaria*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1526.

bancoposta sono considerate pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio “secondo la *natura delle funzioni* loro affidate, in conformità degli artt. 357 e 358 c.p.”

Il richiamo espresso al criterio oggettivo-funzionale basterebbe da solo a riconoscere che nelle operazioni di raccolta del risparmio non si rinviene alcun profilo di pubblicità e che, pertanto, in tali casi l’attribuzione di qualifiche pubblicistiche appare un’estensione forzata, oltre che un evidente ostacolo alla politica di libera concorrenza nel mercato che il legislatore vantava originariamente di realizzare.

Vi è, poi, un’ulteriore riflessione che mette in dubbio l’accoglimento dell’orientamento giurisprudenziale descritto: il rinvio alla normativa penale della pubblica amministrazione comporta, infatti, necessariamente, la sottoposizione di tutta l’attività di impresa bancaria alla rigida disciplina penale della pubblica amministrazione, ivi compreso l’obbligo di denuncia penalmente sanzionato (artt. 361 – 362 c.p.), per i reati di cui i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio hanno avuto conoscenza a causa o nell’esercizio delle loro funzioni.

E’ fin troppo evidente che, aderendo all’impostazione predetta, si finirebbe per imporre solo agli addetti ai servizi bancoposta, quali incaricati di pubblico servizio, un obbligo di denuncia non imposto, invece, per i bancari e ciò contrasta con il parametro costituzionale previsto nell’art. 3 della Carta fondamentale che sancisce l’uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Non vi è pertanto alcuna ragione per riservare ai dipendenti di Poste Italiane s.p.a. un trattamento penale più rigoroso di quello applicabile ai dipendenti degli istituti di credito, allorché svolgono attività in tutto e per tutto identiche a quelle espletate da questi ultimi<sup>241</sup>.

#### ***4.1.3. Le problematiche relative alle altre attività delegate e il settore della intermediazione mobiliare***

Dopo aver approfondito il tema delle qualifiche soggettive nell’ambito dell’ordinaria attività creditizia bancaria e aver sottolineato alcuni aspetti, tuttora controversi, del servizio bancoposta, rimane da valutare il novero delle residuali attività delegate dalla p.a. in campo fiscale, finanziario, monetario e valutario, dove sopravvivono spazi per l’esercizio di una funzione o un servizio pubblico.

---

<sup>241</sup> G. CIANI, *Brevi considerazioni sullo statuto penale dei dipendenti dell’Ente poste*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1356.

Una prima osservazione colpisce in particolare: se non è in discussione il possibile riconoscimento, all'interno di questo complesso settore di indubbi profili pubblicistici, l'alternativa che viene in gioco, tra pubblica funzione e pubblico servizio, nell'indagare la sostanza delle specifiche mansioni non è del tutto irrilevante, poiché essa comporta conseguenze radicalmente diverse da un punto di vista sanzionatorio.

In ordine, per esempio, ai reati di falso, se gli operatori economici verranno ricondotti nel novero dei pubblici ufficiali, il documento o la certificazione da loro redatti costituirà un falso *ex art.* 476-480 c.p., mentre se gli stessi saranno qualificati come semplici i.p.s. l'eventuale falsità avrà rilievo solo se gli agenti rivestono, contestualmente, anche il ruolo di pubblici impiegati ai sensi dell'art. 493 c.p.<sup>242</sup>

Invero quest'ultima eventualità è oggi abbastanza improbabile, stante il processo di privatizzazione del pubblico impiego che ha ridisciplinato l'intero sistema; tuttavia, come è stato osservato all'interno del terzo paragrafo, vi sono recenti precedenti giurisprudenziali, oltre a significative argomentazioni, espressione di una più raffinata teoria atomistica, che consentono di ricavare profili pubblicistici anche nell'esercizio di funzioni formalmente soggette al diritto comune.

Alcune obiettive incertezze sullo *status* giuridico degli agenti economici sono emerse, invece, in merito allo svolgimento di attività di “negoziazione dei titoli di Stato”.

Se, nel rispetto del criterio oggettivo-funzionale, sembra preferibile ammettere l'essenza privatistica di tale intermediazione, non sono mancati orientamenti contrari, seppur discutibili, in quanto inclini, ancora una volta, al riconoscimento del criterio teleologico, inerente la finalità di “pubblico interesse”, ufficialmente bandito dalla riforma del 1990<sup>243</sup>.

L'attività di negoziazione, in specie, si struttura in una serie di distinti momenti, ma al di là dell'iniziale collocamento, da parte della Banca d'Italia anche verso le banche, dei titoli emessi dal Ministero del Tesoro (che avviene sulla base di appositi

---

<sup>242</sup> V. MANES, *Le qualificazioni ai fini penali degli operatori bancari e degli intermediari finanziari*, cit., p. 30.

<sup>243</sup> Trib. Enna, 14.03.1994, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1995, p. 631 (con nota di O DI GIOVINE, *Negoziazione dei titoli di Stato da parte delle banche e pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.*). In dottrina v. E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 309, dove si sottolinea che in tali operazioni, sotto il profilo funzionale, permangono connotati pubblicistici.

decreti ministeriali), il prosieguo delle operazioni ricalca dinamiche di tipo “imprenditoriale” (come quelle che presiedono, ad esempio, la determinazione dei prezzi dei titoli secondo le libere leggi del mercato).

Non si rinviene, insomma, alcuna disciplina pubblicistica di fondo, né alcun atto amministrativo di natura concessoria, tanto che l’attività di negoziazione non pare, pertanto, differenziarsi, nella sostanza, dalla intermediazione di valori azionari operata dalle società di intermediazione mobiliare (S.i.m.), di cui si dirà a breve.

Tutto ciò non ha, comunque, impedito alla giurisprudenza di merito di affermare che tale intermediazione, “*se accompagnata dalla spendita del nome dello Stato*”, rappresenterebbe un esempio di attività collaterale delegata ai privati, meritevole di una qualificazione pubblicistica (quale pubblico servizio).

Tra le righe della motivazione, si comprende però la vera *ratio* di questa presa di posizione, vale a dire la necessità di scongiurare pericolosi vuoti di tutela penale nell’ambito di un’attività che incide sull’economia dell’intero Paese e che, quindi, coinvolge primari interessi pubblici.

Se quello appena descritto è un ulteriore esempio di come la giurisprudenza abbia sottovalutato le profonde innovazioni normative pur di avallare “vecchi” percorsi argomentativi, non si possono dimenticare i dubbi che hanno accompagnato anche l’introduzione della normativa antiriciclaggio (con il d.l. 143/1991), attualmente contenuta nel d.l. 21 novembre 2007, n. 231, attuativo delle direttive comunitarie 2005/60/CE e 2006/70/CE.

Senza entrare nel merito di questa complessa disciplina normativa, basti qui ricordare che essa ha previsto per tutta una serie di soggetti, tra i quali banche, poste, società di intermediazione mobiliare e finanziaria, revisori contabili e via dicendo, precisi doveri di collaborazione ed, *in primis*, l’obbligo di segnalare ogni operazione sospetta conosciuta “in ragione delle funzioni esercitate” e di astenersi dal darvi corso fino alla trasmissione della segnalazione (art. 41 d.l.n. 231/2007)<sup>244</sup>.

Detto ciò, è assolutamente da escludere che la giurisprudenza non possa rinvenire nell’esercizio di questa attività un’impronta di sicura matrice pubblicistica,

---

<sup>244</sup> La segnalazione ha come destinatario finale l’Unità di Informazione Finanziaria (U.I.F.), organismo costituito presso la Banca d’Italia e a cui è attribuita la funzione centralizzata della vigilanza antiriciclaggio. Per un approfondimento v. L. PISTORELLI, *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.LG. 21 novembre 2007 n. 231*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2468.

tale da attribuire in capo a chi la esercita la qualifica, per lo meno, di i.p.s.? (quella di p.u. potrebbe avere evidente ragion d'essere se la prescritta segnalazione venisse correlata dalla predisposizione di documentazioni - certificazioni o dichiarazioni -, anche non fidefacenti, che comprovino l'esercizio di poteri certificativi).

In realtà, anche l'eventuale riconoscimento delle qualifiche pubblicistiche non sarebbe, comunque, sufficiente per riconoscere la configurabilità dei reati di cui agli artt. 328, 361 e 362 c.p. in capo ai soggetti agenti, poiché gli stessi risulterebbero già perseguibili in base a specifici illeciti amministrativi e penali<sup>245</sup>.

Altro settore cruciale, che pare opportuno menzionare, è quello della “intermediazione mobiliare”, attualmente ispirato al modello anglosassone del “mercato impresa” in cui spiccano l'iniziativa privata e l'autoregolamentazione; in realtà, questa organizzazione deriva da un'evoluzione storica e legislativa particolarmente complessa che ha coinvolto, direttamente, anche lo *status* dei soggetti intermediari.

La loro natura privata e il carattere imprenditoriale dell'attività svolta furono sancite, per la prima volta, all'interno del Codice del Commercio del 1882, o meglio, da un Regolamento (R.D. 27.12.1882 n. 1139) che prendeva le distanze dal precedente modello pubblicistico: fino a quel momento, infatti, gli agenti di cambio erano a tutti gli effetti dei funzionari che esercitavano una pubblica funzione<sup>246</sup>.

Nell'ambito della politica di stabilizzazione monetaria avviata dal regime fascista nel 1925, però, fu nuovamente riaffermata la pubblicità della qualifica e gli intermediari furono qualificati come pubblici ufficiali cui veniva inibita ogni attività diversa dalla negoziazione per conto altrui. Fino alla metà degli anni '70 la situazione rimase immutata ed essa si inserì in quella più generale visione pubblicistica del sistema bancario<sup>247</sup>.

Solo negli anni '90 venne, invece, ridefinita nei termini attuali la disciplina degli intermediari finanziari, prima con la l. n. 1/1991, e, poi, con il d.lgs. 23 luglio 1996 n.

---

<sup>245</sup> S. SEMINARA, *Il riciclaggio*, in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 713. L'indagine sul dettagliato corredo sanzionatorio delle nuove misure antiriciclaggio è operata da L. PISTORELLI, *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.LG. 21 novembre 2007 n. 231*, cit., p. 2470.

<sup>246</sup> R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino 2008, p. 19 ss.

<sup>247</sup> R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 25. L'autore evidenzia che la pubblicizzazione del mercato di Borsa fu ulteriormente accentuata dalla riforma attuata con la L. 216/74. Non vi è dubbio, però, che la contemporanea istituzione della Consob pose le basi per l'avvento di una struttura diversa.

415 che diede attuazione a due importanti direttive comunitarie (la n. 93/22 del 10 maggio 1993 e la n. 93/6 del 15 marzo 1993 – note anche come direttive Eurosim –) che imponevano una armonizzazione delle discipline nazionali e dei servizi di investimento.

L’apporto di questo decreto alla costruzione dell’ordinamento del mercato mobiliare si colse anche e soprattutto nell’abbandono del modello, sempre adottato fino a quel momento, di un mercato regolamentato come pubblico servizio, per abbracciare il modello anglosassone, ispirato ad un mercato - organizzazione che nasce, non da una decisione dell’autorità, ma da scelte imprenditoriali degli stessi intermediari, finalizzate a un esercizio più efficiente dell’attività di intermediazione<sup>248</sup>.

Un sistema che vede nei mercati regolamentati altrettante imprese, essenzialmente organizzate dagli intermediari (la cui autonomia statutaria e gestionale è stata ulteriormente valorizzata all’interno dell’attuale t.u. n. 58/98)<sup>249</sup>, sia pur sotto il controllo di un’autorità di vigilanza: all’interno di questi mercati, infatti, la gestione viene esercitata da società per azioni, le c.d. S.i.m. (art. 61 t.u.f.)<sup>250</sup>; tuttavia, è innegabile che residui un importante controllo da parte della autorità statale, la Consob, che, oltre ad autorizzare lo svolgimento delle predette attività in capo alle società, può anche delegare alcune sue funzioni alle stesse (artt. 64 lett. f) e 113 c.2 lett. c))<sup>251</sup>.

Quello descritto sembrerebbe un ulteriore caso problematico: un organismo di tipo imprenditoriale (s.p.a.) creato per soddisfare logiche concorrenziali, ma coinvolto nell’esercizio di un’attività che rimane fortemente invasa da interessi di ordine generale, idonei a legittimare la costante ingerenza e vigilanza pubblica.

---

<sup>248</sup> S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, cit., p. 517.

<sup>249</sup> Per quanto concerne le specifiche norme sanzionatorie, a carattere amministrativo, contenute nel t.u. n. 58/98, v. A. BERNARDI – I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., p. 52.

<sup>250</sup> Tale norma afferma il principio secondo cui “l’attività di organizzazione e gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari ha carattere d’impresa”. Identico contenuto si rintraccia nell’art. 46 c.1 D.lgs. n. 415/1996, vera norma manifesto che ha segnato il passaggio dal modello mercato- pubblico al modello mercato- impresa.

<sup>251</sup> Sulla scia dell’ordinamento comunitario, prima il D.Lgs. n. 415/96 e oggi il T.U. (art. 19 c. 4) hanno consentito alle banche di svolgere tutti i servizi di investimento, compresa la negoziazione per conto proprio, o per conto di terzi, di strumenti finanziari nei mercati regolamentati. Si assiste, dunque, ad una sostanziale equiparazione, sotto questo profilo, tra banche e S.i.m. che riguarda anche le regole alle quali entrambe devono attenersi nell’esercizio delle relative attività.

In realtà, il modello privatistico è qui ritenuto prevalente, e ciò sembra aver decretato il progressivo ridimensionamento di profili pubblicistici<sup>252</sup>.

Anche se la confluenza, in capo alla predetta società, di funzioni di gestione e di vigilanza potrebbe far sorgere la tentazione di intravedere un soggetto esercente un pubblico servizio, tale provocazione viene respinta, poiché la società di gestione è un imprenditore che fornisce, ad intermediari ed emittenti, servizi di mercato perseguendo scopi lucrativi meramente privati.

Se è pur vero che tale attività incontra vincoli posti a tutela di interessi generali, questi non sono, comunque, in grado di trasformare la società di gestione in un'impresa - funzione, volta al perseguimento di un fine pubblico.

Consapevoli che gli “interessi generali” costituiscono, qui, solo un vincolo esterno alla attività della società di gestione, non si può, comunque, negare che alcune funzioni, che la legge le attribuisce o la Consob le delega, siano funzioni di natura pubblica.

Con riguardo, ad esempio, ai servizi di “compensazione e liquidazione” che possono essere esercitati dalle varie società (*ex art. 69 t.u.f.*) - e che si sostanziano, rispettivamente, nel bilanciamento, fra tutti gli operatori del mercato, delle posizioni che gli stessi hanno assunto con riferimento ad un determinato titolo e nella consegna dei titoli venduti con il pagamento del prezzo da parte del compratore - , al di là del dato che si tratta di servizi che possono essere gestiti solo sulla base di un'autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, significativa risulta la posizione della dottrina commercialistica, la quale ha riconosciuto la natura certa di *pubblico servizio* in capo all'attività che si ritiene incida, direttamente, sulla stabilità complessiva del sistema finanziario<sup>253</sup>.

#### **4.1.4. La figura del revisore dei conti**

A conclusione di questa parte, l'importanza di una autonoma riflessione sulla figura del revisore dei conti, in ordine alle qualifiche soggettive *de quibus*, si coglie nei

---

<sup>252</sup> C. PEDRAZZI,  *Mercati finanziari (Nuova disciplina penale)*, in  *Dig. pen.*, 2000, p. 453.

<sup>253</sup> R COSTI,  *Il mercato mobiliare*, cit., p. 246.

seguenti termini: quella in questione è una figura di matrice privatistica, perché costituita da liberi professionisti (che in alcuni casi operano all'interno di vere e proprie società specializzate), i quali, però, svolgono, una funzione realmente significativa all'interno della amministrazione economico-finanziaria, con evidenti ripercussioni pubbliche, e ciò ha portato, in passato, la dottrina ad interrogarsi sulla reale natura di questa attività.

Il revisore, infatti, è un soggetto professionale la cui funzione consiste nel ridurre il *gap* informativo e di credibilità tra la domanda e l'offerta di strumenti finanziari; il giudizio positivo pronunciato dal revisore è il presupposto necessario della sollecitazione all'investimento e, quindi, egli risulta un soggetto essenziale perché il mercato possa svolgere con efficienza la funzione allocativa delle risorse finanziarie<sup>254</sup>.

Queste considerazioni hanno, dunque, incalzato un'indagine sulla possibile rilevanza pubblicistica della figura del revisore dei conti ed, effettivamente, vi è chi ha prospettato una responsabilità penale dello stesso, per i reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni, quantomeno, in qualità di “incaricato di pubblico servizio”<sup>255</sup>.

Si tratta di riflessioni originariamente sorte sotto la vigenza del D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, concernente *il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società quotate in borsa*, che potrebbero, nuovamente, riproporsi in seguito all'introduzione della fattispecie di “corruzione dei revisori”<sup>256</sup>?

Nel dettaglio, la norma (inserita, nell'attuale t.u. sull'intermediazione finanziaria, dall'art. 35 della L. 262/2005 e disciplinata compiutamente nell'art. 174 *ter* del D.L.vo 58/1998) statuisce che:

*“Gli amministratori, i soci, i responsabili della revisione contabile e i dipendenti della società di revisione, i quali nell'esercizio della revisione contabile delle società con azioni quotate, delle società da queste controllate e delle società che emettono*

---

<sup>254</sup> G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2, 2007, p. 160.

<sup>255</sup> C. PATERNITI, *Diritto Penale dell'economia*, Torino, 1995, p. 218; prima della riforma intervenuta con la L. 86/1990: F. VASSALLI, *Sulla qualifica di pubblico ufficiale del revisore*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici* (a cura di R. CLARIZIA), Milano, 1978, p. 135.

<sup>256</sup> L'ambito di operatività dell'intervento penale è circoscritto alle ipotesi di revisione contabile obbligatoria, avente ad oggetto le società con azioni quotate, quelle controllate da queste e quelle che emettono strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 t.u. finanza. L. FOFFANI, *Sub art. 174 ter*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C.E. PALIERO, II ed., Padova, 2007, p. 705.



*strumenti finanziari diffuse fra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’art. 116, fuori dei casi previsti dall’art. 174 bis, per denaro o altra utilità data o promessa, compiono od omettono atti di violazione degli obblighi inerenti all’ufficio, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni.*

*La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chi dà o promette utilità”.*

Tale fattispecie, sussidiaria rispetto all’art. 174 bis (relativa alla *Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione*)<sup>257</sup>, punisce la violazione degli obblighi inerenti all’ufficio quando sia dettata dalla dazione o dalla promessa di denaro da parte di soggetti apicali delle società da sottoporre a revisione.

In particolare, il nuovo delitto di corruzione dei revisori se da un lato rispecchia lo schema strutturale della corruzione propria antecedente contenuta nell’art. 319 del codice penale<sup>258</sup>, dall’altro sembra innovare la tradizionale disciplina codicistica del reato di corruzione, che, come sappiamo, restringe la tipicità ed il connesso sanzionamento alla presenza di un soggetto attivo “pubblico ufficiale” o “incaricato di pubblico servizio”.

Ora, i destinatari del precetto penale sono anche agli amministratori, i soci, i responsabili della revisione contabile e la cerchia dei potenziali soggetti attivi si estende sino a ricomprendere i dipendenti della stessa società di revisione.

Il legislatore, nel perseguire una precisa politica anticriminale in materia economica, pare voler indirettamente ricomprendere nelle qualifiche soggettive pubblicistiche anche il revisore contabile e il mero dipendente della società, al quale viene imputata una vera e propria “responsabilità pubblica” in considerazione del disvalore che promana dal suo corrotto servizio.

La *ratio* sottesa a questa estensione del modello penale della corruzione si rinviene, forse, nell’intento del legislatore di garantire l’imparzialità, obiettività e indipendenza del giudizio dei revisori, in considerazione della estrema delicatezza e importanza delle funzioni ad essi attribuite e del rischio di collusioni e condizionamenti esterni<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> L. FOFFANI, *Sub Art. 174 bis*, in *Commentario*, cit., p. 701.

<sup>258</sup> L. FOFFANI, *Sub Art. 174 ter*, in *Commentario*, cit., p. 705.

<sup>259</sup> L. FOFFANI, *Sub art. 174 ter*, in *Commentario*, cit., p. 705.

Detto ciò, si può sostenere che tale scelta legislativa sia finalizzata a tutelare direttamente un vero e proprio interesse pubblico, quale può essere quello comprensivo della fiducia e delle aspettative che la collettività dei consociati, generalmente, ripone nell'operato del revisore all'atto di un investimento, o piuttosto tale bene giuridico non viene tutelato in quanto tale, ma solo in chiave strumentale rispetto ad interessi finali di tipo esclusivamente patrimoniale<sup>260</sup>?

Come anticipato, il problema della possibile estensione di una qualifica pubblicistica in capo ai revisori dei conti è già stato affrontato da una dottrina in realtà minoritaria, poiché la maggior parte degli autori ha tradizionalmente escluso la possibilità di ascrivere a tali soggetti i reati propri dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione, in ragione della ritenuta natura squisitamente privatistica delle funzioni da loro svolte<sup>261</sup>.

Vale comunque la pena ripercorrere la *querelle* dottrinarie circa lo *status* privatistico o pubblicistico dell'attività del revisore e analizzare le argomentazioni poste a fondamento dai due orientamenti.

L'origine andrebbe rintracciata nel contenuto dell'art. 13 del R.D.L. 24 luglio 1936 (convertito nella L. 3 aprile 1937 n. 517) a tenore del quale “*il revisore dei conti, nell'esercizio delle sue funzioni, ha la qualità di pubblico ufficiale a tutti gli effetti di legge*”, ma può essere richiamato anche il D.P.R. n. 136 del 1975, il quale conteneva la

---

<sup>260</sup> Il bene giuridico finale può essere identificato nell' “affidamento al mercato”, che risulta tutelato dall'art. 47 Cost., ed è comprensivo della sommatoria degli interessi patrimoniali di soci, investitori e terzi in genere. P. ALDROVANDI, *sub art. 174 ter d.lgs. 58/98*, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005*, n. 262 sulla tutela del risparmio, a cura di A. LANZI – A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 228.

<sup>261</sup> In tal senso, tra gli altri: A. FIORELLA, *sub art. 175 Dlg.vo 24 febbraio 1998*, n. 58, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. ALPA – F. CAPRIGLIONE, III, Padova, 1998, p. 1610; F. SFORZA, *sub art. 178 Dlg.vo 24 febbraio 1998*, n. 58, in *Commentario*, cit., p. 1634; N. MAZZACUVA, *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci o profili penali*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 529; M. ROMANO, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi dello “schema Mirone”) in tema di società di revisione contabile*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 855; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, p. 135; S. SEMINARA, *Le falsità nell'attività di revisione contabile*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA – S. SEMINARA, Padova, 2002, p. 346; ID., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, 5, Milano, 2006, p. 560; ID., *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 571; V. NAPOLEONI, *sub art. 175*, in *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commento al D.Lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, Milano, 1998, p. 950; F. SIMONI, *Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 224.

previsione di tre controversi reati (artt. 14,15,16), volti a reprimere i comportamenti scorretti di amministratori e dipendenti di società di revisione<sup>262</sup>.

Al di là del dato normativo, comunque, i sostenitori della teoria pubblicistica affermavano, da un lato, che gli amministratori delle società di revisione possedevano un potere di certificazione notevole che non si poteva dire esercitato nell'esclusivo interesse privato dei soci (ma andava ricondotto, quantomeno, alla qualifica di incaricato di pubblico servizio, coinvolgendo motivi di ordine generale)<sup>263</sup>, e dall'altro, che l'attività del revisore contribuiva alla realizzazione dell'interesse pubblico alla veridicità e completezza della informazione societaria, partecipando alle funzioni della Consob in materia<sup>264</sup>.

Del resto anche oggi, sotto la vigenza del t.u. finanza n. 58/1998, potremmo ritenere che l'assoggettamento della società di revisione al controllo e ai penetranti poteri disciplinari della Consob, costituisca un indicatore pubblicistico della qualifica di revisore<sup>265</sup>; si tratta di poteri esercitati tanto nella fase dell'iscrizione nell'albo speciale (art. 161), quanto nella fase di verifica del corretto svolgimento dell'attività (artt.162 e 163), quanto, infine, in materia di conferimento dei singoli incarichi (art. 159 c. 6).

Nella nuova disciplina legislativa sarebbe individuabile, poi, un ulteriore argomento a favore della natura pubblicistica del revisore: si tratta dell'obbligo, sancito nell'art. 155 c. 2 t.u., imposto alla società di revisione di informare “*senza indugio*”, sia il collegio sindacale che la Consob, circa le eventuali irregolarità riscontrate e i “fatti ritenuti censurabili”<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> F. VASSALLI, *Sulla qualifica di pubblico ufficiale del revisore*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano, 1978, p. 139 ss.

<sup>263</sup> C. PATERNITI, *Diritto Penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 194; prima della riforma intervenuta con la L. 86/1990: F. VASSALLI, *Sulla qualifica di pubblico ufficiale del revisore*, cit., p. 135.

<sup>264</sup> F. SIMONI, *Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione*, cit., p. 224.

<sup>265</sup> M. ROMANO, *Problemi penali della certificazione del bilancio*, in *Giur. Comm.*, 1996, 5, p. 696.

<sup>266</sup> “I fatti censurabili da fare oggetto di denuncia non sono, ovviamente, solo quelli concernenti la regolarità e correttezza della contabilità, ma anche quelli attinenti alla gestione, di cui il revisore acquisisca conoscenza in occasione dei suoi riscontri contabili (e di cui possa, in base alle proprie competenze, giudicare la non correttezza): per es. operazioni in conflitto di interessi, negozi illeciti, violazioni statutarie”. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale. I nuovi confini delle posizioni di garanzia nello statuto della società per azioni*, Lecce, 2009, p. 267.

In questo senso, non sussiste più un dovere di semplice *informativa* della società nei confronti degli organi di controllo (così come precedentemente previsto nell'art. 1 del D.P.R. 136/1975), ma un vero e proprio obbligo di *denunciare* i fatti che potrebbero costituire illeciti penali e in cui i revisori si sono imbattuti nell'adempimento del loro dovere<sup>267</sup>.

Tale circostanza, se assume particolare rilievo poiché l'obbligo di denuncia richiama proprio uno dei doveri tipici posti in capo al pubblico ufficiale, non sembra comunque decisiva in quanto analogo obbligo è imposto, *ex art. 149 c.3*, anche ai sindaci delle società quotate e, quindi, a soggetti aventi una natura indiscutibilmente privata<sup>268</sup>.

Nonostante il suggestivo tenore delle argomentazioni fin qui esposte, la dottrina prevalente ha comunque sempre privilegiato una ricostruzione in chiave privatistica dello *status* di revisore dei conti sulla base di una serie di argomentazioni fondate sia sulla disciplina della revisione, che sulla stessa normativa penale riferita ai revisori.

Si osserva, innanzitutto, che le società di revisione non svolgono un'attività loro delegata dalla Consob, ma – pur essendo soggette a doveri di informazione e di comunicazione – operano sulla base di un normale contratto di diritto privato e sotto la propria responsabilità.

Il conferimento dell'incarico di revisore si fonda, infatti, su un negozio riconducibile al “mandato” e tale nomina spetta all'assemblea della società soggetta a controllo, previo parere del collegio sindacale (art. 159 c.1 d.lg.vo 58/1998 – nell'attuale t.u. non è neppure più prevista l'approvazione della Consob, espressamente richiesta dall'art. 2 commi 6 e 7 del D.P.R. 136/1975)<sup>269</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria, inoltre, rimane “privata” la sostanza dell'attività svolta: nell'art. 156 t.u. ora si parla di un “*giudizio*”, e non più di una “*certificazione*”, che la società di revisione deve esprimere sul bilancio di esercizio; il mutamento terminologico è stato determinato proprio dalla necessità di evitare

---

<sup>267</sup> La stessa normativa antiriciclaggio, come visto, impone ai revisori contabili un obbligo di *segnalazione senza indugio* delle operazioni sospette, *ex art. 41 d.l. n. 231/2007*, che potrebbe sostanzialmente in un obbligo di denuncia.

<sup>268</sup> F. SFORZA, *Sub Art. 178*, in *Commentario*, cit., p. 1636.

<sup>269</sup> F. SFORZA, *Sub Art. 178*, in *Commentario*, cit., p. 1635.

fraintendimenti circa la natura di una valutazione meramente professionale sull’attendibilità dei documenti contabili<sup>270</sup>.

In sostanza, l’argomento espresso a favore della natura pubblicistica della revisione, e fondato su un contenuto certificatorio dell’attività – che richiamerebbe così uno degli indici di pubblica funzione indicati nel nuovo art. 357 c.p. – cede di fronte alla attuale e più generica denominazione di “giudizio”.

L’attività in parola non sarebbe, inoltre, neppure assistita da alcun potere autoritativo: ai sensi dell’art. 155 c. 2, infatti, la società di revisione ha solo il “diritto”, e non il “potere”, di richiedere alla controllata documenti e notizie utili alla revisione<sup>271</sup>.

La tesi privatistica trova, però, un supporto decisivo nell’inquadramento sistematico delle disposizioni incriminatrici del t.u. – che del resto ricalcano gli articoli 2621 n. 1, 2622, 2624 e 2630 c. 2 n. 1 del Codice Civile; se si riconoscesse, infatti, la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio ai revisori, le norme citate non avrebbero ragion d’essere, poiché le condotte sanzionate potrebbero tranquillamente rientrare nel novero dei delitti dell’*intraneus* contro la pubblica amministrazione<sup>272</sup>.

Sia consentita un’ultima considerazione: nello scorrere il ventaglio delle fattispecie che compongono il microcosmo sanzionatorio si è evidenziato un singolare vuoto di tutela; manca, infatti, una sanzione a presidio dell’esercizio della funzione di controllo delle società di revisione.

Ciò comporta, praticamente, che gli eventuali comportamenti ostruzionistici tenuti dalle società revisionate nei confronti dei revisori risultano privi di rilievo penale, trovando “sanzione” solo nella possibile denuncia del comportamento quale “fatto censurabile” ex art. 155 c. 2 t.u.

Se alcuni non comprendono la ragione di tale assenza<sup>273</sup>, altri la interpretano come un’ulteriore elemento a conforto della natura privatistica della funzione svolta:

---

<sup>270</sup> V. NAPOLEONI, *sub art. 175*, cit., p. 952.

<sup>271</sup> S. SEMINARA, *I reati dei revisori dei conti nel D.lgs. n. 58 del 1998 e nel “progetto Mirone”*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2000, 3, p. 428.

<sup>272</sup> S. SEMINARA, *I reati dei revisori dei conti nel D.lgs. n. 58 del 1998 e nel “progetto Mirone”*, cit., p. 429.

<sup>273</sup> V. NAPOLEONI, *sub art. 175*, cit., p. 953.

così facendo si è forse voluto evitare la presenza di una sanzione che avrebbe, inevitabilmente, investito il soggetto revisore di poteri autoritativi di difficile collocazione<sup>274</sup>.

L'ampia dissertazione fin qui svolta, lungi dal contestare l'attuale, pressoché unanime, riconoscimento circa natura dell'attività di revisione, ha tentato di evidenziare come la stessa, comunque, non si sostanzierebbe in un'attività di diritto privato in senso stretto, in quanto posta a presidio anche di interessi extrasocietari.

Il controllo contabile, infatti, non può non avere una proiezione all'esterno ed è, quindi, preferibile definire la funzione svolta dai revisori "una funzione privata con riflessi di pubblico interesse"<sup>275</sup>.

Ciò può, in parte, giustificare il ragionamento di coloro che hanno tentato di estendere una qualificazione pubblicistica in capo al revisore dei conti, identificandolo come un soggetto la cui imparzialità andrebbe maggiormente preservata, al fine di garantire i pubblici interessi che si stagliano sullo sfondo, quali l'affidamento e le aspettative che la collettività ripone quotidianamente nel suo operato.

### 5.1. Le qualifiche soggettive e gli enti fieristici

Un settore interessante dove il tema delle qualifiche soggettive è emerso in tutta la sua problematicità e dove sembra che, tuttora, lo *status* di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio sia legato al riconoscimento dei c.d. "indici sintomatici di pubblicità" è quello inerente agli enti fieristici.

Recentemente, infatti, la Corte di Cassazione si è pronunciata riconoscendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al responsabile dell'ufficio ragioneria di un ente fiera, il quale, appropriatosi di una ingente somma di cui aveva la disponibilità in ragione del suo ufficio, è stato così condannato per il reato di peculato<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., p. 572.

<sup>275</sup> M. LA ROSA, *Black – out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, cit., p. 185.

<sup>276</sup> Cass. Pen., VI, 18.06.2007, n. 23753, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2008, p. 611 (sia consentito rinviare alla mia nota, S. ROSSI, *Incaricato di pubblico servizio e "concezione oggettiva": permangono le incertezze giurisprudenziali*).

Si tratta di una pronuncia che ha suscitato alcune perplessità in considerazione del fatto che il Collegio, al di là delle enunciazioni di principio, non sembra avere pienamente accolto la concezione oggettivo-funzionale cristallizzata nella riforma del 1990.

La sesta sezione penale, infatti, pur avendo attribuito formalmente la qualifica di cui all'art. 358 c.p. in ragione della concreta attività esercitata dall'imputato, sostenendo che la stessa era direttamente funzionale alla provvista e alla gestione dei mezzi finanziari occorrenti per lo sviluppo delle finalità pubblicistiche dell'ente, non ha, però, fornito una motivazione convincente.

Evidenti profili di ambiguità emergono, infatti, dal tenore delle stesse argomentazioni, le quali richiamano quegli elementi puramente sintomatici della natura pubblica della funzione esercitata dal soggetto agente che, solitamente, vengono individuati nella sottoposizione ad una attività di controllo ed indirizzo a fini sociali da parte dell'autorità pubblica, nel potere di conferimento e revoca dei poteri direttivi da parte di un ente pubblico, nel carattere pubblico delle risorse finanziarie impiegate, nel perseguimento di finalità di interesse pubblico e/o nella strumentalità dell'attività svolta al conseguimento di interessi collettivi<sup>277</sup>.

La sentenza citata fa esplicito riferimento a tali indici sintomatici; in motivazione, infatti, si afferma: “[...] per quanto concerne l'Ente Autonomo Fiera di Reggio Calabria è la legge della Regione Calabria del 4 aprile 1986 n. 13 ad istituirlo e ad approvare il suo Statuto, escludendo ogni fine speculativo e indirizzandolo a scopi unicamente di pubblico interesse[...]Peraltro, è previsto che l'Ente sia sottoposto al controllo della Regione e che questa partecipi alla formazione del capitale di fondazione; inoltre, secondo le norme statutarie è sempre la Regione (Consiglio regionale) a nominare i vertici dell'Ente; infine, il personale dell'Ente Fiera è equiparato, per quanto riguarda il trattamento giuridico ed economico, al personale regionale”.

Oltre all'ingerenza degli organi regionali nella creazione e nel funzionamento dell'ente fieria, i giudici sottolineano gli scopi sociali perseguiti dall'ente (consistenti nel promuovere la produzione e gli scambi di servizi al fine di dare impulso all'economia

---

<sup>277</sup> A. MANGIONE, *Società concessionarie di pubblico servizio e qualifiche pubblicistiche fra “nuovi” e “vecchi” paradigmi giurisprudenziali*, cit., p. 1024.

regionale) e la strumentalità dell'ufficio di ragioneria rispetto a tali finalità pubblicistiche (poiché esso realizza, testualmente, *una funzione "strategica" diretta alla provvista e alla gestione dei mezzi finanziari occorrenti per lo svolgimento stesso delle predette finalità*).

In motivazione, indubbiamente, si dedica particolare attenzione al profilo dei rapporti esistenti tra l'ente di appartenenza del soggetto agente e l'amministrazione pubblica, facendo così riemergere criteri di valutazione che dovrebbero ritenersi, in realtà, ormai superati e che sono l'espressione più significativa della vecchia concezione soggettivistica; in essa, inoltre, ci si affida a parametri indeterminati e opinabili finendo, da un lato, per generalizzare la qualifica di pubblico agente e, dall'altro, per disconoscere l'importanza dell'attività effettivamente esercitata dal singolo soggetto<sup>278</sup>.

L'atteggiamento assunto dalla Corte di Cassazione con questa pronuncia, sembra, quindi, al di là dei proclami formali, di parziale chiusura o comunque di non piena metabolizzazione delle novità introdotte dalla riforma in tema di qualifiche soggettive pubblicistiche<sup>279</sup>.

Pertanto non vi è ragione per non ritenere che la sentenza riportata si inserisca a pieno titolo in quel filone giurisprudenziale che aveva fatto largo uso, in passato, di indici di classificazione *extra legem*, fondati, come visto, su criteri ontologici di individuazione della funzione amministrativa, quali, appunto, la natura giuridica dell'ente di riferimento, l'immanenza di un interesse pubblico, ovvero il perseguimento di finalità pubblicistiche.

L'origine di tale impostazione è presumibilmente da addebitarsi a diverse ragioni di fondo: da un lato, il descritto fenomeno di riviviscenza di criteri soggettivi va imputato all'atteggiamento conservatore tradizionalmente assunto dalla giurisprudenza

---

<sup>278</sup> D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, in *Diritto e procedura penale oggi*, a cura di F. GIUNTA – E. MARZADURI, Milano, 2007, p. 41 ss.

<sup>279</sup> Ispirata interamente al criterio "soggettivo" e, quindi, totalmente in contrasto con lo spirito della riforma del '90 è la sentenza Cass., Sez. VI, 1.12. 1997, che riconosce la qualifica di pubblico ufficiale al segretario dell'Ente Fiera Vini di Marsala "in considerazione della natura pubblica dell'ente desumibile dalla sussistenza di una serie di indicatori rappresentati: a) dalla costituzione avvenuta con deliberazione della giunta comunale, ratificata dal consiglio comunale; b) dalla nomina degli organi e dall'approvazione dei bilanci da parte del consiglio comunale; c) dal controllo contabile soggetto a revisori dei conti legati al comune; d) dalla previsione della sottoposizione dell'ente a gestione commissariale a seguito di deliberazione comunale; e) dal parziale finanziamento dell'ente da parte dello Stato, della Provincia e della Regione".



negli anni successivi all'intervento novellistico, di cui abbiamo già avuto modo di parlare, ma dall'altro si evidenziano anche altri motivi non propriamente di politica criminale<sup>280</sup>.

In particolare, anche questo caso conferma che la scelta legislativa di tracciare il confine tra area pubblicistica e area privatistica, assumendo come riferimento la controversa dicotomia “norme di diritto pubblico/norme di diritto privato”, è apparsa poco persuasiva e più che altro in grado di generare gravi difficoltà interpretative.

Questo dato assume un rilevante peso specifico in quanto l'ente fieristico possiede una naturale struttura “ibrida”, vale a dire un'organizzazione mista pubblico-privato, che se è stata riconosciuta pacificamente dalla giurisprudenza civile, la quale lo ha inserito nel novero degli “enti pubblici economici”, viene, invece, smentita dalla sentenza riportata.

Nel dettaglio, i giudici, per sottolinearne il rilievo pubblicistico, inseriscono a pieno titolo l'ente in questione tra quelli istituzionali di rilievo regionale, ma al contempo gli negano espressamente la natura di ente pubblico economico, “*dal momento che alla sua attività resta estraneo ogni fine di lucro, per espressa disposizione di legge*”.

A tal proposito va invero rilevato che nella costante giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione, gli enti fieristici (salvo espressa difforme qualificazione della legge istitutiva) sono riconosciuti quali enti pubblici economici<sup>281</sup>.

Tali enti, infatti, pur perseguendo finalità di interesse generale, senza scopi speculativi, con l'ingerenza della pubblica amministrazione, operano nel settore della produzione o scambio di beni o servizi mediante una organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi della relativa attività.

Gli enti fieristici sono, infatti, enti istituiti per l'organizzazione permanente di fiere aventi una certa importanza che possono essere inquadrati nei c.d. enti di settore,

---

<sup>280</sup> S. MONTEVERDE, *Incertezze giurisprudenziali nel delimitare la figura dell'incaricato di pubblico servizio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 861. L'Autore ritiene che la persistente tendenza della magistratura ad applicare in chiave estensiva la nozione di incaricato di pubblico servizio sia mossa dalla preoccupazione di fondo di mantenere un controllo penale “forte”, avvertito come irrinunciabile in presenza di una criminalità politico-amministrativa di fatto sempre più diffusa.

<sup>281</sup> Cass. civ., Sez. Un., 5.07. 1982, n. 4002, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, p. 7; Cass. civ., Sez. Un., 25.05.1984, n. 3218, in *Dir. pen. proc.*, 1984, p. 5; Cass. civ., Sez. Un., 18.07.1986, n. 4634, in *Dir. pen. proc.*, 1986, p. 7; Cass. civ., Sez. Un., 28.12.1990, n. 12207, in *Dir. pen. proc.*, 1990, p. 12.

in quanto portatori di finalità pubbliche; tali finalità sono però gestite tramite strumenti di diritto amministrativo e di diritto privato in settori economici ritenuti dalla legge, statale o regionale, di interesse generale, tali da richiedere l'intervento di enti strutturali di promozione, di gestione e di disciplina.

La descrizione in oggetto ben si attaglia all'Ente Fiera Reggio Calabria, di cui si occupa la sentenza, dal momento che secondo il disposto dell'art. 2 della Legge istitutiva n. 13/1986 il predetto ente *“ha lo scopo di organizzare la rassegna internazionale delle attività agrumarie, delle essenze e degli olii, nonché fiere ed esposizioni merceologiche riferite a settori significativi dell'economia meridionale, adottando tutte le iniziative conseguenti allo scopo, per lo svolgimento delle attività culturali, informative e divulgative connesse e che attengono comunque allo sviluppo economico e sociale della Regione”* .

L'attività fieristica ha sicuramente una connotazione di interesse generale, lo stesso significato che possiedono molte altre attività economiche di c.d. “interesse pubblico in senso lato” (basti pensare all'attività bancaria o alle telecomunicazioni), ma nonostante ciò non è sostenibile che il riflesso dell'attività fieristica sul sistema economico nazionale giustifichi l'alterazione della sua sostanza imprenditoriale, legata alla promozione e commercializzazione di prodotti e servizi.

La giurisprudenza ritiene pacificamente che, ai fini della qualificazione di un ente pubblico come *economico*, “ha rilievo il fatto che l'ente svolga la sua attività conseguendone ricavi idonei, almeno tendenzialmente, a coprire i costi e le eventuali perdite, mentre non sono decisivi né il perseguimento di utilità di carattere generale, né la mancanza di un fine speculativo, inteso come conseguimento e distribuzione di utili”<sup>282</sup> .

E' indubbio che l'ente in oggetto abbia svolto una attività economica organizzata improntata a criteri di economicità ed attuata mediante contratti privatistici con gli espositori, contratti caratterizzati, se non dallo scopo del massimo profitto per l'ente, di certo dall'equivalenza tra costi e controprestazioni dei privati.

Da ultimo, va ricordato che sono stati definiti enti pubblici economici tutti gli enti fieristici riconosciuti ai sensi dell'art. 2 R.D.L. n. 454 del 29 gennaio 1934, e questo testo normativo è proprio quello richiamato dall'articolo 3 c. 2 della legge istitutiva

---

<sup>282</sup> Cass. civ., Sez. Un., 3.04.1989, n. 1602, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, p. 4.

dell’Ente Autonomo Fiera di Reggio Calabria n. 13/1986: “ *L’ente è sottoposto alla vigilanza ed al controllo della Regione ai sensi dell’R.D.L. n. 454/1934, convertito nella L. 1607/1934[...]*”.

Alla luce di quanto detto, non si comprende perché la sezione sesta della Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, abbia negato l’indiscussa natura economica dell’ente fiera; ciò contrasta, come visto, con l’unanime giurisprudenza civile in materia, e non sembra trovare una apparente valida giustificazione<sup>283</sup>.

Sorvolare sulla struttura “ibrida” dell’ente autonomo fiera è forse un modo per non far emergere le peculiari problematiche connesse a tale settore come quelle riguardanti una giurisprudenza riottosa alla applicazione del solo criterio oggettivo–funzionale in tema di qualifiche soggettive.

### **6.1. Alcune implicazioni derivanti dal diritto comunitario**

Le riflessioni appena svolte sulla figura dell’ente fiera e la mancata riconduzione dello stesso, da parte della sezione sesta penale della Cassazione, nel settore degli enti pubblici economici, come invece sembra suggerire la giurisprudenza civile, impongono alcune brevi riflessioni su interessanti implicazioni derivanti dal diritto comunitario.

Come visto in precedenza, non si spiega il ragionamento dei giudici che, nella sentenza appena commentata, negano la natura imprenditoriale dell’ente fiera, ritenendola ostativa al riconoscimento di profili pubblicistici.

Se la natura “mista” di un’istituzione risulta problematica all’interno del nostro ordinamento, e ciò si evidenzia soprattutto nell’impatto con la prassi, a livello comunitario la realtà è ben diversa, poiché si è sviluppata una nozione estensiva e “funzionale” degli organismi “pubblicistici”, che ha sancito l’irrilevanza della forma giuridica di un ente ai fini della sua qualificazione.

---

<sup>283</sup> Negano lo svolgimento di una attività di impresa in capo all’ente fiera anche Cass. Pen., VI, 16.01.1997, n. 3403, in *Giust. pen.*, 1997, p. 624; Cass. Pen., VI, 10.06.1993, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, p. 30. Conferma la tesi e riconduce, esplicitamente, la natura pubblicistica alla sussistenza di indici sintomatici Cass. Pen., VI, 1.12.1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1532 (con nota di G. VICICONTE, *Contrasti interpretativi e spunti di diritto comunitario in tema di qualifiche soggettive nei reati contro la p.a.*).

Il concetto di riferimento, per comprendere meglio questo passaggio, è rappresentato dal c.d. “organismo di diritto pubblico”, menzionato nel quadro della disciplina sugli appalti pubblici di rilevanza comunitaria.

La definizione di questo soggetto era, originariamente, contenuta all’interno dell’art. 1 punto b), comma 2, della Direttiva 93/37/CEE; tale provvedimento è stato, però, abrogato per effetto della successiva Direttiva 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi). Ora la medesima descrizione è contenuta all’interno dell’art. 1 n. 9, comma 2, dal quale risulta che l’organismo di diritto pubblico è: “qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure, la cui gestione sia soggetta da un controllo da parte di questi ultimi, oppure, il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”<sup>284</sup>.

La nozione riportata è assai ampia ed è idonea a ricomprendere al suo interno qualsiasi ente pubblico autarchico (o amministrativo), mentre è incerto se essa possa annoverare le c.d. *imprese pubbliche*, siano esse persone giuridiche pubbliche (enti pubblici economici) – come per esempio l’ente fierav – o persone giuridiche private (società a prevalente capitale pubblico)<sup>285</sup>.

Queste ultime, in particolare, assumono la veste formale di una impresa privata, teleologicamente preordinata, però, al soddisfacimento di interessi pubblici e in questo senso svolgono una funzione strumentale rispetto ai fini istituzionali dell’amministrazione<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Legislazione attinta dalla banca dati giuridica <http://www.dejure.it/>

<sup>285</sup> La nozione di “impresa pubblica” è un *genus* idoneo a ricomprendere al suo interno quelle figure organizzative che tradizionalmente vengono qualificate come enti pubblici economici, aziende pubbliche, nonché s.p.a. a prevalente capitale pubblico; tutte quelle figure, cioè, che svolgono attività di impresa con strumenti gestionali e operativi privatistici e che sono riconducibili, quanto a proprietà, organizzazione o altro, ad un soggetto pubblico. G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 839.

<sup>286</sup> F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 255.

Nel nostro ordinamento, sulla questione della riconducibilità di queste “società miste” entro i confini di un organismo di diritto pubblico, si fronteggiano, da tempo, due correnti di pensiero ormai consolidate: secondo una prima tesi, definita “gestionale”, tali strutture organizzative non possono essere ricomprese nella definizione offerta dalla direttiva 2004/18/CE, poiché la natura commerciale, l’organizzazione imprenditoriale, l’uso di strumenti propri del diritto privato e la causa lucrativa non si concilierebbero con il requisito sostanziale suddetto, ovvero il soddisfacimento di bisogni di interesse generale a carattere non industriale e commerciale<sup>287</sup>.

A ciò si contrappone una seconda teoria, c.d. “finalistica”, che ritiene, invece, come il legislatore comunitario, per assicurare un migliore assetto concorrenziale del mercato unico, abbia esteso la nozione di organismo di diritto pubblico anche a soggetti che, seppur non appartenenti “naturalmente” all’apparato amministrativo, siano comunque coinvolti nelle attività preordinate alla cura degli interessi della collettività<sup>288</sup>.

Questa impostazione è quella privilegiata dalla giurisprudenza comunitaria che ritiene come le attività socialmente utili possano essere esercitate anche per il tramite di strutture imprenditoriali; tale forma di gestione, peraltro, costituisce solo uno strumento per il raggiungimento di finalità generali che non altera, né modifica l’essenza pubblicistica della funzione svolta<sup>289</sup>.

Il criterio è stato accolto dalla Corte di Giustizia che ha inquadrato nella categoria di organismo pubblico ora un ente pubblico economico, ora una società di

---

<sup>287</sup> In tal senso tra le altre: Cass. Civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Giur. it.*, 1995, p. 494 (con nota di L. CANNADA BARTOLI, *Servizi locali mediante società per azioni*) e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1062 (con nota di G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*); Cass. Civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4992, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 636; Cass., sez. un., 27 marzo 1997, n. 2738, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1114; Cass., sez. un., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Giur. it.*, 1999, p. 262.

<sup>288</sup> Criticano l’impostazione della Corte di Cassazione: L. LA MARCA, *Gli appalti pubblici di servizi e l’attività bancaria*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 13 ss.; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 347 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*, Milano, 1998; ID., *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi di giurisdizione*, in *Arb. e app.*, 1998, p. 241.

<sup>289</sup> F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit., p. 258.

capitali a prevalente partecipazione pubblica, così operando una sovrapposizione, di fatto, tra la nozione di organismo di diritto pubblico e quella di impresa pubblica<sup>290</sup>.

Da quanto detto finora appare evidente come nel diritto comunitario non si attribuisca rilievo decisivo alla qualità dell'ente e, quindi, alla distinzione tra ente pubblico ed ente privato: ciò che rileva è solo la "funzionalizzazione" dell'attività concreta svolta dal soggetto all'interesse generale.

Dunque, il carattere "non industriale o commerciale" richiamato dalla direttiva comunitaria per descrivere l'organismo di diritto pubblico costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di "bisogni di interesse generale" e non l'attività esercitata<sup>291</sup>.

Chiarito questo punto, si comprende perché, nell'ottica comunitaria, anche attività di natura economica possano soddisfare bisogni non economici; condividere questo assunto, che risulta, peraltro, coerente che le moderne logiche di mercato, oltre che in linea con il principio di libera concorrenza (motore del fenomeno delle privatizzazioni), consente di avvertire come molto meno problematica, sul piano pratico, la commistione pubblico-privato nella gestione di interessi collettivi.

---

<sup>290</sup> Tra le prime pronunce si ricorda la sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH (causa C-44/1996) del 15.01.1998, dove il supremo organo giurisdizionale europeo è stato chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità della disciplina comunitaria relativa agli appalti pubblici di lavori alla tipografia di Stato austriaca, cui la legge nazionale attribuisce lo status di ente pubblico economico esercente attività commerciale. Nella successiva decisione del 15.11.1998, nella causa C 360/1996 Gemeente Arnhem e Rheden c. BFI Holding BV, la controversia sottoposta al giudizio della Corte di Giustizia riguardava una s.p.a., a capitale integralmente pubblico, appositamente costituita da due comuni olandesi per svolgere operazioni di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

<sup>291</sup> S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 275.

## SEZIONE TERZA

### LE QUALIFICHE SOGGETTIVE RESIDUALI: L'ESERCENTE UN SERVIZIO DI PUBBLICA NECESSITA' E IL FUNZIONARIO DI FATTO

#### Introduzione

Nella prima parte di questa terza, ed ultima, sezione del capitolo verranno indagate due qualifiche soggettive residuali, l'una compiutamente codificata e l'altra comunemente ammessa, benché frutto di istanze politico criminali.

La prima riguarda l'esercente un servizio di pubblica necessità: qualifica, invero, caratterizzata da una ridotta elaborazione dottrinale e da un limitato intervento della giurisprudenza.

Se, indiscutibilmente, viene definita come “pubblicistica”, essa presenta, tuttavia, una natura “mista”, in quanto, è “privata” in merito all'essenza dell'attività svolta e alla sua disciplina, mentre ha un carattere pubblico per ciò che attiene la rilevanza sottesa all'attività stessa.

Alcuni discutono sull'opportunità di mantenere in vigore la qualifica di esercente un servizio di pubblica necessità soprattutto perché, oggi, le ragioni storiche che ne hanno determinato l'esistenza sembrano, in parte, venute meno.

Inoltre, la norma di riferimento – l'art. 359 c.p. - soffre di alcune incertezze “congenite” che concernono la sua stessa formulazione: la distinzione in base alla natura dell'atto rimanda, infatti, al concetto di “abilitazione” che è però dogmaticamente incerto, oltre che contraddetto dalla natura costitutiva degli atti con cui il legislatore ammette che la p.a. possa dichiarare, in via residuale, la necessità pubblica dell'attività.

Forse proprio per questo insieme di ragioni l'art. 359 c.p. risulta di gran lunga meno significativo rispetto agli articoli 357 e 358 c.p., ma vale comunque la pena illustrarlo, per dovere di completezza, e anche perché recentemente ha sollevato alcune dispute giurisprudenziali.

Nella seconda parte, si tratterà, invece, la figura del “funzionario di fatto”: il suo riconoscimento si coglie anche e soprattutto in relazione ad esigenze di politica criminale e si giustifica nella necessità di preservare gli interessi di quel privato che,

rivolgendosi alla p.a., fa incolpevolmente affidamento nell'agire dei suoi funzionari, anche quelli che non sono stati formalmente nominati o la cui investitura risulta viziata.

Si tratta di una qualifica che può essere riferita sia al pubblico ufficiale che all'incaricato di un pubblico servizio e che si giustifica, unicamente, aderendo alla opzione legislativa favorevole al criterio oggettivo-funzionale.

E', pertanto, con riguardo all'agente di fatto che la predetta teoria ha trovato piena applicazione ed è, quindi, qui che si è assistito finalmente ad una convinta adesione alle istanze accolte dalla riforma, volte a far retrocedere il principio di autorità per far avanzare un concetto di funzione e di servizio pubblico più conforme ai profili costituzionali di uno Stato democratico.

### **1.1. La nozione di esercente un servizio di pubblica necessità**

L'art. 359 c.p. distingue due diverse categorie di persone esercenti un servizio di pubblica necessità, la norma statuisce, infatti, che: *“Agli effetti della legge penale sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:*

*1) i privati che esercitano professioni legali o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando all'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;*

*2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione”.*

Alla nozione di esercente un servizio di pubblica necessità si potranno ascrivere, dunque, quelle attività utili alla collettività che per essere svolte da un privato secondo regole civilistiche, si differenziano sia dalla pubblica funzione che dal pubblico servizio, i quali si inquadrano, invece, nel settore delle attribuzioni assoggettate a una disciplina pubblica.

Questa nozione non è stata modificata dalla legge di riforma n. 86/90 e, pertanto, è ancora quella risalente al testo originario del codice; la sua funzionalità alla tutela penale dell'economia e del sindacalismo corporativo la rende erede di un'epoca ormai trascorsa e ciò giustifica la scarsa attenzione nei suoi confronti. Conferma il carattere



residuale della figura in oggetto anche il numero di nome in cui se ne parla: un numero modesto se confrontato con quello delle disposizioni in cui compaiono p.u. e i.p.s.<sup>292</sup>

In realtà, questa terza qualifica si avvicina molto ai contenuti dell’art. 358 c.p. e le due figure sono realmente prossime poiché le reciproche peculiarità si incentrano sulla distinzione tra pubblico servizio e servizio di pubblica necessità: la differenza invero è stata riassunta nell’alternativa concessione /autorizzazione.

Se, infatti, l’incaricato di pubblico servizio è colui che esercita una attività propria della p.a. che a questa rimane riferibile anche quando “concessa” ai privati, il servizio di pubblica necessità descritto nell’art. 359 c.p. si sostanzia in mansioni aventi natura privata, svolte da soggetti privati, ma assoggettate ad un atto autorizzatorio della p.a.<sup>293</sup>

Proseguendo nelle considerazioni introduttive, si osserva come la nozione in parola, nonostante l’uso di una formulazione elencativa tipica della legislazione *pre* riforma, sembra essere ancorata a connotati di carattere oggettivo<sup>294</sup>: l’esercizio del particolare servizio è, infatti, obiettivamente caratterizzato da un rilievo, da un bisogno, da un interesse pubblico; tuttavia, analizzando il testo della norma, ci si rende conto che, a ben vedere, potrebbe palesarsi anche un parziale richiamo al criterio soggettivo di appartenenza nell’individuazione della qualifica pubblicistica dell’agente.

Il primo dato significativo è, infatti, rappresentato dall’esercizio di “professioni forensi o sanitarie o altre professioni” *vietate senza una speciale abilitazione dello Stato*.

L’appartenenza ad una categoria professionale vincolata al diretto riconoscimento statale sembra essere, quindi, il criterio fondante per l’identificazione dell’agente<sup>295</sup>.

Coloro che contestano tale interpretazione sottolineano che è, comunque, solo il riferimento al tipo di attività concretamente svolta l’elemento determinante per

---

<sup>292</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 41.

<sup>293</sup> A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, cit., p. 129; B. ROSINI, *Il pubblico ufficiale*, cit., p. 106; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 322; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 24 (gli Autori ritengono necessario che l’atto di autorizzazione dichiari il servizio come di “pubblica necessità” o si fondi su legge o altro atto amministrativo che contenga tale dichiarazione).

<sup>294</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Pt. speciale*, cit., p. 179

<sup>295</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 74.

l'attribuzione della qualifica e la sua importanza si coglie, in particolare, in quei casi in cui è necessario distinguere l'esercizio, da parte dei predetti soggetti, di mansioni riconducibili ad un servizio di pubblica necessità rispetto a quelle proprie di una pubblica funzione o di un pubblico servizio<sup>296</sup>.

Questa eventualità riguarda, soprattutto, le professioni forensi e mediche, su cui ora vale la pena soffermarsi per accertare l'obiettivo destinazione degli atti a tutela degli interessi della difesa e della salute.

### ***1.1.1. L'art. 359 c.p.: la professione forense, quella sanitaria e le altre professioni "abilitate" tra dimensione privatistica e rilievo pubblicistico***

La norma, nell'indicare coloro che svolgono un servizio di pubblica necessità, fa innanzitutto riferimento a due precise categorie professionali: quella forense e quella sanitaria: alla prima appartengono sicuramente l'avvocato e il procuratore legale, mentre meno circoscritto appare il numero di coloro che possono rientrare nella seconda.

In ordine alla figura del difensore è sorto un dibattito che solo recentemente è approdato ad una soluzione: se è vero che tale professionista, allorché esercita il proprio ministero nel processo penale, riveste la qualifica di persona esercente un servizio di pubblica necessità - atteso che il suo ruolo nel procedimento si riferisce essenzialmente alla cura e alla tutela degli interessi processuali dell'imputato o di altra parte privata<sup>297</sup> -

---

<sup>296</sup> Sul punto già P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 137.

<sup>297</sup> Cass. Pen., VI, 29.05.1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 454. Conformi Cass. Pen., V, 28.04.2005, n. 22496, in *Cass. pen.*, 2006, p. 889 (fattispecie in cui la Corte ha escluso che la mancanza di abilitazione al patrocinio davanti alle magistrature superiori incida sulla configurabilità del reato di falsità ideologica ex art. 481 c.p., attesa comunque l'abilitazione dell'imputato all'esercizio della professione forense). Nello stesso senso Cass. Pen., II, 26.11.2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3411 (secondo cui la falsa attestazione di una procura *ad litem* e la falsa attestazione della autenticità di detta sottoscrizione comportano, a carico del difensore, la configurabilità, rispettivamente, del reato di falso in scrittura privata (art. 485 c.p.) e di quello di falsità ideologica commessa da persona esercente un servizio di pubblica necessità (art. 481 c.p.), dovendosi escludere, con riguardo alla seconda di dette falsità, che essa sia invece qualificabile come falsità ideologica in atto pubblico commessa da pubblico ufficiale laddove essa si sostanzia, come di norma, nella mera declaratoria di genuinità della firma - *Contra* il parere delle Sezioni Civili della Cassazione che riconoscono a questa funzione del difensore una natura essenzialmente pubblica attribuendogli, per questo, la qualità di p.u.. Sul punto v. Cass. Civ., sez. lav., 16.04.2003, n. 6047 in *Giust. Civ. Mass.*, 2003 (La funzione del difensore di certificare l'autografia della sottoscrizione della parte, ai sensi degli art. 83 e 125 c.p.c., pur trovando la sua base in un negozio giuridico di diritto privato (mandato), ha natura essenzialmente pubblicistica, atteso che la dichiarazione della parte, con la quale

altro *status* e, conseguentemente, altro titolo di responsabilità penale gli andrebbe, invece, attribuito nell’esercizio delle c.d. indagini difensive introdotte con la l. 7 dicembre 2000, n. 397.

Sul punto la giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo interrogate: l’attribuzione della qualifica di cui all’art. 357 c.p. veniva, da alcuni, osteggiata affermando che, da un punto di vista tecnico, l’attività di indagine consentita al professionista rappresentasse una mera “facoltà” per di più intrapresa, esclusivamente, all’interno del rapporto contrattuale privato che lega avvocato e assistito; inoltre, si riteneva che il riconoscimento di uno *status* pubblicistico in capo al difensore, così collocato sullo stesso piano dell’accusa, ne snaturasse la figura di patrono di parte, “colorandola” di un interesse generale, inconciliabile con la sua primaria funzione di tutore degli interessi individuali<sup>298</sup>.

Al contrario, vi era chi riteneva pienamente applicabile lo statuto della p.a. al libero professionista nell’esercizio delle predette indagini difensive; infatti, egli, raccogliendo le informazioni da un soggetto estraneo al rapporto di mandato e verbalizzandole in un atto avente valore processuale di prova, svolgeva un’attività connotata dalle caratteristiche della pubblica funzione giudiziaria ed assumeva, pertanto, a pieno titolo, la qualifica di pubblico ufficiale<sup>299</sup>.

---

questa assume su di sé gli effetti degli atti processuali che il difensore é legittimato a compiere, é destinata a dispiegare i suoi effetti nell’ambito del processo. Ne consegue che il difensore, con la sottoscrizione dell’atto processuale e con l’autentica della procura riferita allo stesso, compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualità di pubblico ufficiale, la cui sottoscrizione può essere disconosciuta soltanto con la querela di falso).

<sup>298</sup> Per una critica v. M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 12; S. DEL CORSO, *Uno “spettro” si aggira nel palazzo di giustizia, l’avvocato pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, p. 207 ss; G. INSOLERA, *“L’innaffiatore innaffiato”, ovvero la tutela penale delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1419; A. MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1281; F. COPPI, *Recuperare un giusto rapporto fra diritto sostanziale e processo*, in *Legisl. Pen.*, 2001, p. 472.

<sup>299</sup> Tra le prime pronunce sul punto che aderiscono a tale impostazione v. Gip Torino, 19.05.2003, in *Giur merito*, 2004, p. 1173 (con nota di F. CERQUA – M. PELLACANI, *Lo status del difensore nello svolgimento delle indagini difensive: pubblico ufficiale o persona esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1180); Gip Torino, 26.02.2003 in *Cass. pen.*, 2004, p. 57 (con nota di F. RUGGIERO, *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*); G.i.p. Macerata, 14.11.2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 705. In dottrina, G. IADECOLA, *Le nuove indagini investigative da parte dell’avvocato*, in *Giur. merito* 2001, p. 548; A. MONTAGNA, *Indagini difensive: infedele verbalizzazione e configurabilità del falso ideologico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1467.

La questione è stata, definitivamente, risolta con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che nella sentenza 28 settembre 2006 hanno stabilito come il difensore assuma, effettivamente, la veste di pubblico ufficiale nella raccolta della prova dichiarativa *ex art. 391 bis c.p.p.* (e ciò comporta il delinarsi del reato di falso ideologico in atto pubblico in caso di verbalizzazione infedele delle dichiarazioni ricevute)<sup>300</sup>.

Se si tratta di una decisione plausibile e conforme ai contenuti della l. n. 397/2000, essa, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che il primario dovere di correttezza del difensore si rinviene nell'esercizio di un'attività privata per antonomasia liberale<sup>301</sup>.

Proseguendo nello studio, la seconda categoria espressamente richiamata nel n. 1 dell'art. 359 c.p. è quella sanitaria.

L'inquadramento giuspenalistico degli esercenti questa professione risulta problematico innanzitutto perché, nell'esercizio della attività medica, spesso si possono rinvenire contemporaneamente gli estremi di una pubblica funzione, di un pubblico servizio, o di un servizio di pubblica necessità.

A seconda di come può essere classificato l'operatore sanitario diverse sono le conseguenze, sia per quanto attiene la configurabilità di fatti penalmente rilevanti, sia per quanto riguarda la gravità dei reati commessi e, quindi, l'applicabilità delle connesse sanzioni.

La giurisprudenza si è prevalentemente occupata di ipotesi di falso documentale e, come ben sappiamo, nel falso ideologico, le attestazioni non veritiere provenienti dal medico soggetto privato quale esercente un servizio *ex art. 359 c.p.* comportano una responsabilità per il reato di cui all'art. 481 c.p., mentre nell'eventualità in cui l'agente rivesta le qualifiche degli artt. 357 e 358 c.p. troveranno applicazione i diversi artt. 479 o 480 c.p. (analoghe considerazioni possono, del resto, essere fatte per quanto riguarda i

---

<sup>300</sup> Cass. Pen., S. U., 28.09.2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3985. Il Supremo Collegio muove dal presupposto che, se è vero che il legislatore all'art. 359 c.p. qualifica il difensore come soggetto privato esercente un servizio di pubblica necessità, deve, tuttavia, ritenersi che egli rediga un atto pubblico allorquando proceda alla formazione del verbale in cui convergano le informazioni ricevute ai sensi degli artt. 391-*bis* e 391-*ter* del codice di rito e che l'eventuale falso ideologico sia sanzionabile ai sensi dell'art. 479 c.p. e non dell'art. 481 c.p. Per un approfondimento v. A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 347.

<sup>301</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 322.

delitti di falsità materiale, in ordine ai quali la diversa qualifica posta in capo al soggetto determinerà l’operatività dell’art. 485 c.p. rispetto a quella degli artt. 476 o 477 c.p.).

Nello specifico caso, per esempio, del sanitario “autorizzato” che abbia rilasciato dei certificati di idoneità psico-fisica alla guida - non avendo, però, sottoposto ad alcun esame il richiedente -, alcune sentenze hanno preferito negare al soggetto la qualifica di pubblico ufficiale.

In proposito si è argomentato che l’attività svolta è estranea alle attribuzioni d’ufficio inerenti il rapporto intercorrente con la p.a., essendo compiuta esclusivamente nell’esercizio della professione sanitaria; pertanto i certificati di idoneità rilasciati non si inquadrano nella categoria degli atti pubblici, ma in quella dei certificati redatti da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, la cui falsificazione è punita a norma dell’art. 481 c.p.<sup>302</sup>.

Tuttavia, altre pronunce, nello stesso identico caso, non hanno esitato a condannare il sanitario in qualità di pubblico ufficiale<sup>303</sup>.

In realtà, l’orientamento tuttora prevalente in seno al Supremo Collegio è quello che riconosce, nell’attività prestata dai sanitari, gli estremi dell’esercizio di un pubblico servizio o di una pubblica funzione, limitando, di fatto, l’operatività dell’art. 359 c.p. al solo caso in cui la professione sia svolta al di fuori di un qualsiasi rapporto con le strutture pubbliche.

Anche prima della riforma del 1990 le Corti territoriali condividevano tale assunto e in questo senso si comprende l’attribuzione al medico “convenzionato” con le “vecchie” U.s.l. della qualifica di pubblico ufficiale: “[...] egli, pur non entrando a far parte della struttura dell’ente pubblico assistenziale come pubblico impiegato, e conservando perciò la qualità di libero professionista, è investito, nella esplicazione della sua attività professionale nell’ambito della convenzione, dei poteri di formare la volontà dell’ente pubblico, del quale concorre alla realizzazione dei fini istituzionali, impegnandolo mediante il rilascio di ricette, l’erogazione di farmaci e terapie secondo

---

<sup>302</sup> Cass. Pen., V, 29.03.1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 295.

<sup>303</sup> Cass. Pen., V, 3.10.1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 742; Cass. Pen., V, 17.12.1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1137.

modalità e condizioni prescritte, al fine di evitare abusi e condizionandone le determinazioni in materia assistenziale”<sup>304</sup>.

Nell’analizzare il settore delle “convenzioni” occorre ricordare, però, che nel corso degli anni è mutata la disciplina normativa inerente al rapporto di lavoro tra il medico convenzionato e le U.s.l., ora Aziende Sanitarie Locali: oggi, infatti, il regime è privatistico ai sensi del d.lg. n. 29/1993, ulteriormente modificato e ora trasfuso nel d.lg. n. 165/2001.

Questo dato è stato adeguatamente preso in considerazione e si ritrova nel mutato orientamento in tema di falso apposto sul cartellino marcatempo o nei fogli di presenza del medico ospedaliero.

Se per lungo tempo la condotta integrava il delitto di falso ideologico in atto pubblico, secondo una decisione delle Sezioni Unite dell’11 aprile 2006 tale reato non sussiste più in quanto si è affermato che l’attestazione non coinvolge minimamente le funzioni pubbliche ricoperte, né contiene dichiarazioni o volontà riferibili alla p.a., bensì reca unicamente una attestazione che inerisce solo indirettamente e mediatamente al regolare svolgimento del servizio, ma direttamente al rapporto di lavoro del sanitario dipendente con la A.s.l. e vale a determinare la retribuzione<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> Trib. Milano, 29.09.1983, in *Rass. dir., farmaceutico*, 1985, p. 753. Tali argomentazioni sono state confermate dalla Corte di Cassazione nella pronuncia delle Sezioni Unite 27.03.1992, in *Riv. pen. ec.*, 1993, p. 534 (Il medico che presta la sua opera libero-professionale per una casa di cura convenzionata, in virtù di un rapporto di natura privatistica, è pubblico ufficiale, in quanto partecipa delle pubbliche funzioni che l’Usl svolge per il tramite della struttura privata mediante la convenzione. Egli agisce così per la p.a., concorrendo a formare ed a manifestare la volontà in materia di pubblica assistenza sanitaria, nonché esercitando in sua vece poteri autoritativi. Esercita peraltro anche poteri certificativi con riferimento alla compilazione non solo della cartella clinica, ma anche di ricette, impegnativi di cura e di ricoveri ed attestazioni di malattie rilevanti nei rapporti di lavoro pubblici e privati, nonché nello “status” assistenziale o previdenziale del paziente). Conferma, tra le tante, Cass. Pen., 22.02.2007, n. 35836, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3719; Cass. Pen., 9.03.2005, n. 12827, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3675. La giurisprudenza richiamata ha, tra l’altro, affermato che la qualità di pubblico ufficiale non è stata esclusa dal successivo assoggettamento del rapporto di pubblico impiego alle regole del rapporto di lavoro privato. Alcune pronunce hanno, invece, riconosciuto al medesimo sanitario convenzionato la qualifica di i.p.s. sul rilievo che il medico generico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, possiede solo poteri di certificazione (oltre che compiti terapeutici e diagnostici a norma degli accordi collettivi nazionali); sul punto v. Cass. Pen., 19.12.1990, in *Foro it.*, 1992, p. 29 (Il medico convenzionato con l’INAIL ed incaricato semplicemente della redazione dei certificati di infortunio non può considerarsi pubblico ufficiale, ma semplice incaricato di pubblico servizio, poiché è privo dei poteri autoritativi che sono richiesti dall’art. 357, nuovo testo, c.p. congiuntamente a quelli certificativi per la configurabilità della qualifica).

<sup>305</sup> G. IADECOLA, *Attività professionali e reati di falso*, in *Giur. merito*, 2009, p. 863.

La dottrina non ha, comunque, mancato di sottolineare sempre, in chiave critica, la natura privatistica del rapporto di convenzione sottostante e la circostanza che il potere certificativo attribuito ai sanitari non va confuso con la potestà di emanare atti pubblici facenti o meno fede fino a querela di falso; le attestazioni normalmente rilasciate da questi soggetti sarebbero, infatti, mere scritture private<sup>306</sup>.

La stessa giurisprudenza, poi, in alcune occasioni, si è fatta portavoce di questo orientamento contrario, seppur fondandolo su argomentazioni “discutibili” e contraddittorie<sup>307</sup>.

Ulteriori perplessità sono, poi, sorte in seguito alla intervenuta possibilità per i sanitari di esercitare la professione “*intra moenia*”, vale a dire privatamente, ma usufruendo materialmente di strutture e servizi messi a disposizione dalla A.s.l. di appartenenza.

Sul punto la Corte di Cassazione si è espressa in termini abbastanza ambigui.

In un primo tempo essa ha sostenuto con forza l’imprescindibilità del regime privatistico di appartenenza: “Il primario ospedaliero nello svolgere nell’ambito della struttura ospedaliera attività libero-professionale (cosiddetta “*intra moenia*”) consentitagli dal D.P.R. n. 270 del 20 maggio 1987, non riveste la qualifica di pubblico ufficiale né di incaricato di un pubblico servizio. Egli, invero, nell’esplicare la suddetta attività si limita a mansioni di natura tecnica, senza concorrere in alcun modo a formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione; d’altro canto le prestazioni in questione non risultano in alcun modo regolate da norme pubbliche”<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> E. M. AMBROSETTI, *Riforma sanitaria e qualifiche soggettive dei medici agli effetti della legge penale*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 39.

<sup>307</sup> Sul punto v. Trib. Lecce, 5.12.1986, in *Giur. merito*, 1988, p. 151 (la sentenza da un lato esclude la qualità di p.u. del medico convenzionato Usl, poiché nel rapporto difetta il requisito di subordinazione gerarchica indispensabile ad integrare la situazione di pubblico impiego. Ciò per quanto concerne la retribuzione, gli orari, gli adempimenti formale etc., e non in relazione all’attività sanitaria che, come tale, integra pur sempre la qualità di persona incaricata di un servizio di pubblica necessità, ai sensi dell’art. 359 c.p., o quella vera e propria di p.u. (?) allorché è collegata alla potestà certificativa attraverso cui si attua la volontà della pubblica amministrazione.

<sup>308</sup> Cass. pen., VI 12.12.1996 n. 1128, in *Ced Cass.* 1997 (con nota di S. D’ARMA, *La norma “...di diritto pubblico...” (art. 357 c.p.v.. c.p.) quale criterio di qualificazione penalistica dell’attività sanitaria libero-professionale c.d. intra moenia*). Affermando siffatto principio la Cassazione ha escluso la configurabilità del reato di abuso di ufficio con riguardo a comportamento di un primario che, nell’esercizio della libera professione nell’ospedale, si era fatto pagare dal cliente anziché indirizzare lo stesso alla cassa dell’ente. In particolare la Corte Suprema ha rilevato che l’art. 87 citato d.P.R. nello stabilire che il corrispettivo delle visite private “*intra moenia*” debba essere versato a tale cassa non implica disciplina pubblicistica

Successivamente, però, sono state operate delle differenziazioni significative: “L'attività c.d. " *intra moenia* " svolta dal medico ospedaliero all'interno dell'ospedale, consentita dal D.P.R. 20 maggio 1987 n. 270, è sottoposta, nel suo effettivo svolgersi, a regime privatistico. Tuttavia, quando il medico proceda a falsa attestazione, per fini di favore, di accertamenti sanitari in realtà mai effettuati, ricevendo il compenso corrispondente a quello previsto per le visite realmente svolte, non può invocare la natura privatistica del rapporto<sup>309</sup>.

Recentemente, questa diversa classificazione a seconda della attività svolta è stata ulteriormente precisata: “integra il delitto di peculato la condotta del medico il quale, avendo concordato con la struttura ospedaliera lo svolgimento dell'attività libero-professionale consentita dal D.P.R. 20 maggio 1987 n. 270 (cosiddetta " *intra moenia* "), e ricevendo per consuetudine dai pazienti (anziché indirizzarli presso gli sportelli di cassa dell'ente) le somme dovute per la sua prestazione, ne ometta il successivo versamento all'azienda sanitaria. Infatti, per quanto la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio non possa essere riferita al professionista che svolga attività intramuraria (la quale è retta da un regime privatistico), detta qualità deve essere attribuita a qualunque pubblico dipendente che le prassi e le consuetudini mettano nelle condizioni di riscuotere e detenere denaro di pertinenza dell'amministrazione”<sup>310</sup>.

In motivazione la Corte ha chiarito che, nella specie, assumeva rilevanza non già l'attività professionale sanitaria, ma la virtuale sostituzione del medico ai funzionari amministrativi nell'attività pubblicistica di riscossione dei pagamenti.

Proseguendo nell'indagine, all'interno della categoria dei sanitari, oltre al medico, ritroviamo una serie eterogenea di professionisti tra i quali: il veterinario, l'infermiere, la levatrice, l'ostetrica, i tecnici sanitari, il farmacista e via dicendo.

Proprio su quest'ultima figura sono maturate forti perplessità: infatti, occorre precisare che se egli è stato riconosciuto talvolta dalla giurisprudenza quale i.p.s. nello

---

trattandosi di semplice modalità di pagamento rivolta a far pervenire direttamente all'ente la percentuale dovutagli per l'uso consentito al medico delle attrezzature ospedaliere.

<sup>309</sup> Cass. pen., VI, 20.05.1997 n. 2004, in *Cass. pen.* 1998, p. 1642. Nel caso di specie il primario ospedaliero redigeva false certificazioni relative a visite intramurarie mai effettuate che consegnava, ricevendone un compenso corrispondente alle visite effettive, a un collega che le utilizzava per commettere reati di truffa in danno di compagnie assicuratrici.

<sup>310</sup> Cass. pen., VI, 6.10.2004 n. 2969, in *Ced Cass.*, 2005.



svolgimento di particolari mansioni<sup>311</sup>, la sua attività, nonostante i vincoli e i controlli esercitati dall'autorità amministrativa, pare mantenere una natura squisitamente privatistica<sup>312</sup>.

Sembrano, quindi, riproporsi le stesse riflessioni viste per l'esercizio dell'attività medica *intra moenia*: la diversa accezione, privatistica o pubblicistica, della qualifica rivestita dipenderanno dalla natura della mansione svolta e, quindi, dal fatto che in quel preciso momento il sanitario agisca in qualità di libero professionista o piuttosto in sostituzione alla p.a. nell'espletamento di alcune sue funzioni.

Se tale ragionamento è condivisibile in quanto conferma, almeno nelle intenzioni, il criterio oggettivo-funzionale, l'identificazione esatta di questi diversi momenti e le motivazioni, di volta in volta, addotte a sostegno dai giudici non sembrano convincenti.

Nei casi in cui l'esistenza di una “convenzione” con il servizio sanitario nazionale è stata ritenuta sufficiente per riconoscere profili di “pubblicità” nell'esercizio di una professione che di per sé risulta soggetta a disciplina privatistica (non dimenticando che lo stesso legame instauratosi, in questi casi, tra privato e p.a. si sostanzia in un rapporto contrattuale), non si può negare l'apporto di istanze soggettivistiche; la formale dipendenza con l'ente pubblico assume valore indiscusso nel riconoscere l'operatività degli artt. 357 e 358 c.p. e si arriva ad affermare che solo laddove non si rinviene tale vincolo si potrà invocare l'art. 359 c.p.

Contraddittorie sono, peraltro, anche le pronunce che si sono occupate del professionista, sempre dipendente del servizio sanitario nazionale, che utilizzi strutture e spazi “pubblici” per visite private a pagamento: se in questi casi non si può negare che l'esercizio della attività in sé, svolta “fuori servizio”, sia sottoposto a disciplina comune, ugualmente si finisce per rivendicare in capo al medico una qualche funzione pubblica (come, ad esempio, all'atto della riscossione del pagamento, o nella redazione di una certificazione), per potergli attribuire sanzioni più pesanti.

---

<sup>311</sup> Cass. pen., 24.04.1991 in *Giust. pen.*, 1992, p. 87.

<sup>312</sup> Sul punto v. M. GOLA, voce “Farmacia e farmacisti”, in *Dig. Disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 231, il quale sottolinea la duplice veste, intellettuale e imprenditoriale, del farmacista; G. LANDI, voce *Farmacia*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 836.

In sostanza, sembra proprio che il parametro normativo di delimitazione esterna non venga adeguatamente impiegato: l'assenza di una disciplina pubblicistica non risulta idonea da sola ad accertare la natura privata dell'attività svolta e nelle pronunce sembrano riecheggiare, più che altro, indici incentrati sul diverso interesse pubblico, di volta in volta, coinvolto; sembra quasi che il pericolo di un vuoto di tutela giustifichi soluzioni fin troppo discrezionali e affini alla censurata prassi giurisprudenziale *pre* riforma.

Concludendo la trattazione della figura dell'esercente un servizio di pubblica necessità, vi è da dire che l'art. 359 c.1 n.1) richiama al suo interno “*altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia obbligato a valersi*”.

Ci si riferisce essenzialmente alla figura dell'ingegnere<sup>313</sup>, dell'architetto, del commercialista, del geometra<sup>314</sup> e in proposito è stata sottolineata la necessità di far riferimento ad una “libera professione” e non a un'arte o a un mestiere – spesso ugualmente soggette ad abilitazione –<sup>315</sup>.

In merito all'ulteriore requisito necessario ai sensi dell'art. 359 c.p., e relativo all'obbligo per gli interessati di avvalersi del professionista, parte della dottrina ritiene che si tratti di un requisito solo apparente, in quanto già contenuto nella prescrizione della abilitazione; altra parte sostiene, poi, che tale inciso non si possa riferire né alla

---

<sup>313</sup> Cass. Pen., V, 7.12.2007, n. 3146, in *Resp. Civ e prev.*, 2009, p. 1119 (in specie è stato affermato che l'ingegnere incaricato di predisporre il progetto per il rilascio di una concessione edilizia deve considerarsi persona esercente un servizio di pubblica necessità. Si tratta, infatti, di atti professionali che per legge devono essere prodotti a corredo della domanda di concessione edilizia e che sono vietati a chi non sia autorizzato all'esercizio della professione specifica individuata dalla legge). Conformi: Cass. Pen., S. U., 28.06.2007, in *Cass. pen.*, 2008, p. 93; Cass. Pen., III, 21.03.2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 185.

<sup>314</sup> Cass. Pen., 23.04.1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 54; Trib. Torino, 22.10.1981, in *Giur. it.*, 1982, p. 362 *Contra*: Cass. Pen, sez. feriale, 23.08.2002, n. 38474, in *Cass. pen.*, 204, p. 2815 (la falsità della planimetria redatta da un geometra, e presentata dal committente a corredo di una propria istanza di condono edilizio avanzata ai sensi dell'art. 39 c.4 l. 23.12.1994, n. 724, non comporta la sussistenza del delitto di falso ideologico in certificazione rilasciata da privato esercente un servizio di pubblica necessità, in quanto la legge, consentendo di allegare all'istanza di condono, in luogo dei disegni tecnici, una dichiarazione resa dal richiedente ai sensi dell'art. 4 l. 4.01. 1968, n. 15, non obbliga il pubblico a valersi dell'opera del professionista abilitato dallo Stato). Conforme: Cass. Pen., 31.01.2007, n. 7664, in *Ced. Cass. pen.*, 2007.

<sup>315</sup> A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 19.

professione sanitaria, né a quella forense: esso servirebbe, piuttosto, ad operare una delimitazione con riguardo solo alle ulteriori attività descritte<sup>316</sup>.

Sembra, tuttavia, preferibile una interpretazione “estensiva”: l’obbligo “per legge” di avvalersi del professionista si riferisce, infatti, alla situazione in cui un soggetto, in presenza di una particolare esigenza, non possa, per la cura del proprio interesse, ricorrere a persona che non rientri tra quelle abilitate ed è solamente con riguardo ad incombenze “normativamente regolate” che acquista senso l’assunzione, da parte del professionista, della qualifica soggettiva in esame<sup>317</sup>.

La seconda parte della norma descrive, da ultimo, il privato che presta un servizio di pubblica necessità nello svolgimento di una attività assoggettata a disciplina pubblicistica, la quale, però, si differenzia sia dalla pubblica funzione che dal pubblico servizio.

La sfumatura pubblicistica dell’attività in esame si ravvisa nella presenza di un *atto amministrativo* che la configura, espressamente, come svolgimento di un servizio di pubblica necessità<sup>318</sup>.

Come abbiamo avuto modo di precisare sin all’inizio, tradizionalmente, si ritiene che l’atto in parola abbia la natura di un’autorizzazione, con la quale, diversamente dalla concessione, la p.a. non attribuisce un proprio potere al privato, ma si limita a rimuovere gli ostacoli di ordine pubblicistico a che il soggetto eserciti quell’attività.

La previsione di un atto amministrativo, che dichiara il servizio di pubblica necessità, come costitutivo della qualifica soggettiva ha creato non pochi problemi di interpretazione soprattutto nel settore delle “licenze”, ma tuttora controverso risulta anche il riconoscimento *ex art. 359 c.p.* dell’assicurazione obbligatoria contro rischi della responsabilità civile da circolazione dei veicoli.

Dottrina autorevole concorda nel ritenere che, sebbene la l. n. 990/1969 preveda come obbligatoria la stipulazione dei relativi contratti sia per gli utenti che per le

---

<sup>316</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 141; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Pt. spec.*, cit., p. 181.

<sup>317</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 326. L’Autore evidenzia come, in giurisprudenza, è stato menzionato il caso della difesa tecnica dell’avvocato e dell’accertamento del decesso da compiersi ad opera del medico.

<sup>318</sup> B. ROSINI, *Pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio ed esercente un servizio di pubblica necessità*, cit., p. 105.

imprese di assicurazione autorizzate, ciò non può essere considerato elemento *a fortiori* per ricondurre l'attività assicurativa all'esercizio di un servizio di pubblica necessità<sup>319</sup>.

Contro tale assunto si è, tuttavia, espressa la Corte di Cassazione, a partire da una pronuncia a Sezioni Unite, che è stata poi confermata<sup>320</sup>.

## 2.1. Il funzionario di fatto

Dopo aver analizzato le principali qualifiche soggettive pubblicistiche codificate dal legislatore nel codice Rocco, pare opportuno accennare anche alla figura del “funzionario di fatto”.

La qualifica in parola trova la sua collocazione naturale nel diritto amministrativo ed è in questo ramo che si rinvencono le nozioni di riferimento: il concetto di “funzionario” è, in realtà, di tutta evidenza e indica il soggetto fisico che partecipa alla formazione della *voluntas* della p.a. nella gestione di un proprio organo o ufficio; la titolarità di quest'ultimo si realizza, comunemente, in due fasi, che corrispondono all'“incardinazione” e l'“investitura”.

Mentre l'investitura è un atto formale, provvedimento o contrattuale, che costituisce il *titulus* idoneo a giustificare la qualità di funzionario, l'incardinazione coincide con il materiale insediamento del titolare nella sua carica. Normalmente, il soggetto preposto ad un ufficio è legittimato da una regolare investitura che precede fisiologicamente l'incardinazione; può accadere, tuttavia, che l'investitura manchi del tutto o si presenti viziata, ecco che in questi casi si avrà a che fare con un funzionario di fatto.

Egli è, quindi, colui che, seppur privo di valida legittimazione, compie in concreto una attività riferibile all'amministrazione (sia nei termini di una pubblica funzione che di un pubblico servizio) in presenza, come vedremo, della tolleranza e del consenso, anche tacito, di quest'ultima.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 75.

<sup>320</sup> Cass. Pen., S.U., 24.04.2002, n. 18056, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3002. In senso conforme, Cass. Pen., V, 9.11.2004, n. 16499, in *Ced Cass.*, 2005; Cass. Pen., 22.10.2002, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 92.

<sup>321</sup> Per una approfondita analisi del funzionario di fatto nel diritto amministrativo v. AA.VV., *Il funzionario di fatto* (a cura di B. CAVALLO), Milano, 2005. Sulla specifica figura dell'amministratore di

L'ammissibilità di questa particolare qualifica si coglie nell'esigenza di tutelare il soggetto privato che abbia contattato un pubblico agente privo di nomina ufficiale e a lui si sia rivolto, in buona fede, per l'esperimento di una serie di atti. Al fine, quindi, di preservare gli interessi del privato incolpevole, si è imposta la necessità di riconoscere piena validità alle conseguenze giuridiche dell'attività svolta concretamente dall'agente<sup>322</sup>.

La *ratio* così riassunta consente riflessioni più generali, all'esito delle quali si può, tranquillamente, affermare che la figura del funzionario di fatto rappresenta una conferma esegetica della concezione oggettivo-funzionale espressa dal legislatore in tema di qualifiche soggettive<sup>323</sup>.

Il concetto di funzionario di fatto designa una posizione sganciata da qualsiasi nota tipizzante soggettiva e saldamente ancorata, per contro, allo svolgimento contingente ed effettivo di una mansione; assume, in questo senso, valenza decisiva il solo dato oggettivo, ossia la natura pubblicistica dell'attività svolta.

Tuttavia, occorre precisare, sin da subito, come non tutte le situazioni in cui viene esercitato, di fatto, un servizio o una funzione possono rientrare nella nozione in oggetto: in particolare, la dottrina, nel tentativo di delimitare l'ambito operativo della figura, ha ritenuto necessaria la sussistenza di un titolo *ad colorandum possessionis*<sup>324</sup>, irregolare o putativo, in grado di manifestare l'acquiescenza della p.a.; esso sarebbe, quindi, indispensabile per poter distinguere un esercizio di fatto legittimo da una inammissibile usurpazione di funzioni<sup>325</sup>.

La rilevanza penale del fenomeno dell'usurpazione in senso stretto appare del tutto giustificata se si osserva che una funzione o attribuzione inerente a un pubblico

---

fatto nel diritto penale, invece, G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002.

<sup>322</sup> B. CAVALLO, *Profilo storicistico di una metodica organizzatoria*, in AA.VV., *Il funzionario di fatto*, cit., p. 34.

<sup>323</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 76.

<sup>324</sup> L'espressione é riportata da P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 112 e ripresa da B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 224 e da A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 77.

<sup>325</sup> A. FIORELLA, voce "*Pubblico Ufficiale*", cit., p. 576. Per un ulteriore approfondimento v. D. PORENA, *L'usurpatore di pubbliche funzioni*, in AA.VV., *Il funzionario di fatto*, cit., p. 45 ss.

impiego, svolta da chi non ha un'investitura, neppure irregolare, rappresenta un pregiudizio per la normalità del funzionamento della p.a., la quale viene alterata nella sua esistenza organizzativa, nella legittimità e, soprattutto, nelle garanzie offerte dal suo operato<sup>326</sup>.

L'usurpazione, in questo senso, non va confusa con il semplice "abuso", poiché essa costituisce un reato: la fattispecie di usurpazione di cui all'art. 347 c.p. sanziona, infatti, non un "fare qualcosa che non si poteva fare", ma l'assoluto difetto di potere in capo all'agente e, quindi, "l'essere un qualcuno che non si poteva essere". Il fine è, peraltro, quello di evitare che un privato si trasformi, per effetto di una arbitraria auto-assunzione di poteri, in un soggetto di diritto pubblico<sup>327</sup>.

Un primo limite più generale al riconoscimento di una funzione di fatto riguarda i casi di "incompetenza assoluta od oggettiva": se, come detto finora, per inquadrare un funzionario è sufficiente il dato oggettivo della attività da lui svolta, anche se prestata in modo occasionale, la qualifica non ricorrerà laddove l'organo o l'ente in cui si colloca l'agente sia sfornito *ab origine* del potere di emettere l'atto in questione.

Diversa è l'ipotesi di "incompetenza relativa", che viene "sanata" nei seguenti termini dalla giurisprudenza: "L'atto di nomina proveniente da organo incompetente, ma appartenente allo stesso settore amministrativo di quello deputato alla sua emanazione, non può considerarsi emesso in carenza di potere, e per questo inesistente, bensì è viziato da incompetenza e, quindi, semplicemente invalido, ma produttivo, come tale, dei suoi effetti tipici che consentono di riferire al suo destinatario la qualifica di pubblico ufficiale"<sup>328</sup>.

Analogamente, sono stati ritenuti rilevanti i casi in cui il pubblico ufficiale si attribuisce poteri che esulano dalla sua specifica competenza:

"Il reato di concussione è configurabile anche nel caso in cui il pubblico ufficiale si attribuisca poteri che esulano dalla sua competenza [...] e il reato deve ritenersi

---

<sup>326</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 126.

<sup>327</sup> A. FIORELLA, voce "*Pubblico Ufficiale*", cit., p. 575.

<sup>328</sup> Cass. Pen., 30.10.1995, n. 1419, in *Giust. pen.*, 1996, p. 364 (nel caso di specie, in tema di peculato, viene validamente riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale in capo ad un messo comunale la cui nomina era stata effettuata dal Pretore e non dal presidente della Corte d'appello).

configurabile quando la misura minacciata rientri, comunque, in astratto nei poteri amministrativi del pubblico ufficiale”<sup>329</sup>.

La giurisprudenza è intervenuta ulteriormente sul punto, precisando che “l’attribuzione a taluno della qualità di “funzionario di fatto”, ai fini penalistici, presuppone l’effettività e non la mera apparenza dello svolgimento senza valido titolo di una pubblica funzione, ciò in linea con la nozione di pubblico ufficiale dettata dall’art. 357 c.p.”<sup>330</sup>. Occorre, pertanto, che dell’esercizio effettivo di questi poteri sia fornita in qualsiasi modo una dimostrazione.

Il problema della individuazione della figura del funzionario di fatto e della distinzione rispetto alla figura dell’usurpatore sono stati tradizionalmente affrontati da dottrina e giurisprudenza in termini, forse, troppo generali e astratti.

In particolare vi è chi ha contestato la mancanza di un’indagine incentrata sul tipo di attività svolta e sulla relativa disciplina di riferimento, in quanto, a seconda che la pubblica funzione sia amministrativa, legislativa o giudiziaria, le cose cambiano considerevolmente<sup>331</sup>.

E’ condivisibile l’affermazione secondo cui lo svolgimento di un’attività amministrativa non accompagnata da una investitura formale dà, generalmente, sempre luogo all’esercizio di una pubblica funzione; ciò si ricava non solo dalla vigenza, nell’ordinamento penale, di una concezione oggettiva della pubblica funzione, ma anche e soprattutto dal regime cui sono assoggettati, nel diritto amministrativo, gli atti promanati da persone che non siano formalmente titolari di un ufficio. In tale ramo dell’ordinamento assume, infatti, particolare importanza il principio della “effettività dei poteri”<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> Cass. Pen., 23.10.1995, n. 10501, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2941.

<sup>330</sup> Cass. Pen., 10.06.1999, in *Riv. pen.*, 1999, p. 746 (nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto corretta l’esclusione della qualità di funzionario di fatto in capo ad un soggetto che svolgeva attività di “segretario politico particolare” di un ministro e che in tale qualità – oltre che in quelle di consigliere regionale e comunale – era stato accusato di corruzione passiva per atti contrari ai doveri d’ufficio).

<sup>331</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 110.

<sup>332</sup> Per un approfondimento v. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009.

Ciò significa che ogni atto di concreto esercizio della funzione produce i propri effetti e viene imputato alla pubblica amministrazione, anche se proviene da un soggetto privo di investitura, purché si tratti di un atto urgente e indefettibile<sup>333</sup>.

Naturalmente, tale impostazione può subire delle eccezioni: esistono, infatti, attività, riconducibili alla funzione amministrativa, in cui si rinvencono categorie soggettive per le quali vige una previa e precisa delimitazione normativa, in termini di esclusività, della posizione in cui confluiscono determinati poteri.

Si pensi, ad esempio, agli organi affini alle procedure concorsuali dove la specificità dell'operare e il suo costante assoggettamento al controllo del giudice delegato escludono la configurabilità di un esercizio dell'ufficio che prescinderebbe da una formale investitura.

In tutti questi casi, equiparare l'esercizio di fatto della funzione alla posizione di titolarità di poteri amministrativi non è consentito; lo sarà invece, laddove vi è l'assenza di una connotazione in forma esclusiva dei poteri collegati all'esercizio della funzione<sup>334</sup>.

Ben diverso è, invece, il discorso per l'esercizio di un funzione giurisdizionale e legislativa: per esse vale, infatti, la considerazione che si tratta di attività che si inquadrano in una tipologia analiticamente individuata, connotata da una dimensione di esclusività dei poteri.

La funzione legislativa viene individuata non solo attraverso le particolari procedure di emanazione degli atti legislativi, ma anche in virtù della provenienza di tali atti da assemblee rappresentative di soggetti costituzionali, composte da parlamentari e da consiglieri regionali.

Analogamente, la funzione giurisdizionale è contrassegnata non solo da connotazioni di disciplina specifiche dell'attività, ma anche dall'essere svolta da

---

<sup>333</sup> Una conferma di tale assunto la ritroviamo nella disciplina positiva relativa alla Corte dei Conti: nel R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 sono assoggettati a giudizio di responsabilità disciplinare tesorieri, ricevitori, contabili *di fatto e di diritto* che gestiscono denaro della p.a. Il che consente di inquadrare nella categoria delle funzioni disciplinate in forma pubblica anche i compiti di gestione finanziaria svolti in assenza di investitura, poiché anch'essi sono normativamente regolati come attività alle quali specularmente consegue, in caso di condotta illecita, la messa in moto d'ufficio del meccanismo sanzionatorio. Sulla figura dell'agente contabile di fatto come *species* del più vasto *genus* del funzionario di fatto v. L. MERCATI – A. GRIMALDI, *L'esercizio di fatto delle funzioni e le responsabilità contabili*, in *Il funzionario di fatto*, cit., p. 235 ss.

<sup>334</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 112.



“LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE”

soggetti che l'ordinamento individua attraverso il conferimento di una peculiare posizione di indipendenza, proprio in vista dello svolgimento di quei compiti.

Ecco spiegato, dunque, perché l'attività svolta da un soggetto privo di queste note tipizzanti della funzione legislativa e giurisdizionale sarà, per tali settori dell'ordinamento, giuridicamente inesistente.



### CAPITOLO III

## “LE QUALIFICHE SOGGETTIVE NEL SISTEMA NORD AMERICANO”

#### **Premessa**

Lo studio, nel sistema giuridico statunitense, del tema delle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione necessita di alcune importanti premesse.

Va rilevato, innanzitutto, come gli Stati Uniti dispongano di un vasto apparato sanzionatorio per la repressione degli illeciti commessi contro la pubblica amministrazione, ma ciò che distingue realmente l'esperienza americana da quella italiana è l'accento posto con forza sulla prevenzione, attraverso l'adozione di veri e propri “codici di comportamento” (*Code of Ethics*) per i funzionari pubblici, nonché di procedure e sanzioni volte ad assicurare la piena correttezza nello svolgimento delle loro funzioni ed il rispetto delle regole.

Il postulato che regge tale complessa organizzazione risiede nella convinzione che chiunque esercita un servizio pubblico è direttamente responsabile nei confronti della “cosa pubblica”; questa enunciazione di principio non rimane vuota, ma trova una concreta applicazione, poiché il sistema di regolamentazione degli interessi dei pubblici ufficiali e di coloro che vogliono influenzare le azioni del governo si fonda, *in primis*, sull'obbligo di rendere trasparenti gli aspetti finanziari della loro attività. In questo senso, la disciplina del “conflitto di interessi”, ancora controversa nel nostro Paese, negli Stati Uniti ha trovato, invece, piena attuazione.

Negli U.S.A., infatti, la problematica dei rapporti tra interessi pubblici e privati, connessa alla attività del pubblico funzionario, è da molto tempo avvertita come una questione di centrale importanza e già nel 1958 il Congresso varò un primo codice etico relativo al personale amministrativo e politico.

La normativa inerente l'etica nella gestione degli affari pubblici, negli U.S.A., non riguarda esclusivamente gli appartenenti dell'esecutivo, ma tutti e tre i poteri, con specifici atti rivolti ai parlamentari, agli alti funzionari di nomina presidenziale e ai giudici.

Questo complesso corpo normativo consta di leggi federali e di leggi statali ed il perno della disciplina federale sul conflitto di interessi è rappresentato dall' *Ethics in*

*Government Act of 1978*<sup>335</sup>, che prevede importanti istituti per la prevenzione e la soluzione di eventuali conflitti.

Ad esso si accompagna l'*Inspector General Act of 1978* – riformato dall'*Inspector General Perform Act of 2008*<sup>336</sup> – che ha istituito un autonomo ispettorato generale, composto di agenzie e dipartimenti, con il preciso compito di svolgere investigazioni atte a prevenire, ed eventualmente accertare, frodi ed abusi.

Altro organo indipendente di controllo è l'*Office of Government Ethics*, che possiede ampi poteri nella prevenzione e soluzione dei conflitti di interessi, ma anche nel prevedere delle *exemption* (deroghe) o addirittura delle *waiver* (dispense totali) dall'applicazione della suddetta normativa.

L'elemento peculiare del sistema americano sembra essere quello di non garantire delle soluzioni precostituite, ma di diversificare i rimedi a seconda delle diverse ipotesi di conflitto.

Date queste doverose premesse, appare chiaro come la comparazione in tema di qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione offra interessanti e variegati spunti di riflessione soprattutto sotto il profilo sanzionatorio, proprio perché all'interno del sistema americano viene dato ampio spazio alle istanze di prevenzione rispetto a quelle di repressione.

Si tratta di un approccio i cui esiti possono essere liberamente interpretati, ma che, come vedremo nella parte finale di questo capitolo, pone quantomeno in discussione l'efficacia deterrente di sanzioni *stricto sensu* penali a favore di misure accessorie, forse più incisive.

---

<sup>335</sup> UNITED STATE CODE SERVICE, 5 U.S.C.S., *Appx par. 101*, Lexis Nexis, 2009, p. 193.

<sup>336</sup> UNITED STATE CODE SERVICE, 5 U.S.C.S., *Appx par. 3*, Lexis Nexis, 2009, p. 195.

## SEZIONE PRIMA

### LE QUALIFICHE SOGGETTIVE NELL'AMBITO AMMINISTRATIVO

#### Introduzione

Prima di entrare nel merito della responsabilità penale, si è indagato circa l'esistenza, l'origine e il significato delle qualifiche soggettive nel sistema giuridico statunitense.

La domanda di partenza è stata la seguente: “esistono nella legislazione e nella giurisprudenza americane soggetti equiparabili al pubblico ufficiale, all'incaricato di pubblico servizio, o all'esercente un servizio di pubblica necessità?”.

Per poter dare una risposta a tale quesito, si è resa necessaria una preliminare ricostruzione “amministrativa” delle qualifiche, accompagnata, però, anche da un'indagine giurisprudenziale, in virtù dell'importanza che riveste il lavoro dei giudici nel sistema di *Common Law*.

In proposito, si può subito anticipare che negli Stati Uniti due sono le figure di riferimento: quella del *Public Officer* e quella dell'*Employee* (tecnicamente si tratta dell'impiegato-dipendente, che nel caso in cui sia statale diviene *government or public employee*)<sup>337</sup>; tale soggetto, secondo le previsioni costituzionali e statutarie, ha una connotazione simile a quella del *Public Officer* ed una analoga rilevanza pubblicistica.

Quelli descritti sono i principali soggetti “qualificati” conosciuti dal diritto amministrativo e gli stessi si rinvencono nelle fattispecie di reato previste a tutela della pubblica amministrazione.

Detto ciò, va comunque precisato che, accanto alla nozione di *Public Officer*, si trova spesso anche quella di *Public Official*: si tratta di concetti equivalenti, poiché entrambi esprimono la qualifica propria di un funzionario pubblico.

---

<sup>337</sup> “Constitutional or statutory provision referring to “employees” as including public officers” in AA.VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR - Digest of decision and annotations with research references*, vol. 15, Municipal corporations – partition, Thomson West, 2004, p.1157; MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, in *American Jurisprudence 2d-State e Federal, Prohibition-Public officers and employees*, Lawyers cooperative publishing, 1997, p.463.

### 1.1. Definizione e genesi del Public Officer e del Public Employee

Per poter consapevolmente distinguere le singole qualifiche soggettive occorre premettere che sussiste una distinzione fondamentale tra il “pubblico ufficio” ed il “pubblico impiego” proprio perché: “*every public office may be an employment, every public employment is not an office*”<sup>338</sup>.

Il *public office* concerne una posizione tipica del sistema governamentale che viene creata, o comunque riconosciuta dalla legge, e all’interno della quale al soggetto vengono assegnati, dalla stessa legge o dai regolamenti subordinati, determinati doveri<sup>339</sup>.

Tale ufficio si caratterizza per obblighi che sono permanenti e non prescritti contrattualmente; si tratta, inoltre, di un incarico di durata (pertanto non transitorio, occasionale o incidentale) nel quale il funzionario pubblico è investito del potere di agire esclusivamente nell’interesse pubblico<sup>340</sup>.

Ogni *public office* è, infatti, creato a beneficio della collettività e ciò che lo caratterizza è la fiducia che la stessa collettività ripone al suo interno.

All’interno di un *public office* si rinvergono alcune funzioni di sorveglianza e sono esercitati poteri che ineriscono direttamente ai dipartimenti legislativo, giudiziario, ed esecutivo dello Stato<sup>341</sup>.

Alla luce di queste prime considerazioni, si può affermare che un pubblico ufficio presenta le seguenti caratteristiche: una fonte legislativa – Statuto o Costituzione -, la titolarità di una porzione di potere sovrano e, per chi lo esercita, la prescrizione *ex lege* di precisi requisiti e doveri, la continuità dell’incarico, la determinazione di un

---

<sup>338</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p.456.

<sup>339</sup> A “public office” is a portion in a governmental system created, or at least recognized, either by the law itself or by regulations adopted under the law by an agency created under such law and acting in pursuance of it. MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 456.

<sup>340</sup> “Public offices are a public trust, and persons to be appointed should be selected solely with a view to the public welfare”. AA.VV, *Officers and public employees*, in *West’s ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1158.

<sup>341</sup> “Public officer” as distinguished from “employee” must be invested by law with portion of State’s sovereignty and authorized to exercise functions either of executive, legislative, or judicial character. In AA.VV, *Officers and public employees*, in *West’s ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1150.

periodo di durata, l’effettuazione di un giuramento, una sostanziale indipendenza e precise forme di responsabilità<sup>342</sup>.

Diversamente, il *public employment* concerne una posizione secondaria nel servizio pubblico, priva degli importanti poteri e delle caratteristiche proprie del *public office*.

La diversità degli uffici di appartenenza determina, conseguentemente, la differente qualità dei soggetti impiegati al loro interno: da un lato ritroviamo così il “*Public Officer*” e dall’altra il “*Governmental or Public Employee*”.

In sostanza, il primo è un soggetto la cui genesi e i cui doveri e poteri sono disciplinati dalla Costituzione o dallo Statuto; è la stessa legge a prevedere, inoltre, i requisiti di elezione o di nomina ed il periodo di durata del suo incarico.

Lo *status* di “pubblico ufficiale” si caratterizza per la particolare importanza, dignità, indipendenza e discrezionalità connesse all’esercizio dei suoi doveri<sup>343</sup>.

Il *Public Employee* è, invece, responsabile principalmente per l’esecuzione di doveri ministeriali e non possiede alcun potere di supervisione né alcuna autorità discrezionale<sup>344</sup>.

“*A public employee is a person in public service who performs duties which are routine, subordinate, advisory, or as directed, and who is not invested by law with a portion of the sovereignty of the state and is not authorized to exercise functions of either an executive, legislative, or judicial character*”<sup>345</sup>.

Per quanto riguarda la fonte dei suoi poteri, occorre precisare che mentre la relazione tra impiegato e impiego è comunemente intesa come di tipo contrattuale, il

---

<sup>342</sup> AA.VV., *Officers and Public Employees*, in *Corpus Juris Secundum*, vol 67, *Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees*, Thomson West, 2002, p.153.

<sup>343</sup> A person employed cannot be a “public officer”, however chosen, unless there is devolved upon him by law the exercise of some portion of the sovereign power of the state in the exercise of which the public has a concern. In AA.VV., *Officers and public employees*, in *West’s ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1159.

<sup>344</sup> “A public employee has been defined, for the purposes of certain statutory provisions, as any individual employed by the state or a subdivision who is responsible for taking or recommending official action of a nonministerial nature with regard to specified matters, including the inspecting, licensing, regulating, or auditing of any person, or any other activity where the official action has an economic impact or greater than a *de minimis* nature on the interests of any person” in MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 465.

<sup>345</sup> AA.VV., *Officers and Public Employees*, in *Corpus Juris Secundum*, vol 67, *Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees*, Thomson West., 2002, p. 151.

*Public Employee* non può essere investito del suo ufficio *ex contractu* – nel senso dell’esistenza di un mero accordo privatistico tra lui ed il soggetto “pubblico” -, ma sempre necessariamente *ex lege*; questo perché il *public employment* trova la sua regolamentazione nello Statuto e non in una fonte contrattuale<sup>346</sup> ed il *Governamental Employee* riveste la sua qualifica sulla base di una elezione o di una nomina<sup>347</sup>.

Si può concludere affermando che, ad eccezione degli *Officers* che vengono creati espressamente dalla Costituzione, che in quel caso si occuperà anche della loro disciplina, i *Public Officers* e i *Governamental Employees* sono, in definitiva, creature legislative e solo lo Statuto in quanto tale può determinare i doveri e le interrelazioni tra le cariche che decide di istituire; allo stesso modo esso potrà, se si rende necessario, modificare o addirittura abolire l’ufficio<sup>348</sup>.

Qui vige, infatti, un principio di riferimento, molte volte sconosciuto alla realtà italiana, che è quello per cui non vi è alcuna necessità di mantenere operativo un ufficio, se esso risulta di fatto inutile.

Se, invece, l’ufficio è stato creato dal potere costituzionale, esso potrà essere modificato solo dai cittadini attraverso una previsione costituzionale<sup>349</sup>, in questo senso un ufficio costituzionale non può essere abolito senza una autorizzazione costituzionale, poiché esso si pone oltre il potere legislativo<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> “Similarly, employees of charter governments work subject to the amendment, revision or repeal of charter provisions affecting their employment. However, states do enter into written employment contracts with individuals on specific occasions” in MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 466.

<sup>347</sup> “It is said that federal employees serve by appointment and appointed officials are those persons designated to or selected for public office. An appointed officer’s duties must be related to the administration of government” in MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 467.

<sup>348</sup> L’abolizione potrà realizzarsi solo per mezzo di uno Statuto e di un’ordinanza e non attraverso una risoluzione. “If an office is created by statute or ordinance, it can be abolished only by statute or ordinance, and not by resolution” in MITCHELL WALDMAN J.D, *Public officers and employees*, cit., p. 468.

<sup>349</sup> “Abolition o an office may be brought about by a constitutional prevision or by a new constitution or a constitutional amendment” in MITCHELL WALDMAN J.D, *Public officers and employees*, cit., p. 469.

<sup>350</sup> “However, the mere mention of an office in the constitution does not necessarily endow that office with constitutional status, which prevents its abolition by the legislature”. Si tratta di opinions of Justice to Senate, 372 Mass 883, 363 NE2d 652 in Mitchell Waldman, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 489.



## 2.1. Cessazione di un pubblico incarico: Forfeiture, Removal, Dismissal

La perdita dell'incarico pubblico, così come la sua creazione e abolizione, può essere disposta solo dalla Costituzione o da un valido Statuto; le Corti Federali americane, in questo senso, non hanno alcun potere di creare o dichiarare cessato tale ufficio.

*The courts are without authority to create and declare a forfeiture of office. In the absence of a forfeiture at common law, the forfeiture can be created and declared only by the constitution or a valid statute*<sup>351</sup>.

In particolare gli Statuti statali hanno previsto che il pubblico funzionario, se commette alcuni reati relativi alla accettazione di corruzione o alla richiesta di doni o gratuità, perde automaticamente il proprio incarico: tale situazione viene definita *Forfeiture*.

Gli Statuti stabiliscono precisamente le circostanze in cui la persona che riveste un pubblico ufficio, sia esso elettivo o per nomina, se colpevole di una determinata fattispecie di reato, deve lasciare il proprio incarico.

In sostanza, ciò avverrà se il soggetto è colpevole di un reato previsto dalla legge federale o statale che riguarda la “disonestà”, oppure, se si tratta comunque di un crimine che coinvolge o tocca, anche indirettamente, lo stesso ufficio o impiego<sup>352</sup>.

Laddove il reato commesso si rifletta indirettamente sull'esercizio della funzione pubblica, sarà necessario operare una serie di accertamenti: sulla gravità del crimine, sul contesto in cui lo stesso è stato commesso, sull'identità della vittima e sulle caratteristiche del soggetto attivo.

Il principio è quello per cui, ogni qualvolta che l'infrazione si attegga ad “ombra” sul servizio, tale da rendere la sua continuazione incompatibile con le caratteristiche di affidabilità, onestà, obbedienza alla legge e ordine, si renderà necessaria la previsione della cessazione dell'incarico<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 598.

<sup>352</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 598.

<sup>353</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 600.

Naturalmente, prima di arrivare alla definitiva “*Forfeiture*” è necessario che venga accertata anche la colpa del soggetto all’esito di un processo formale ed è altrettanto necessario che lo stesso si concluda con una sentenza del giudice.

La mera proposizione di un appello contro il verdetto, non ha di per sè alcun effetto, nel senso che non impedisce il perfezionarsi della *Forfeiture*; laddove, tuttavia, intervenga un successivo mutamento del convincimento, il soggetto verrà automaticamente re-investito nell’incarico e allo stesso tempo cesserà la durata dell’ufficio preposto “*ad interim*” in sostituzione di quello cessato.

Ciò accade in quanto la sentenza e la connessa dichiarazione di cessazione dell’incarico, eventualmente rivista in appello, diventa automaticamente nulla e non sono necessari ulteriori processi per conferire nuovamente al soggetto il proprio titolo<sup>354</sup>.

Diverse dalla *Forfeiture* sono, invece, le ipotesi di *Removal* e *Dismissal*.

Questi due termini indicano, rispettivamente, il “licenziamento”(“*Removal from office occurs where there is a deprivation of office by the act of a competent superior officer acting within the scope of his or her authority*”)<sup>355</sup> e, più in generale, la “rimozione dall’incarico”.

Premesso che anche in questi casi la previsione costituzionale o lo Statuto possono disciplinare le singole circostanze e le concrete modalità di licenziamento e rimozione, si tratta di ipotesi legate all’eventuale esercizio “scorretto” della funzione pubblica e, quindi, trovano la loro tipica collocazione nella disciplina amministrativa.

Tuttavia, un licenziamento verrà giustificato non solo sulla base della *mala gestio*<sup>356</sup>, della negligenza nell’esercizio dei doveri prescritti<sup>357</sup> o della più generale incompetenza del soggetto<sup>358</sup>, ma anche a seguito della commissione di un crimine<sup>359</sup>.

---

<sup>354</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 601.

<sup>355</sup> AA.VV., *Officers and Public Employees*, in *Corpus juris Secundum*, cit., p. 377.

<sup>356</sup> “Malfeasance”, as ground for removal of officer, refers to evil conduct or illegal deed, doing of that which one ought not to do, performance of act by officer in official capacity that is wholly illegal and wrongful; “misfeasance”, as ground for removal of officer, refers to performance by officer in his official capacity, of legal act in improper or illegal manner; it is literally a misdeed or trespass; “nonfeasance”, as ground for removal of officer, refers to neglect or refusal, without sufficient excuse, to do what which was officer’s legal duty to do.

<sup>357</sup> “Neglet of duty”, as ground for removal of officer, refers to neglet or failure of officer, to do and perform some duty imposed with virtue of his office or required by law; “drunkenness”, as ground for

Pertanto, un *Public Officer or Employee* sarà soggetto a licenziamento se interviene una dichiarazione di colpevolezza o se viene pronunciato un verdetto di condanna in merito alla realizzazione di un reato<sup>360</sup>.

### 3.1. Responsabilità del Public Officer e del Public Employee

Dopo aver descritto l'origine, la disciplina e l'evoluzione delle qualifiche pubblicistiche in oggetto è giunto il momento di trattare il tema della responsabilità.

Sia il *Public Officer* che il *Public Employee* sono soggetti, per il ruolo che rivestono, a forme di responsabilità di tipo civile e penale.

In proposito, occorre precisare che la responsabilità civile del *Public Officer* verso il singolo individuo è distinta da quella dello stesso verso la collettività: solo nel caso in cui il dovere è “pubblico” e il fallimento, o l'erronea o inadeguata prestazione, lo riguarda direttamente, potrà profilarsi una responsabilità pubblica, in tutti gli altri casi si tratterà di una esclusiva responsabilità verso il privato.

Quanto detto viene stabilito espressamente dalla dottrina del “dovere pubblico”<sup>361</sup>, tale dottrina ha elaborato, comunque, alcune importanti eccezioni alla regola descritta:

Una prima eccezione, “*special duty exception*”, si presenta quando il dovere pubblico è tale più per i singoli individui che per una indistinta collettività e in questo caso la responsabilità riguarderà esclusivamente il privato.

Vi è poi l'eccezione definita “*failure to enforce exception*”: questa eccezione riconosce che un originario dovere di attenzione verso il pubblico può risultare in realtà

---

removal of officer, refers to such use of spirituous, vinous, or malt liquors as impairs or incapacitates officer in efficient discharge of this official duties.

<sup>358</sup> “Incompetency”, as ground for removal of officer, refers to any physical, moral or intellectual quality, lack of which incapacitates one to perform duties of his office.

<sup>359</sup> “Commission of felony” as ground of removal of officer, refers to felony as distinguished from misdemeanor, and comprehends any crime punishable by death or imprisonment in state prison.

<sup>360</sup> AA.VV., *Officers and public employees*, in West's ALR Digest of decision and annotations with research references, cit., p. 1182.

<sup>361</sup> Under the public duty doctrine, no liability may be imposed for a public official's negligent conduct unless it is shown that the duty breached was owed to the injured person as an individual and was not merely the breach of an obligation owed to the public in general. In MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 758.

individuale, se gli agenti governativi – a conoscenza della violazione statutaria – non hanno predisposto i correttivi necessari ad evitare il danno e la parte offesa rientri in una specifica categoria che lo Statuto intendeva originariamente proteggere in via privilegiata.

In questo senso le eccezioni sono sempre presenti laddove il legislatore, sin dall'inizio, intendeva proteggere una particolare e circoscritta classe di persone.

Sotto il profilo “civilistico”, accanto ad una responsabilità “esterna”, sussiste anche una forma di responsabilità “interna”; in proposito va precisato che nell'ambito dei rapporti gerarchici, di regola, la dottrina della “responsabilità del superiore” è inapplicabile all'*officer*, e in questo senso si comprende perché l'ufficiale non ha una responsabilità vicaria per gli atti del soggetto a lui subordinato nei quali non è direttamente coinvolto.

Si ritiene che il subordinato, o i vari assistenti, assumano autonomamente la qualifica di *Public Officers* nell'agire in nome e per conto della legge o sulla base della nomina costituzionale.

Stabilito che tale dottrina riconosce una sorta di immunità per il superiore gerarchico, occorre precisare che la posizione “qualificata” di supervisore, sempre connessa all'ufficio svolto, non consente comunque ai *Public Officer* ed agli *Employees* di eludere le conseguenze dei danni provocati dai loro subordinati nel caso in cui abbiano ignorato colpevolmente la loro condotta.

Nel suo ruolo di supervisore l'*Officer* o l'*Employee* ha, infatti, un preciso dovere di costante informazione/aggiornamento circa le *performance* di lavoro svolte dai subordinati.

Lo stesso tipo di responsabilità e le medesime considerazioni valgono per gli atti compiuti dal vice.

Eccezionale è il caso in cui il *Public Officer/Employee* abbia la custodia di proprietà o denaro pubblico: in questo caso egli sarà titolare di una precisa forma di responsabilità per la perdita del bene dovuta a negligenza dei subordinati<sup>362</sup>.

---

<sup>362</sup>Con specifico riguardo alla responsabilità per la custodia di fondi pubblici, si afferma che, in assenza di disposizioni statutorie contrarie, il *Public Officer* o l'*Employee* è sempre responsabile al pari di un “assicuratore”. Una diversa posizione ritiene, invece, che esso sia una sorta di amministratore fiduciario, responsabile solo nel caso di “mancata diligenza o cura”.

In merito alla responsabilità penale, oggetto specifico di questo studio, il codice penale degli Stati Uniti individua tutta una serie di fattispecie in cui la figura del *Public Officer* o dell’*Employee* assume il ruolo di soggetto attivo, ma questa parte verrà trattata più dettagliatamente in seguito, con specifico riguardo ai reati di “*Bribery*” ed “*Embezzment*”.

E’ però importante anticipare sin da subito come, a seguito della commissione di alcuni crimini, le previsioni costituzionali e statutarie impongano la *Disqualification*<sup>363</sup> del soggetto dal *public office or employment*.

La *Disqualification* configura una vera e propria sanzione accessoria ed essa consegue generalmente alla commissione di delitti che coinvolgono la morale<sup>364</sup> o di c.d. delitti infami:

*The meaning of the term “infamous crime” may vary according to the context in which it arises; thus, for the purposes of the Fifth Amendment provision an infamous crime is one punishable by imprisonment in a penitentiary for a term of over one year.*

*The term has also been defined as including offenses which involve deceit, or which by their nature tend to cast doubt upon the offender’s truthfulness or personal integrity [...]*<sup>365</sup>

#### **4.1. De Facto Officer or Employee**

Prima di indicare quali sono le categorie professionali che la giurisprudenza americana ha, finora, pacificamente ricondotto nel novero dei *Public Officers / Employees* e quali hanno, invece, creato maggiori difficoltà di inquadramento, pare

---

<sup>363</sup> E’ importante distinguere la *Disqualification*, qui intesa quale sanzione accessoria, dalla *Administrative Disqualification* o *Recusal*, la quale interviene in ipotesi di grave pregiudizio, conflitto di interessi, apparenza di scorrettezza nell’agire del soggetto (*The Model State Administrative Procedure Act provides that any person serving or designated to serve alone or with others as a presiding officer is subject to disqualification for bias, prejudice, interest, or any other cause provided for in the Act or for which a judge is or may be disqualified*). In AA.VV., *Disqualification*, in *American Jurisprudence 2d – Administrative law to adultery and fornication*, Thomson West, 2004, p. 60.

<sup>364</sup> AA.VV., *Officers and public employees*, in *Corpus Juris Secundum*, cit., p. 181.

<sup>365</sup> AA.VV., *American Jurisprudence 2d - Creditor’s bill to criminal law* -, Thomson West, 2008, p. 138.

opportuno descrivere brevemente un'ulteriore importante figura di matrice squisitamente dottrinale<sup>366</sup>: quella dei c.d. “*de facto officers or employees*” .

Si tratta di una categoria creata per riconoscere effetti legali, e conseguente piena responsabilità, alla realizzazione di atti da parte di coloro che non sono definibili propriamente come pubblici ufficiali, perché privi di una autorità formale<sup>367</sup> .

Lo scopo di tale teorizzazione è principalmente quello di proteggere gli interessi individuali e pubblici coinvolti negli atti compiuti da un soggetto che, pur non rivestendo *ex lege* la qualifica di *Public Officer*, ne esercita concretamente i poteri e i diritti<sup>368</sup>. Immediato è il rimando alla medesima *ratio* che giustifica la rilevanza, nel nostro ordinamento, del “funzionario di fatto”.

Per soddisfare tale impostazione un soggetto deve essere nel libero possesso di un ufficio (*generally, there cannot be a de facto officer without a de jure office*), deve svolgere il proprio compito con la seria intenzione di agire per il pubblico bene e non deve avere l'apparenza dell' “usurpatore” di funzione:

“*essential elements of status as de facto officer are continuity and reputation*”<sup>369</sup>.

In quest'ultima accezione rientra chi ha il possesso di un ufficio e lo intraprende senza alcuna autorità, né attuale né apparente; in tal caso gli atti compiuti saranno

---

<sup>366</sup> The doctrine of “the facto officer” is based on principles of public policy, convenience, necessity, and justice, or idea that public interest requires it for maintenance of supremacy and execution of laws and protection and security of individual rights of person and property. In AA.VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1174.

<sup>367</sup> “Officer de facto” is one who has reputation of being officer he assumes to be, but is not good officer in law, one in possession of office and actually performing duties thereof with apparent right under claim and “color of authority”, wich means authority derived from election or appointment, however irregular or informal, so long as incumbent be not a mere volunteer, one having color of right or title to office he exercises, or one having apparent title of officer de jure. In AA.VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1173-1174. A de facto officer is one who exercis the duties of an office under color of official title, but without actual legal authotity, under such circumstances as to induce other person to believe that the individual occupying the office is the officer he or she assumes to be AA.VV., *Officers and public employees*, in *Corpus Juris Secundum, a contemporary statement of american law as derived from reported cases and legislation*, vol 67, § 339, Thomson West., 2002, p. 574.

<sup>368</sup> The de facto officer doctrine confers validity upon acts performed by a person acting under color of official title, even though it is later discovered that the legality of that person's appointment or election to office is deficient. AA.VV., *Officers and public employees*, in *Corpus Juris Secundum*, cit., p. 575.

<sup>369</sup> AA.VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1174.

assolutamente nulli ed egli potrà essere imputato e processato in qualsiasi momento, a meno che non continui ad agire in modo tale da consentire la presunzione di un vero e proprio diritto ad agire<sup>370</sup>.

In sostanza, un *de facto officer* è colui che è in possesso di un ufficio e dei relativi diritti e, per un certo tempo, li esercita autorevolmente con acquiescenza da parte della pubblica amministrazione<sup>371</sup>.

La sostanziale differenza tra il *de jure officer* e il *de facto officer* risiede nella diversa fonte dei poteri, da un lato il diritto propriamente inteso, dall'altro la reputazione<sup>372</sup>.

La dottrina del *Public Officer de facto* è stata applicata con riguardo a tutta una serie di soggetti, tra i quali gli ufficiali giudiziari e ministeriali.

Per quanto riguarda la responsabilità penale del *de facto officer*, essa è quella propria del *de jure officer*<sup>373</sup>; questo assunto è pienamente coerente con le intenzioni della dottrina, perché se si è voluto riconoscere piena efficacia agli atti compiuti da colui che concretamente esercita funzioni pubbliche, analogamente, tale soggetto dovrà essere responsabilizzato nell'eventualità in cui, da tali atti, discenda una qualsiasi ipotesi di evento lesivo<sup>374</sup>.

---

<sup>370</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 476.

<sup>371</sup> “Acts of the facto officer will be held valid in respect to public and third persons, with whom he deals officially” in AA. VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR Digest of decision and annotations with research references*, cit., p. 1206.

<sup>372</sup> “A person is considered a de facto officer when the duties of the office are exercised: without a known appointment or election, but under such circumstances of reputation or acquiescence as were calculated to induce people, without inquiry, to submit or to invoke his action, supposing him or her to be the officer he or she assumed to be”. MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 475.

<sup>373</sup> “Criminal Responsibility of officers for violation of official duties extends to de facto, as well as to de jure, officers” in AA. VV., *Officers and public employees*, in *Corpus Juris Secundum*, cit., p. 580.

<sup>374</sup> “A public officer cannot excuse his responsibility for crimes committed in his official capacity by asserting that he was an officer de facto. Thus, for example, the criminality of an act as bribery is not affected by the fact that the person to whom the bribe is offered or given, or who solicits or receives it, is only a de facto, and not a de jure, officer” in MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 811.

### 5.1. Un'indagine giurisprudenziale: le categorie professionali riconducibili al Public Officer e al Public Employee

Dopo aver descritto astrattamente le caratteristiche proprie dei soggetti che sembrano rivestire qualifiche corrispondenti a quelle di “pubblico ufficiale” ed “incaricato di pubblico servizio”, pare opportuno indicare in quali settori operano il *Public Officer* e il *Public Employee*.

In questo senso sono *Public Officers* gli appartenenti agli uffici giudiziari, ma non tutti gli ufficiali connessi con tale dipartimento sono *Judicial Officers*: tale termine identifica, infatti, solo il soggetto che esercita la funzione giudiziale, *strictu sensu* intesa, nel risolvere le controversie o nell'interpretare la legge; pertanto, i giudici ordinari e i giudici di pace sono sicuramente *Judicial Officers*, e quindi *Public Officers*, mentre, ad esempio, un impiegato della Corte è essenzialmente un ufficiale ministeriale della stessa, e quindi un *Employee*.

Contrariamente a quanto avviene nel nostro sistema, dove la funzione giudiziale viene interpretata in modo ampio e in essa confluiscono diverse categorie professionali quali cancellieri, dipendenti delle segreterie etc.-, negli U.S.A. l'esercizio di un potere discrezionale limitato, o quasi-giudiziale, non garantisce di per sé il possesso della qualifica in oggetto.

Un ufficiale in possesso di uno *status* in parte ministeriale e in parte giudiziale, è un *quasi – Judicial Officer* e l'attribuibilità di una qualifica propriamente pubblicistica verrà decisa caso per caso.

Sono *Public Officers* i *Legislative Officers*, vale a dire coloro che esercitano funzioni o doveri direttamente connessi con il dipartimento legislativo del governo; i legislatori statali e federali sono pubblici ufficiali anche se parte della giurisprudenza paradossalmente non considera “*officers*” i membri del Congresso (pur ammettendo, al contrario, che gli appartenenti al loro staff sono a tutti gli effetti *Public Employee*)<sup>375</sup>.

Altra categoria di *Public Officer* è quella degli *Executive Officers*: si tratta di coloro che, come indica lo stesso termine, hanno il potere / dovere di fare in modo che la legge venga rispettata. Si tratta del Presidente degli Stati Uniti, del Governatore e del vice Governatore di uno Stato, del Sindaco di una città.

<sup>375</sup> In 5 U.S.C.S., *sub par.* 2105, Lawyers Cooperative Publishing, 1994, p. 368.



La categoria in cui i soggetti sono, invece, classificati solo attraverso le funzioni svolte è definita *Ministerial Office*, ciò che caratterizza un *ministerial officer* è il fatto che spesso egli non possiede un potere decisionale autonomo ed è pertanto soggetto ad un superiore<sup>376</sup>; detto ciò, al di là dell'indicazione nominativa “*officer*”, la sostanza di tale incarico è quella di un *Public Employee* (tre sono gli elementi che connotano con certezza tale *Public Employee*: l'essere nominato per una carica federale, lo svolgere funzioni federali, l'essere soggetto a supervisione)<sup>377</sup>.

Un *Administrative Officer* (che appartiene al ramo esecutivo del Governo) è talvolta definito come un *ministerial officer*, e viceversa, in questo senso la parola “*ministerial*” è spesso usata come sinonimo di “amministrativo”. Più in generale, queste categorie possono essere fatte rientrare in un *Constitutional Office* (ufficio creato dalla Costituzione degli Stati Uniti o dalla Costituzione di uno Stato, come distinto dall'ufficio creato dallo Statuto), o in un *Federal Office* (in cui rientrano coloro che appartengono ad un ufficio degli Stati Uniti e che esercitano le loro funzioni in virtù di un incarico presidenziale o conferito da una corte di giustizia federale o dai vertici di un dipartimento federale autorizzato a tal fine)<sup>378</sup>.

Ancora diversa è la categoria degli *State or Local Officers* (si tratta di coloro che ricevono l'autorità dalla legge di uno Stato e compiono alcune delle funzioni governative, come - ad esempio - il veterinario statale, il commissario di Contea e alcuni impiegati in uffici giudiziari di contea, come gli impiegati della Corte e gli impiegati dell'ufficio del procuratore distrettuale).

Finora è stata privilegiata una indagine prettamente “amministrativa” in merito all'inquadramento delle qualifiche soggettive, ma essa si è resa necessaria per poter innanzitutto chiarire i concetti di *Public Officer* e di *Public Employee* così come riconosciuti all'interno dell'ordinamento statunitense; del resto il tema delle qualifiche soggettive, anche negli Stati Uniti, è *in primis* un tema di matrice pubblicistica.

---

<sup>376</sup> “A ministerial act may be defined to be one which a person performs in a given state of facts, in a prescribed manner, in obedience to the mandate of legal authority, without regard to the exercise of his or her own judgment upon the propriety of the act being done” in MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p.473.

<sup>377</sup> In 5 U.S.C.S., *sub par.* 2105, cit., p. 367.

<sup>378</sup> MITCHELL WALDMAN, J.D., *Public officers and employees*, cit., p. 470.

Il soggetto attivo che qui interessa è, infatti, colui che agisce in nome e per conto della pubblica amministrazione, e colui che è investito di particolari poteri direttamente dall'autorità statale o federale, è colui che gestisce interessi pubblici e nei cui confronti la collettività ha riposto particolare fiducia, la c.d. *trust*.

In questo senso si comprende perché anche negli Stati Uniti vi sia un particolare disvalore connesso alla condotta penalmente rilevante di tali soggetti e perché anche qui, stante la presenza di definizioni estremamente dettagliate, si sia cercato di identificare in maniera ancora più precisa chi è il *Public Officer* e chi il *Public Employee*.

Consapevoli di come la giurisprudenza penale italiana ha interpretato discrezionalmente gli articoli del codice penale relativi alle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione, specie quella di incaricato di pubblico servizio, determinando incertezze e discussioni, si è qui inteso tracciare un rapido *excursus* di quanto avviene, invece, nel sistema statunitense.

Si tratta di una ricostruzione incentrata essenzialmente sui reati di *Bribery and Embezzlement*, i quali, presentando una vasta serie di condotte “qualificate”, hanno offerto i maggiori spunti di riflessione circa l'attribuzione della responsabilità penale e la conseguente comminatoria di sanzioni principali e accessorie.

## SEZIONE SECONDA

### LE QUALIFICHE SOGGETTIVE NEL DIRITTO PENALE

#### Introduzione

Questa seconda sezione si occuperà dell'incidenza delle predette qualifiche di *Public Officer and Employee* all'interno del diritto penale.

In considerazione della vastità delle fattispecie codificate che ledono gli interessi della pubblica amministrazione, poiché quest'ultima viene comunemente identificata con gli “Stati Uniti d'America”, si è imposta un'analisi necessariamente più ristretta e, per questo, centrata su due reati particolarmente gravi.

Da un lato verrà analizzata la *Bribery*, al cui interno sono tipizzate le condotte di corruzione e concussione e dall'altro ci si occuperà dell'*Embezzlement*, riconducibile alla nostra appropriazione indebita / peculato.

Si tratta di illeciti accomunati dall'abuso di una qualità e, quindi, di una posizione di potere che giustifica la presenza di una particolare responsabilità, anche sotto il profilo sanzionatorio.

Il concetto di *Public Trust*, di “fiducia” che la collettività ripone nell'agire dei funzionari pubblici richiama tutte le considerazioni svolte nel capitolo precedente inerente il nostro sistema nazionale; anche all'interno dell'ordinamento statunitense l'interesse principale sembra, pertanto, quello di tutelare il più generale “principio di affidamento” nei confronti della pubblica amministrazione.

Ciò giustifica, in particolare, l'ampio riconoscimento, da parte della giurisprudenza, della figura del “*de facto officer*” e la particolare attenzione rivolta nei confronti dell'esercizio concreto di mansioni aventi rilevanza pubblicistica.

Il dato che colpisce maggiormente è il seguente: anche se il legislatore americano non ha codificato alcun principio oggettivo-funzionale per interpretare le qualifiche pubblicistiche, lo stesso sembra riscontrarsi, continuamente, all'interno delle sentenze pronunciate dalle Corti.

Si tratta di una suggestione che fa riflettere, perché evidenzia le differenze metodologiche che contrappongono l'ordinamento americano a quello italiano; entrambi

rimangono, comunque, accomunati da solidi principi costituzionali democratici, a cui tentano costantemente di dare attuazione.

### **1.1. Par. 201 Bribery of public officials and witnesses**

For the purpose of this section-

(1) the term “public official” means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror;

(2) the term “person who has been selected to be a public official” means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed; and

(3) the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit.

(b) Whoever—

(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—

(A) to influence any official act; or

(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person;

(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:

(A) being influenced in the performance of any official act;

(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person;

(3) directly or indirectly, corruptly gives, offers, or promises anything of value to any person, or offers or promises such person to give anything of value to any other person or entity, with intent to influence the testimony under oath or affirmation of such first-mentioned person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or with intent to influence such person to absent himself therefrom;

(4) directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom;

shall be fined under this title or not more than three times the monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States.

(c) Whoever—

(1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty—

(A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or

(B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official

duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person;

(2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person's absence therefrom;

(3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person's absence therefrom;

shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both.

(d) Paragraphs (3) and (4) of subsection (b) and paragraphs (2) and (3) of subsection (c) shall not be construed to prohibit the payment or receipt of witness fees provided by law, or the payment, by the party upon whose behalf a witness is called and receipt by a witness, of the reasonable cost of travel and subsistence incurred and the reasonable value of time lost in attendance at any such trial, hearing, or proceeding, or in the case of expert witnesses, a reasonable fee for time spent in the preparation of such opinion, and in appearing and testifying.

(e) The offenses and penalties prescribed in this section are separate from and in addition to those prescribed in sections 1503, 1504, and 1505 of this title.

All'interno della fattispecie in oggetto si rinvencono condotte proprie dei reati di corruzione e concussione.

Analizzando il testo della norma emerge, in tutta evidenza, la preliminare identificazione dei soggetti coinvolti: *"the public official"* e *"the person who has been selected to be a public official"*, mentre solo successivamente interviene l'indicazione precisa delle diverse condotte punibili e del connesso regime sanzionatorio.

La fattispecie in esame, pertanto, descrive autonomamente, in maniera dettagliata, i soggetti attivi del reato, e non rimanda al significato di ulteriori e distinte disposizioni quali i nostri articoli 357, 358 e 359 c.p.

Ciò che colpisce è l’identificazione in parte “soggettiva” ed in parte “funzionale” del *public official*: vi rientra, infatti, sia il membro del Congresso o il funzionario che dipende da agenzie o dipartimenti governativi, sia, più in generale colui che “agisce in nome e per conto degli Stati Uniti” e, quindi, nell’interesse della pubblica amministrazione americana.

Rimane il dato certo che l’identificazione dell’autore e della condotta penalmente rilevante vengono qui accorpate in un’unica norma, e ciò sembrerebbe garantire un più alto grado di tassatività e, conseguentemente, un minor spazio per “speculazioni” giurisprudenziali.

Tuttavia, nell’impatto con la prassi applicativa delle Corti, le definizioni di “*Public official*” e “*person who has been selected to be a public official*” sono state ugualmente oggetto di diverse interessanti interpretazioni.

Cogliere l’esegesi del linguaggio normativo così come viene offerta dalle Corti federali non è semplice e nell’analisi di una molteplicità di casi si avverte la necessità di identificare alcuni punti fermi, alcune linee interpretative di riferimento per poter comprendere meglio chi sono realmente i soggetti attivi di questo reato.

Di seguito si tenterà di offrire, in proposito, alcune chiavi di lettura.

## **2.1. Scopo dell’interpretazione giurisprudenziale**

Un primo dato interessante, che emerge dalla ricostruzione giurisprudenziale, è che il suo scopo non è stato quello di restringere il significato del termine alle persone solo ufficialmente impiegate o legate al governo, bensì quello di indagare se la persona effettivamente occupasse una posizione di responsabilità, e quindi fosse investita di concreta “fiducia”, nell’esercizio delle sue mansioni.

Su questa base molte Corti americane hanno esteso il significato del termine fino a farvi ricomprendere anche colui che non agisce in modo ufficiale all’atto della condotta e ciò sembra confermare le teorizzazioni precedentemente riportate circa il riconoscimento del ruolo del *de facto officer*.

Affrontando un caso di corruzione, la Corte ha stabilito che un sergente dell'aviazione americana è sempre un *public official* e per provare tale *status* non è necessario che egli agisca espletando funzioni ufficiali<sup>379</sup>.

In un altro caso, la Corte ha stabilito che un agente di un'agenzia governativa (*Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms – ATF*), a cui era stata offerta una somma di denaro per il rilascio di un prigioniero, era un pubblico ufficiale, ai sensi e per gli effetti del 18 U.S.C.A. § 201, anche se egli non aveva una autorità diretta su tali prigionieri e non poteva pertanto, in quel momento, effettuare ufficialmente il rilascio<sup>380</sup>.

Sulla questione relativa alla necessità o meno dell'agire ufficialmente, si registra, comunque, un contrasto, poichè se appare pacifico, ad esempio, che i membri del potere legislativo e giudiziario, insieme ai loro staff, rientrano a pieno titolo nella definizione di pubblico ufficiale<sup>381</sup>, esiste un precedente in cui un senatore, prima della nomina, non è stato riconosciuto quale membro del Congresso, proprio perchè egli non aveva ancora assunto ufficialmente i relativi poteri:

*The court held that, until a person elected United States Senator has been accepted by the Senate as a member and has assumed the duties of office, that person is not included within the scope of the predecessor to 18 U.S.C.A. par 201, because the person is not a “member of Congress”*<sup>382</sup>.

Particolare incertezza si rinviene anche in un altro caso di corruzione, in cui si era affermato in sentenza che l'ufficiale di un riformatorio distrettuale era un pubblico ufficiale: la Corte, infatti, pur avendo sollevato la questione relativa alla necessità o meno del requisito “dell'agire ufficialmente”, non aveva saputo fornire, in merito, alcuna argomentazione convincente<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> In a case of bribery the court held that a sergeant in the United States Air Force was an officer of the United States and it was not necessary to prove that the officer was acting in an official function. *Hurley v. U.S.*, 192 F.2d 297 (4<sup>th</sup> Cir. 1951).

<sup>380</sup> *U.S. v. Gjeli*, 717 F.2d 968 (6<sup>th</sup> Cir. 1983).

<sup>381</sup> An administrative assistant to a member of the Senate Judiciary Committee was embraced within the terms of the bribery statute. *U.S. v. Carson*, 464 F.2d 424 (2d Cir. 1972); the Attorney General, the United States Attorneys, and their assistants were “officers of the United States” within the meaning of the predecessor statute to 18 U.S.C.A.).

<sup>382</sup> *United States v. Dietrich*, 126 F. 676 (C.C.D. Neb. 1904).

<sup>383</sup> *United States v. Neville*, 82 F.3d 1101, 44 Fed R. Evid. Serv (LCP) 476 (D.C.Cir. 1996).



Interessanti sono, ancora, gli spunti offerti da alcune sentenze che coinvolgono i “*prohibition\_and narcotic agents*”: se tali soggetti, per l’incarico assunto, rientrano a pieno titolo nel novero di coloro che agiscono in nome e per conto degli Stati Uniti, essi rivestono tale qualifica non soltanto quando svolgono le loro funzioni in ottemperanza a un preciso incarico, ma anche nel momento in cui operano come *de facto officer*<sup>384</sup>.

Sembra invece pacifica l’esclusione della qualifica *de qua* in capo a chi riveste l’ufficio solo temporaneamente, mancando il requisito essenziale della continuità dell’incarico: *a onetime appointment did not render a special master an officer of the United States*<sup>385</sup>.

Un altro elemento interessante che emerge dall’analisi di queste prime sentenze è quello per cui, ai fini della responsabilità del *Public Officer*, non è necessario dimostrare che sia stato conseguito il risultato sperato.

Interessante a tal fine è il caso *Schanerman*: premesso che i medici membri di commissioni esaminatrici sono considerati pacificamente *Public Officer*, il medico di una commissione di leva che si era offerto, in cambio di denaro, di far ottenere un differimento a un militare, è stato ritenuto comunque *Public Officer*, con conseguente piena responsabilità, anche se la difesa aveva eccepito che la Commissione di cui faceva parte non era legittimata a trattare il caso del militare. Tale convincimento conferma l’orientamento secondo cui l’intento dello Statuto è quello di proteggere sempre e comunque la collettività dalle conseguenze negative della corruzione, indipendentemente dal fatto che l’agire vada effettivamente a buon fine<sup>386</sup>.

Per la comminatoria della sanzione non è, pertanto, necessario che la corruzione comporti un risultato utile; se, infatti, successivamente al perfezionamento della condotta, si scopre per qualche motivo che non c’è, ad esempio, la possibilità materiale di realizzare l’atto richiesto, ciò non incide sulla dichiarazione di colpevolezza del *Public Officer*: a tal fine basta che l’offerta di corruzione venga presentata e accettata.

---

<sup>384</sup> The court held that an “acting assistant prohibition director” could be the subject of bribery pursuant where such an officer existed *de facto* although not provided for by law under that name (*Buckley v. U.S.*, 33 F 2d 713 (C.C.A. 6 th Cir. 1929). *Idem* in *U.S. v. Remington*, 64 F 2d 386 (C.C.A. 2D Cir. 1933).

<sup>385</sup> *U.S. ex rel Lotsch v. Kelly*, 86 F. 2d 613 (C.C.A. 2d Cir 1936).

<sup>386</sup> *U.S. v. Schanerman*, 150 F. 2d 941 (C.C.A. 3D Cir.1945).

In altri casi si è discusso sulla possibilità di far rientrare un soggetto all'interno della definizione di "*Public Official*", laddove lo stesso, originariamente coinvolto in un'ipotesi di corruzione, si sia reso successivamente disponibile a collaborare con il Governo allo scopo di individuare e far incriminare i corruttori<sup>387</sup> (rivestendo così il ruolo di una sorta di "agente provocatore").

In un caso particolare, un ingegnere tecnico, dipendente della *Environmental Protection Agency*, si era dichiarato colpevole del reato e successivamente aveva accettato di cooperare con il Governo, diventando un agente interno coinvolto nell'attività di investigazione<sup>388</sup>.

La difesa sosteneva che l'imputato non rientrava più nella categoria di *Public Officer* del § 201, perchè la stessa non contemplava il caso di chi, modificando il proprio ruolo, aveva di fatto cessato le proprie funzioni ufficiali (in questo caso all'interno dell'EPA), ma soprattutto riteneva che lo Statuto imponesse, in capo al soggetto attivo, il permanere di un ruolo "istituzionale" attraverso l'assunzione di precise responsabilità federali e, in tal senso, l'operare come un mero agente sotto copertura non sembrava sufficiente alla conservazione dello status di *Public Official*.

La Corte, in questo caso, ha però riconosciuto la sua piena responsabilità, ragionando nei seguenti termini: al tempo della corruzione il soggetto era un dipendente federale e nonostante successivamente i suoi doveri fossero stati modificati, l'ingegnere aveva ugualmente reso un importante servizio all' EPA, non più attraverso l'espletamento di funzioni sue proprie, bensì partecipando alle indagini.

Inoltre, il fatto che il soggetto si sia dichiarato colpevole non cambiava il suo *status*: egli era e rimaneva un *Public Official*.

---

<sup>387</sup> "The courts held that particular federal inspector or other employees were within the definition of a public official, even though they had been caught taking bribes but had been kept on the federal workforce without regular duties to cooperate with the authorities and catch the persons bribing them".

<sup>388</sup> U.S. v. Romano, 879 F.2d 1056 (2d Cir. 1989): The court held that an engineer technician who was an employee of the Environmental Protection Agency (Epa), and whose primary duty was to inspect for compliance with asbestos regulations, remained a "public official" within the meaning of 18 U.S.C.A. par. 201, even after he agreed to plead guilty to a crime and to become an undercover agent. After the technician was arrested for accepting illegal payments from contractors, the technician agreed to cooperate with the government, and this cooperation consisted of remaining in his job and acting in an undercover capacity to investigate the contractors who had given him bribes.

Analogo caso è quello che riguarda un ispettore dell'amianto<sup>389</sup>, dipendente dell'*Environmental Protection Agency*, il quale, arrestato per aver accettato una “bustarella”, si era poi accordato per collaborare con il Governo.

Anche in questo caso la difesa sosteneva che l'imputato non era un ispettore ufficiale, e quindi un *Public Officer*, ma la Corte affermò che tale termine includeva “*an officer or employee of the United States or any of its departments or agencies*” e in questi termini l'ispettore, messi comunque a disposizione del Governo, era a tutti gli effetti un *Public Official*, sia al tempo della corruzione che successivamente, non avendo mai perso il proprio *status*.

Allo stesso modo, si ritiene che il *Public Employee* mantenga la sua connotazione pubblica, e la connessa responsabilità, anche se, avuta notizia della cessazione del suo incarico, si apprestava a lasciarlo al momento della commissione del reato<sup>390</sup>.

Le Corti federali hanno poi studiato e risolto diversi casi di soggetti che, pur non essendo ufficialmente dipendenti federali, erano comunque intimamente connessi o affiliati al Governo.

Si pensi al dipendente privato che amministra fondi pubblici (in specie sussidi di residenzialità)<sup>391</sup>: da un lato, l'agente non è riconducibile alla categoria del dipendente federale, dall'altro, però, egli si occupa concretamente della gestione di programmi e risorse federali.

La Corte, nel caso di specie, ha ritenuto che il soggetto occupasse un posto di responsabilità e che la sua attività fosse caratterizzata dal c.d. “*public trust*”, vale a dire dalla fiducia del pubblico.

---

<sup>389</sup> U.S. v. Kurzban, 703 F. Suoo. 5 (E.D.N.Y. 1989).

<sup>390</sup> “A supervising engineer at an Air force Materiel Command was a public official for the purposes of a prosecution for accepting a bribe in violation of 18 U.S.C.A par 201; the fact that the defendant had already received his termination notice and was shortly to leave government service at the time of the alleged offence did not detract from his status at the time of the offence in question” in U.S. v. Heffler, 270 F. Supp. 79 (E.D.Pa. 1967).

<sup>391</sup> The United States supreme Court held that executives of a private nonprofit community-based, social service corporation, with operational responsibility for the administration of a federal housing grant program within a city under the terms of a subgrant from the city, were “public officials” within the meaning of the federal bribery statute, and thus were subject to prosecution under the statute. Dixon v. U.S., 465 U.S. 482, 104 S. Ct.1172, 79 L. Ed. 2d 458 (1984).

La Corte, con tale decisione, ha confermato l'orientamento volto ad estendere l'attribuibilità della qualifica anche a soggetti non formalmente legati da un diretto rapporto di impiego con il Governo.

Naturalmente non tutti coloro che genericamente amministrano risorse pubbliche possono venire così inquadrati, lo saranno solo coloro in capo ai quali è riconosciuta una discrezionalità nella gestione, circa le finalità e modalità della stessa, e quindi una diretta responsabilità sul dove e come destinare i fondi.

Analogamente, si pensi al caso di dipendenti (ispettori, agenti, *broker*) di imprese private, che pur ricevendo la retribuzione da queste ultime, sono coinvolti in mansioni aventi rilievo federale: in proposito si registra un contrasto giurisprudenziale, poiché se vi è chi ritiene che tali soggetti sono a pieno titolo pubblici ufficiali al servizio di programmi federali, altri sostengono che essi non possono essere investiti di tale qualifica.

Da quanto detto finora, si può concludere che la qualifica soggettiva propria del *Public Officer/Official* o del *Public Employee* viene riconosciuta in capo non solo ai soggetti indicati normativamente e tassativamente, ma essa è propria anche di coloro che svolgendo una funzione pubblica, in nome e per conto del Governo, operano al di fuori di una legittimazione formale, nell'esercizio ad esempio di poteri di fatto.

Ciò che veramente rileva sembra essere, pertanto, il servizio effettivamente reso, la riconducibilità dell'agire ad un superiore interesse pubblico e la fiducia che la posizione ricoperta suscita nella collettività.

### **3.1. Tutela della Public Trust**

Se, come detto, uno dei requisiti fondamentali, per poter parlare di *Public Officer* ed *Employee*, è l'essere investiti di una "*public trust*", sicuramente essa si rinviene in capo ai *postal employee or agent*.

Abbiamo già avuto modo di appurare quale sia l'organizzazione del servizio postale nel nostro Paese e quali problematiche sono sorte in tema di qualifiche soggettive, vediamo ora come la stessa realtà viene disciplinata oltreoceano.

In proposito, occorre premettere che il servizio postale negli Stati Uniti è una branca del ramo esecutivo del governo federale, trattandosi di un fondamentale servizio

assicurato alla collettività da quest'ultimo e, per questo, i relativi poteri sono garantiti dalla stessa Costituzione Federale<sup>392</sup>.

I dipendenti postali sono, pertanto, considerati a pieno titolo “*Public Officers*” proprio in virtù delle responsabilità che li caratterizzano<sup>393</sup> e la conferma a tale assunto si rinviene anche nella giurisprudenza delle Corti.

Non stupisce il caso in cui la Corte ha stabilito che un dipendente postale, responsabile per la posta assicurata inviata e per la documentazione di pagamento annessa, era un pubblico ufficiale - in quanto investito di funzioni ufficiali direttamente dall'autorità federale<sup>394</sup>-, ma la decisione di un ulteriore caso può creare qualche perplessità: la Corte ha, infatti, affermato che l'agente postale *dell'Assistant Postmaster General*, incaricato di ispezionare la qualità delle cartoline postali (e quindi il tipo di carta con cui materialmente le stesse erano fatte) era anch'egli un soggetto che agiva in nome e per conto degli Stati Uniti d'America in funzioni ufficiali<sup>395</sup>.

Definito il ruolo dei dipendenti postali, è interessante notare come all'interno del Codice degli Stati Uniti vi siano alcune specifiche fattispecie criminose che li riguardano; si tratta della *Misappropriation of postal funds*<sup>396</sup>, della *Falsification of*

---

<sup>392</sup> Control of the principal functions of the Postal Service is vested in an 11 member Board of Governors, nine of whom are appointed by the President of the United States for nine years terms, with the advice and consent of the Senate, and two of whom, the Postmaster General and the Deputy Postmaster General, are appointed by the nine Governors. The Governors must be chosen to represent the public interest generally, and cannot be representatives of specific interests using the Postal Service. *Post Office*, in *American Jurisprudence 2D (Post office to premises liability 1-470)*, Thomson West ed., 2005, p. 10.

<sup>393</sup> J.M. ZITTER, *Who is public official within meaning of federal statute punishing bribery of public official (18 U.S.C.A. Par 201)*, in *American Law Reports ALR Federal – cases and annotations*, vol. 161 West Group, 2000, p. 512.

<sup>394</sup> U.S. v. Gelb, 881 F.2d 1151 (2d Cir. 1989).

<sup>395</sup> Thomson v. U.S., 37 App. D.C. 461 (App. D.C. 1911).

<sup>396</sup> § 1711. Whoever, being a Postal Service officer or employee, loans, uses, pledges, hypothecates, or converts to his own use, or deposits in any bank, or exchanges for other funds or property, except as authorized by law, any money or property coming into his hands or under his control in any manner, in the execution or under color of his office, employment, or service, whether or not the same shall be the money or property of the United States; or fails or refuses to remit to or deposit in the Treasury of the United States or in a designated depository, or to account for or turn over to the proper officer or agent, any such money or property, when required to do so by law or the regulations of the Postal Service, or upon demand or order of the Postal Service, either directly or through a duly authorized officer or agent, is guilty of embezzlement; and every such person, as well as every other person advising or knowingly participating therein, shall be fined under this title or in a sum equal to the amount or value of the money or property embezzled, whichever is greater, or imprisoned not more than ten years, or both; but if the amount or value thereof does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

*Postal returns to increase compensation*<sup>397</sup> e della *Issuance of money orders without payment*<sup>398</sup>.

I *Postal Service Officers and Employees* sono, pertanto, soggetti espressamente a responsabilità penale in relazione alla loro posizione di *Public Officers*, ma essi non rispondono solo per la realizzazione di queste tre peculiari fattispecie, ma anche in altri casi, poichè è stato deciso che il dipendente postale, se esercita le funzioni di cassiere, risponde anche del reato più generale di cui al § 643 *Accounting generally for public money*<sup>399</sup>, una sorta di appropriazione indebita.

Proprio la fattispecie di appropriazione indebita (*Embezzlement*)<sup>400</sup> è l'altra ipotesi criminosa oggetto di particolare attenzione, ai fini della presente comparazione, poichè la stessa, analogamente alla *Bribery*, presenta, al suo interno, una molteplicità di condotte che riguardano il *Public Officer* e l'*Employee*.

In questo senso non esiste nel sistema giuridico americano un'unica fattispecie di peculato - intesa come appropriazione "qualificata" -, ma una serie di condotte similari in cui il soggetto attivo pubblico opera l'interversione del possesso di beni nella sua disponibilità.

---

This section shall not prohibit any Postal Service officer or employee from depositing, under the direction of the Postal Service, in a national bank designated by the Secretary of the Treasury for that purpose, to his own credit as Postal Service officer or employee, any funds in his charge, nor prevent his negotiating drafts or other evidences of debt through such bank, or through United States disbursing officers, or otherwise, when instructed or required so to do by the Postal Service, for the purpose of remitting surplus funds from one post office to another.

<sup>397</sup> § 1712. Whoever, being a Postal Service officer or employee, makes a false returns, statement, or account to any officer of the United States, or makes a false entry in any record, book, or account, required by law or the rules or regulations of the Postal Service to be kept in respect of the business or operations of any post office or other branch of the Postal Service, for the purpose of fraudulently increasing his compensation or the compensation of the postmaster or any employee in a post office or

Whoever, being a Postal Service officer or employee in any post office or station thereof, for the purpose of increasing the emoluments or compensation of his office, induces, or attempts to induce, any person to deposit mail matter in, or forward in any manner for mailing at, the office where such officer or employee is employed, knowing such matter to be properly mail able at another post office. Shall be fined under this title or imprisoned not more than two years, or both.

<sup>398</sup> § 1713. Whoever, being an officer or employee of the Postal Service, issues a money order without having previously received the money therefor, shall be fined under this title.

<sup>399</sup> AA.VV., *Embezzlement and theft, in United States Code Service – crimes and criminal procedure 431-840*, title 18 USCS, Lexis Nexis ed., 2005, p. 244.

<sup>400</sup> Chapter 31. *Embezzlement and Theft*, in United States Code Service - Crimes and criminal procedure 431-840 -, Title 18 USCS, p. 245.

Le più importanti sono, oltre all' “*Accounting generally for public money*”, le fattispecie di cui ai § 645 “*Court officer generally*” e 646 “*Court officer depositing registry moneys*” (fattispecie di appropriazione commessa dai funzionari giudiziari), l'ipotesi più generale di cui al § 654 “*Officer or employee of United States converting property of another*” (fattispecie di appropriazione che coinvolge chi, nell'esercizio della propria funzione pubblica, è entrato in possesso di denaro o altre proprietà); vi sono poi il § 648 “*Custodians, generally, misusing public found*” e il § 649 “*Custodians failing to deposit moneys; person affected*” (che sanzionano le ipotesi di appropriazione e *mala gestio* di fondi pubblici da parte di coloro che devono assicurarne il deposito), e ancora il § 651 “*Disbursing officer falsely certying full payment*”, il § 652 “*Disbursing officer paying lesser in lieu of lawful amount*”, il §653 “*Disbursing officer misusing public funds*”, tutti relativi alla condotta penalmente rilevante di coloro che sono incaricati di operare esborsi di denaro pubblico.

Il successivo § 656<sup>401</sup>, poi, accorpa al suo interno le condotte di furto (*Theft*), appropriazione indebita (*Embezzlement*) e *mala gestio* (*Misapplication*) realizzate da parte di dipendenti (*bank officers or employees*) di istituti di credito membri del *federal riserve system*<sup>402</sup>.

Si tratta di una fattispecie particolarmente importante in quanto è finalizzata a proteggere i depositi bancari coinvolti nella gestione federale ed essa non si riferisce esclusivamente agli *Officers* e agli *Employees*, poichè il testo della norma richiama anche altri soggetti, quali:

“*persons connected in any capacity with the bank*”.

La giurisprudenza, interpretando quest'ultima categoria, ha ricondotto al suo interno avvocati<sup>403</sup> (in qualità di “agenti” della banca), *manager*<sup>404</sup> (data l'intima relazione con la gestione degli affari dell'istituto di credito), agenti di liquidazione<sup>405</sup> e

---

<sup>401</sup> “Theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee”, in Chapter 31. *Embezzlement and Theft*, in United States Code Service, cit., p. 307.

<sup>402</sup> “Purpose of 18 USCS §656 is to preserve and protect assets of banks having federal relationship such as national bank, banks with federally insured deposits, federal reserve banks and federal reserve member banks” in AA.VV, *Embezzlement*, cit., p. 312.

<sup>403</sup> U.S. v. Doane (1992, CA1 NH) 975 F2d 8.

<sup>404</sup> U.S. v. Edick (1970, CA4 Va) 432 F2d 350.

<sup>405</sup> U.S. v. Jewett (1897, CC Mass) 84 F 142.

persino cassieri<sup>406</sup>, anche se sul punto sono sorti dei contrasti che tendono ad escludere la figura dello sportellista addetto a pagamenti meramente ordinari<sup>407</sup>.

A questo punto, è possibile far rientrare tra gli *Officers*, o comunque tra le persone in qualche modo coinvolte nella gestione di una banca, anche il c.d. auditor (vale a dire il revisore dei conti)?

Una risposta positiva alla questione pare emergere nella giurisprudenza anglosassone, dove a più riprese si afferma che l'*auditor* nominato da un istituto di credito, in virtù di una *partnership*, per lo svolgimento esclusivo del suo incarico, riveste la qualifica di *officer* della stessa banca<sup>408</sup>.

Più in generale, si comprende come il coinvolgimento non sia automatico, ma dipenda dallo svolgimento effettivo di un tipo di incarico e dal rispetto dei relativi doveri:

*“An auditor may or may not be an officer of a company, and prima facie he is not, but if he was appointed to the office of auditor to the company and acted in that office, he was an officer”*<sup>409</sup>. *“In every case where an auditor of a company was appointed under articles of association which imposed upon him the duty of examining the balance-sheet and reporting to the members whether, in his opinion, it was a full and fair balance-sheet, containing the particulars required by the articles, and properly drawn up so as to exhibit a true and correct view of the company affairs, he was an officer of the company”*<sup>410</sup>.

Tale inquadramento si riflette anche in tema di *criminal liability*:

<sup>406</sup> “Collection teller failing to remit, or failing to credit remitter with checks and drafts sent to bank for collection, was guilty of embezzlement of funds of bank” in *Wherrell v. U.S.* 1927, CA 8 Kan, 18 F2d 532.

<sup>407</sup> “Paying teller” was not “officer” in *U.S. v. Means* (1989, CC Ohio) 42 F 599.

<sup>408</sup> Auditors who had been appointed by a banking company in pursuance of Companies Act 1879 s7, and were spoken of as officers of the company, were officers within 1890 (Winding-up) Act. AA.VV., Auditors and audit, in *The Digest, Annotated British Commonwealth and European cases*, 3 rd, vol 10(1), Butterworth & Co., London., 2000, p. 53.

<sup>409</sup> *Re Western Counties Steam Bakeries & Milling Co, Parsons & Robjnt’s Case* (1897) 66 LJ Ch 354; 76 LT 239, CA.

<sup>410</sup> *Re Kingstom Cotton Mill Co* (1896) 1 Ch 6; 65 LJ Ch 145; 44 WR210; 12 TLR 60; 2 Mans 626.



“An auditor appointed by a company to fill an office was an officer of the Company, there being no distinction between the interpretation of the word “officer” in s 333 (which was concerned with civil liability for misfeasance) and the interpretation of the word in the penal section; so, too, an auditor so appointed was a “public officer”<sup>411</sup>.

#### 4.1. La figura dell’auditor nel sistema di Common Law

Alla luce dell’interpretazione offerta dalla giurisprudenza anglosassone, è opportuno spendere alcune ulteriori riflessioni in merito alla categoria professionale dell’*auditor* (corrispondente del nostro revisore dei conti), per appurare come la stessa sia stata disciplinata nel sistema di *Common Law*.

Il termine “*auditor*” indica testualmente “colui che ascolta” e la sua origine risale al periodo in cui la contabilità pubblica era accettata e approvata dopo che ne era stata data lettura ai funzionari designati allo scopo.

La genesi dell’*auditing*, simbolo dell’economia moderna, è dunque da ricercarsi nell’organizzazione che lo Stato dette ad una attività di controllo istituita originariamente a proprio ed esclusivo vantaggio<sup>412</sup>.

Nel corso del tempo, il termine *auditing* non è stato usato solo con riferimento alla contabilità pubblica, ma anche a quella delle imprese private, dove, tuttavia, non ha smarrito quel carattere di pubblica utilità che lo contraddistingue.

Conseguentemente, anche la qualifica di *auditor* ha mutato di significato, assumendo quello attuale: “oggi gli *auditors* sono, infatti, i professionisti, specializzati nella pratica dei controlli societari o semplicemente quelli che di fatto si trovano a svolgere tali controlli”<sup>413</sup>.

Il compito peculiare dell’*auditor* è, pertanto, quello di analizzare il rendiconto generale di esercizio (o bilancio) e di predisporre una relazione in cui si riferisce se lo stesso rappresenta, convenientemente o meno, la situazione dell’azienda; tale bilancio è

---

<sup>411</sup> AA.VV., *Auditors and Audit*, in *The Digest, Annotated British Commonwealth and European Cases*, 3rd, Butterworth e Co Publishers Ltd, London, 2000, p. 55.

<sup>412</sup> S. PEZZOLI, *La funzione dell’auditor nella teoria e nella pratica professionale anglosassone*, Pisa, 1968, p. 5.

<sup>413</sup> S. PEZZOLI, *La funzione dell’auditor nella teoria e nella pratica professionale anglosassone*, cit., p. 5.

una vera e propria fonte di dati e notizie sullo stato economico-finanziario-patrimoniale di un'impresa e serve come base per ottenere finanziamenti, per preparare prospetti d'imposta, per assicurare una corretta retribuzione al capitale.

Il personale, il fisco, i creditori, gli investitori ed il pubblico in genere fanno, comprensibilmente, pieno affidamento su di esso; l'esigenza che tali categorie di persone non perdano la fiducia riposta nella veridicità, sia pure presunta, dei dati di bilancio, ha portato in alcuni Paesi alla nascita di tipici istituti, come quelli che verranno descritti qui di seguito.

La consuetudine dell'esame del bilancio ad opera di una persona qualificata indipendente ha contribuito, infatti, allo sviluppo e all'affermazione della professione del *certified public accountant*<sup>414</sup> negli Stati Uniti e del *chartered accountant* in Inghilterra.

Per quanto riguarda il sistema americano, esiste anche una specifica figura professionale - quella del *Certified Bank Auditor* (CBA) - specializzata nella contabilità bancaria<sup>415</sup>.

La professione di *certified public accountant* viene esercitata da *accountants*<sup>416</sup> che hanno scelto di servire il pubblico piuttosto che impiegarsi presso una azienda, la denominazione di C.P.A. è, pertanto, propria di quelle persone che hanno dimostrato di avere le qualifiche necessarie per rendere un competente servizio al pubblico.

Il titolo di C.P.A. viene, a tal fine, rilasciato da ogni Stato americano e dal distretto della Columbia, sulla base di uniformi esami scritti che presuppongono una approfondita conoscenza di più materie; colui che ottiene, da una commissione istituita

---

<sup>414</sup> Lo stretto collegamento tra Accountants and Auditors si coglie nel fatto che l' Auditing is the process whereby an independent certified public accountants conducts an examination of financial statements to determine whether the statements fairly present the financial information which they purpot to convey. C. PELLEGRINO, *Accountants*, in *Corpus Juris Secundum*, vol.I, Abandonment to Accountants, Thomson West ed., 2005,p. 525.

<sup>415</sup> The CBA designation shows the professional competency of the holder in bank- specific area of accounting, auditing, banking, laws and regulations, and general business.

<sup>416</sup> Il termine accountants è comprensivo di tutti coloro che svolgono la professione in materia di ragioneria in modo indipendente o meno. "A public accountant is one who furnishesaccounting or auditing service – as distinguished from bookkeeping – on a free basis, per diem, or otherwise, for more than one employer". ERIC C. SURETTE, *Accountants*, in *American Jurisprudence 2D* (Abandoned, Lost and Unclaimed Property to Adjoining Landowners), Thomson West., 2005, p. 584.

*ad hoc*, questa particolare abilitazione è un soggetto che, accanto alla solida competenza professionale, possiede, inoltre, indiscussa onestà e integrità morale<sup>417</sup>.

Analogamente, il titolo di *chartered accountant* viene rilasciato in Inghilterra sulla base di un esame pratico per l’abilitazione alla libera professione, sostenuto all’esito di un tirocinio effettivo di cinque anni presso gli uffici di un *chartered accountant*.

La caratteristica fondamentale propria del C.P.A. è l’indipendenza; per indurre i professionisti a rimanere indipendenti e per rafforzare la fiducia pubblica nella figura dell’*auditor*, l’*American Institute of Certified Public Accountant* ha stabilito precise regole di condotta professionale all’interno di un *Code of Ethics*, pubblicazione che viene continuamente aggiornata e nella quale sono raccolti tutti i principi ai quali deve ispirarsi il revisore nello svolgimento della sua attività: essi impongono, tra l’altro, di evitare l’assunzione di funzioni incompatibili e di eludere situazioni in cui l’*auditor* avrebbe un diretto interesse personale nei risultati presentati dai bilanci; sussiste, poi, un più generico dovere di astensione dagli atti che possono gettare discredito sulla professione.

La disciplina americana della revisione trova, pertanto, la sua fonte principale nelle regole emanate dalle associazioni professionali di categoria; esse hanno, comparativamente al nostro ordinamento giuridico, un’efficacia vincolante al pari delle norme giuridiche.

In Gran Bretagna è l’*Institute of Chartered Accountants in England and Wales*<sup>418</sup> a regolare l’intera materia professionale, esso esercita, inoltre, una funzione di controllo su tutta l’attività dei suoi iscritti e dispone provvedimenti disciplinari in ordine a quegli inadempimenti non direttamente perseguibili dalla legge dello Stato.

L’*American Institute of Certified Public Accountant* e l’*Institute of Chartered Accountants in England and Wales* operano in stretta collaborazione, tanto che le dichiarazioni rilasciate dagli associati dei due corpi professionali hanno uguale validità sia in U.S.A. che in Gran Bretagna.

---

<sup>417</sup> ERIC C. SURETTE, *Accountants*, in *American Jurisprudence 2D*, cit., p. 584.

<sup>418</sup> L’associazione menzionata è da annoverarsi tra le quattro principali associazioni del genere esistenti in Gran Bretagna, le altre tre sono: l’*Institute of Chartered Accountants in Scotland*, l’*Institute of Chartered Accountants in Ireland*, l’*Association of Certified and Corporate Accountants*.

Dopo aver sommariamente inquadrato la figura dell'*auditor*, così come disciplinata nel sistema di *Common Law*, è opportuno ragionare sul tema della sua responsabilità: sotto questo profilo va distinta la responsabilità legale-finanziaria da quella penale.

La prima è la responsabilità civile dell'*auditor* verso il cliente privato: essa prevede che quest'ultimo possa esigere il risarcimento delle perdite incorse a causa della negligenza, frode disonestà o malafede del professionista; l'*auditor* non è però responsabile delle perdite derivanti da errori di valutazione quando egli abbia eseguito fedelmente e diligentemente i propri doveri, ciò vale anche quando egli non ha avuto la possibilità di scoprire frodi nei rendiconti, non per propria negligenza, ma a causa della insufficienza dei mezzi a sua disposizione.

La responsabilità del revisore nei confronti del cliente è limitata alle obbligazioni contrattualmente assunte ed egli si obbliga a controllare le scritture contabili secondo i *generally accepted auditing standards*. Al termine dell'attività di revisione l'*auditor* deve indicare nella *opinion* se le scritture contabili sono *presented fairly* in conformità *with generally accepted accounting principles*.

Lo *standard* di diligenza richiesto, nell'esercizio della professione, è lo stesso previsto per i medici, gli avvocati, gli architetti, e gli ingegneri: la condotta deve essere pertanto improntata al massimo rispetto dei propri doveri ed a una diligenza e perizia conformi al proprio *status* di competenza.

Il parametro in base al quale riconoscere una eventuale responsabilità sarà quello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*<sup>419</sup>.

La disciplina della responsabilità extracontrattuale dell'*auditor* ha subito nel corso degli anni una interessante evoluzione, sia giurisprudenziale che legislativa.

La prima importante sentenza risale al 1919: il caso è *Landgdell c. Lybrand*, nel quale si decise che un terzo, non essendo parte del contratto, non potesse avere diritto al risarcimento del danno per errata certificazione, mancando il nesso di causalità (il c.d. principio della *privaty*).

Nel 1933 il *Securities Act* fissava il principio diametralmente opposto, stabilendo che l'*accountant* che avesse certificato un bilancio dal contenuto non veritiero era responsabile nei confronti di tutti coloro che, avendo fatto affidamento

---

<sup>419</sup> E. C. SURETTE, *Accountants*, in *American Jurisprudence 2D*, cit., p. 599.

sulla certificazione, avevano acquistato obbligazioni della società revisionata: è il tramonto del principio della *privaty*<sup>420</sup>.

L'affermazione contenuta nel *Securities Act* era stata, in un certo senso, sollecitata dalla sentenza di un caso molto controverso, deciso nelle more dell'approvazione della legge, quello *Ultramares c. Touche Niven Co.*

In specie, la società di revisione aveva rilasciato la certificazione del bilancio in trentadue copie, consapevole, dunque, che sarebbe stata inviata a un certo numero di persone diverse dalla società che era stata sottoposta a revisione; eppure il giudice, ribadendo il principio della *privaty*, non riconobbe la responsabilità extracontrattuale della società di revisione, ritenendo, da un lato, indeterminata e generica la categoria dei terzi aventi diritto e, dall'altro, troppo impreciso il limite tra negligenza e dolo.

Egli dichiarò espressamente che la soluzione di questo problema era compito del legislatore e non del giudice e, infatti, seguì il *Securities Act*.

Diverso il caso della responsabilità penale dell'*auditor*, che può comportare la sospensione anche perpetua dell'attività (*censure, suspension o revocation of the licence*), pene pecuniarie e detenzione in caso di corruzione<sup>421</sup>.

Nel sistema americano il tema della responsabilità penale (e il correlato tipo di sanzionamento) della specifica figura del revisore dei conti è esploso in tutta la sua importanza con il famoso scandalo *Enron*<sup>422</sup>: in specie, la società di revisione contabile (la “*Arthur Andersen*”), accusata di aver distrutto la documentazione che comprovava la disastrosa situazione economico-finanziaria della *Enron*, è stata condannata dalla Corte Federale, per il delitto di ostruzione alla giustizia, al pagamento di una multa di un

---

<sup>420</sup> R. CLARIZIA, *La disciplina americana della revisione. Il concetto di “ser vice public” in Francia, in AA.VV., L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano, 1978, p. 101.

<sup>421</sup> C. PELLEGRINO, *Accountants*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 1, Abandonment to Accountants, Thomson West ed., 2005, p. 531.

<sup>422</sup> Tale scandalo è frutto di speculazioni finanziarie eseguite da una società che ha occultato le perdite eludendo i principi contabili GAAP (*U.S. Generally Accepted Accounting Principles*), attraverso la creazione di SPES (*Special Purpose Entities*), sulle quali venivano scaricate le passività non registrate nel bilancio consolidato. In argomento: S. L. Schwarcz, *Enron and the use and abuse of Special Purpose Entities in Corporate Structures*, University of Cincinnati Law Review, Duke Law School Legal Studies Paper n. 28, 2006 - disponibile sul sito <http://www.ssrn.com/>

milione e mezzo di dollari, a cui si è aggiunta l'interdizione della licenza che la autorizzava a certificare i bilanci delle società quotate<sup>423</sup>.

Per il giudice americano la riprovevolezza della condotta della società di revisione stava proprio nell'aver scientemente distrutto tale documentazione, al fine di eludere le indagini che l'autorità finanziaria statunitense svolgeva in quel periodo sulla stessa società revisionata.

Appare del tutto evidente come, in questo caso, sia stato privilegiato un tipo di sanzionamento non meramente risarcitorio, ma anche punitivo; ciò risulta, del resto, conforme all'attuale orientamento assunto dalla giurisprudenza americana nei confronti delle società che certificano falsamente i bilanci di grosse aziende<sup>424</sup>.

Sulla scorta di questa drammatica vicenda non si può dimenticare che è stato anche approvato il *Sarbanes – Oxley Act* – una parte del quale è costituita dal *White Collar Crime Penalty Enhancement Act* (WCCPA), il quale ha, tra l'altro, reso la falsificazione di bilanci e prospetti un'autonoma figura di reato sanzionata con la reclusione fino a vent'anni e con multe fino a cinque milioni di dollari<sup>425</sup>.

L'insieme di queste considerazioni e, quindi, da un lato, la progressiva estensione della responsabilità extracontrattuale nei confronti di tutti coloro che fanno affidamento nell'attività di certificazione e, dall'altro, le recenti pesanti condanne penali inflitte per reati che paiono tutelare interessi collettivi ancor prima che economici, possono sollecitare la riflessione sul revisore quale esercente un *public service*?

Consapevoli delle peculiarità che contraddistinguono, nel nostro ordinamento, il concetto di servizio pubblico, tale interpretazione potrebbe risolversi in una forzatura, se non in una provocazione.

---

<sup>423</sup> United States v. Arthur Andersen LLP (S.D. Tex Indictment Cr. No. CRH 02, March 7, 2002) 2002 WL 464828.

<sup>424</sup> M. LA ROSA, *Black – out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. Comm.*, 2005, 2, p. 183. Per un approfondimento circa la responsabilità delle persone giuridiche nel sistema statunitense v. A. MENEGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 178..

<sup>425</sup> Sarbanes – Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 901, 116 Stat. 745, 804 (2002). Sulla natura dei white collar crimes – victimless crimes – v. F. BOWMAN, *Penalties for white collar offenses: are we really getting tough on crime? Testimony before the United States Senate Comitee on the judiciary*, June 19, 2002 e S. WHEELER, *Sitting in judgment: the sentencing of white collar criminals*, 133 (1988), 70.

L’idea di un servizio pubblico inteso come attività gestita da soggetti qualificabili come pubblici, in base ai criteri codicistici di riferimento, non può valere per l’attività di revisione americana.

Un servizio pubblico inteso in senso più ampio, come servizio svolto nell’interesse pubblico potrebbe costituire, invece, un punto d’incontro tra i due ordinamenti sul quale poter riflettere.

### 5.1. Profili sanzionatori: la Disqualification

Come già anticipato all’inizio della trattazione, al *Public Officer or Employee*, che venga ritenuto responsabile della commissione di particolari reati, sarà comminata, unitamente alla pena principale, l’importante sanzione accessoria della *Disqualification*.

I reati in questione sono i seguenti: *a Felonious or Infamous crime, Embezzlement of public money, Bribery, Perjury, Felonies involving moral turpitude*<sup>426</sup>.

Generalmente, la *Disqualification* si lega alla commissione di reati che coinvolgono direttamente le mansioni svolte all’interno dell’ufficio, ciò sta a significare che la condotta penalmente rilevante è quella tenuta nell’esercizio della pubblica funzione.

Lo scopo di tale sanzione, e quindi il proibire a colui che è stato condannato di rivestire un pubblico ufficio, non è solo quello di punire il singolo individuo in quanto tale, ma anche quello di assicurare *pro futuro* la “buona condotta” di tutti coloro che dovranno amministrare la cosa pubblica: l’intento è, quindi, dichiaratamente sia preventivo che punitivo<sup>427</sup>.

La *Disqualification* riveste il ruolo di vera e propria sanzione accessoria e in questo senso la persona non potrà essere dichiarata colpevole di un crimine, e conseguentemente interdetta dai pubblici uffici, se prima non è stata formalmente accusata e ritualmente processata secondo la legge vigente; tuttavia, importanti eccezioni a tale regola potranno sempre essere previste statutariamente.

---

<sup>426</sup> MITCHELL WALDMAN J.D., *Public Officer and Employee*, cit., p. 516.

<sup>427</sup> AAVV., *Eligibility to office or public employment*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 67, *Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees*, Thomson West, 2002, p. 180.

Se, infatti, lo Statuto prevede la sussistenza di una mera ipotesi di colpa per giustificare l'interdizione, tale accertamento sarà sufficiente ad autorizzare la stessa e non servirà, a tal fine, lo svolgimento di un procedimento penale e una condanna definitiva<sup>428</sup>.

Più precisamente, stante la precisa regolamentazione statutaria in materia, al giudice penale non resterà che il compito di accertare se l'offesa è ricompresa nel novero di quelle previste ed, in caso positivo, formalizzare la cessazione dell'incarico<sup>429</sup>.

Gli effetti della *Disqualification*, nei casi di condanna per uno dei crimini descritti, si perfezionano immediatamente e conseguono obbligatoriamente, essi sono indipendenti dal fatto che la cessazione dell'incarico venga ordinata contestualmente alla condanna, oppure in un momento successivo.

Interessanti sono, poi, le considerazioni che si possono fare circa la relazione tra la *Disqualification* dagli uffici statali e l'eventuale condanna disposta dalla legge federale o dalla legge di un altro Stato.

In proposito si rinvencono differenti opinioni: per alcuni Stati la condanna federale comporterà automaticamente la *Disqualification* statale solo nel caso di crimini particolarmente infamanti; per altre autorità, invece, la condanna per un delitto federale implicherà l'interdizione dall'ufficio statale se il crimine contestato costituisce, a sua volta, un delitto anche per la legge dello Stato, l'importante è che si tratti proprio di un "delitto" e non di una contravvenzione<sup>430</sup>.

Quanto ai contenuti, anche una condanna straniera per un crimine infame è una condanna a tutti gli effetti e rientra, pertanto, nella *ratio* costituzionale che vieta la prosecuzione di un incarico in capo a colui che si è macchiato del suddetto grave reato<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 67, Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees, Thomson West ed., 2002, p. 180.

<sup>429</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 67, Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees, Thomson West, 2002, p. 180.

<sup>430</sup> MITCHELL WALDMAN J.D., *Public Officer and Employee*, cit., p. 519.

<sup>431</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 67, Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees, Thomson West, 2002, p. 180.



Come detto in precedenza, generalmente, per l’operatività della *Disqualification* è necessario che intervenga una condanna all’esito di un procedimento penale (salve eventuali eccezioni statutarie): in questo senso il mero accertamento, in un procedimento civile, che una persona è passibile di responsabilità penale risulta insufficiente a legittimare il provvedimento.

La condanna deve, poi, essere definitiva e in questo senso la proposizione e pendenza di un appello sul pronunciamento non rende la persona ineleggibile per una pubblica carica.

Anche l’eventuale differimento di una sentenza non è di ostacolo all’assunzione di un pubblico incarico; analogamente, il candidato a quest’ultimo, che ottenga la sospensione della sentenza dopo la condanna, ha il diritto a rivestire legittimamente l’ufficio<sup>432</sup>.

In proposito, occorre comunque dar conto dell’orientamento contrario, secondo cui all’interno della interpretazione del concetto di “sentenza definitiva che comporta una interdizione”, vanno ricomprese tutte le sentenze decise con accertamento di colpa, anche quelle che dispongano la sospensione della punizione del colpevole<sup>433</sup>.

La *Disqualification* può essere sempre revocata se ciò è previsto dallo Statuto, sebbene alcune interdizioni abbiano un carattere permanente.

Una previsione costituzionale che dichiari il soggetto condannato “ineleggibile” per una carica, non necessariamente impedisce, per sempre, allo stesso di rivestire l’ufficio in uno Stato; lo Statuto può prevedere, infatti, che i soggetti condannati per un reato, stante l’irreversibilità formale della condanna, possano comunque essere eletti o nominati se hanno scontato interamente la pena<sup>434</sup>.

Una persona che ha saldato il suo debito con la giustizia e ha mantenuto i propri diritti civili e politici non ha comunque sempre il diritto di cercare e assumere immediatamente un pubblico ufficio: in questo senso una previsione costituzionale prevede che coloro che sono stati condannati per un reato contro la moralità pubblica

---

<sup>432</sup> MITCHELL WALDMAN J.D., *Public Officer and Employee*, cit., p. 518.

<sup>433</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, cit., p. 182.

<sup>434</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, cit., p. 183.

non possano essere eletti per ricoprire un incarico, finchè non siano trascorsi dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza<sup>435</sup>.

Ad un soggetto non potrà sicuramente essere impedito di rivestire un ufficio se esso è stato, invece, condannato sulla base di una sentenza successivamente dichiarata nulla, perchè viziata da errore.

Da ultimo, per quanto concerne l'istituto della grazia, si può ricordare che le previsioni costituzionali riconoscono pacificamente gli effetti "riabilitativi" della grazia concessa dal governatore di uno Stato; tale provvedimento consente al soggetto di ottenere nuovamente tutti i diritti e la possibilità di concorrere alle cariche pubbliche; tuttavia, vi sono anche altre previsioni costituzionali che impongono, per l'elezione legittima alla carica, che siano trascorsi almeno quindici anni dal passaggio in giudicato della sentenza<sup>436</sup>.

### **6.1. Alcune ipotesi di incapacità**

Oltre alla *Disqualification* vi sono altre conseguenze giuridiche che possono derivare dalla pronuncia di una sentenza di condanna.

Nel sistema americano la persona condannata per un reato viene considerata "civilmente morta", nel senso che diviene civilmente incapace, ma in proposito vi è da dire che tale incapacità non è effettiva se non viene prevista anche dal singolo Statuto.

In quest'ultimo caso, colui che è stato condannato per un reato perde una parte delle garanzie costituzionali, anche se la condanna non fa cessare automaticamente tutti i diritti costituzionali; infatti, il condannato a pena detentiva conserverà, ad esempio, quei diritti che non sono incompatibili con gli obiettivi sanzionatori<sup>437</sup>.

Rimane il fatto che la persona condannata per crimini particolarmente gravi, perde alcuni diritti civili come il diritto di voto, il diritto di assumere un pubblico incarico, il diritto di svolgere l'ufficio di giurato e via dicendo; saranno, poi, le singole previsioni statutarie a stabilire se queste incapacità permangono limitatamente al tempo

---

<sup>435</sup> AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, cit., p. 183.

<sup>436</sup> AA. VV., *Eligibility to office or public employment*, cit., p. 184.

<sup>437</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d, Criminal Law to Customs duties and import regulations*, Thomson West., 2008, p. 439.

dell’incarcerazione, oppure per un periodo successivo alla stessa<sup>438</sup>, o se assumano addirittura un carattere permanente<sup>439</sup>.

L’eventualità di una grazia incondizionata e piena fa riacquistare al soggetto i propri diritti civili, incluso il diritto di voto e il diritto ad essere testimone; in alternativa alcuni Statuti hanno decretato che siano particolari “certificati di riabilitazione” a far conseguire il medesimo effetto<sup>440</sup>.

In tema di effetti collaterali alla condanna, occorre precisare che con quest’ultimo termine si intende, generalmente, la condanna penale, non assumendo pertanto rilievo le decisioni civili o amministrative.

Il termine “condanna” non presuppone necessariamente una sentenza resa all’esito di un intero procedimento, ma include anche una dichiarazione di colpevolezza o un patteggiamento; per alcuni Statuti, poi, la perdita della possibilità di pagare una cauzione o di offrire analoghe garanzie viene equiparata ad una condanna.

Il concetto di “condanna” ha, poi, due distinti significati, uno tecnico–giuridico e uno “popolare”: il primo si riferisce all’esito finale di un giudizio, ad un verdetto ufficiale di colpevolezza, ma in molti contesti esso può essere inteso anche in senso “profano”.

Sembra prevalere, comunque, il convincimento che il verdetto debba essere valido, attuale ed effettivo per l’attuazione delle conseguenze di *legal disabilities, disqualifications and forfeitures*.

Un orientamento giurisprudenziale ritiene che la sentenza penale costituisca condanna nonostante la pendenza di un procedimento di appello o di altri procedimenti di sospensione, tuttavia, sussiste un opposto indirizzo secondo il quale l’imputato non è condannato finché rimangono in sospeso questioni di fatto o di diritto capaci di incidere sulla sua colpevolezza<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> For example, felons are barred from possessing weapons and firearms for five years following their conviction. *City of Junction City v. Cadoret*, 263 Kan., 164, 946 P.2d 1356 (1997).

<sup>439</sup> “Specific disability statutes designate a particular civil disability than occurs upon the conviction and remains in effect throughout the defendant’s life, unless restored by a specific statutory procedure, while “civil death statutes” are blunt provisions that deprive the criminal of all rights while he is serving a prison sentence for life or less than life”. In AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d, Criminal Law to Customs duties and import regulations*, Thomson West, 2008, p. 440.

<sup>440</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d*, cit., p. 440.

<sup>441</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d*, cit., p. 441.

Per quanto concerne i diritti di proprietà essi non vengono generalmente travolti dalla condanna, il soggetto, pertanto, non li perderà, ma anzi potrà anche acquistarli *ex novo* con scritture private e disporne nello stesso modo; in certe giurisdizioni è comunque stabilito che venga nominato un amministratore per la gestione del patrimonio di un detenuto, in questo caso nessun atto dispositivo potrà essere posto in essere senza una sua preventiva autorizzazione<sup>442</sup>.

In assenza di precise cause di inabilità imposte dallo Statuto, la persona condannata per un crimine è generalmente in grado di contrattare privatamente; alcuni Statuti possono, tuttavia, come detto, rendere la persona “civilmente morta” nel senso di assolutamente o relativamente incapace a contrattare, in questi casi l’atto risulterà nullo e non sortirà alcun effetto.

Il condannato ha il diritto di intraprendere azioni giudiziarie, a meno che non sia diversamente stabilito dallo Statuto, questo diritto non è, infatti, assoluto e può essere ristretto statutariamente nel caso in cui la persona abbia perso i propri diritti civili in seguito della condanna; tuttavia secondo un diverso orientamento i detenuti mantengono il diritto di adire la Corte per mettere in dubbio le loro condanne e per venire risarciti nel caso di violazione dei loro diritti costituzionali<sup>443</sup>.

Ai soggetti citati in cause civili non può essere negato l’accesso alle Corti solo perchè detenuti: essi non hanno, però, un diritto assoluto di comparire personalmente durante il procedimento, poichè tale facoltà viene concessa discrezionalmente dalla Corte. Anche lo Statuto può prevedere che il detenuto non venga direttamente citato, a meno che egli non abbia rinunciato al diritto di nominare un tutore *ad litem* che difenda l’azione a suo nome<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d*, cit., p. 443.

<sup>443</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d*, cit., p. 445.

<sup>444</sup> AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d*, cit., p. 445.

## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

All'esito della trattazione svolta in tema di qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione siano consentite alcune considerazioni conclusive, al fine di riannodare il filo di congiunzione tra le varie parti di questo complesso lavoro, verso il quale non sussiste, naturalmente, alcuna pretesa di esaustività.

L'indagine sulla *ratio essendi* del reato proprio, contenuta all'interno del primo capitolo, ha consentito di comprendere il particolare legame esistente, in alcune fattispecie, tra soggetto agente e bene giuridico e il perché, in questi casi, la lesione o la messa in pericolo dello stesso sia prerogativa di uno specifico individuo.

Un'ipotesi ricostruttiva molto interessante che è emersa nella parte iniziale di questo studio ha riguardato le c.d. fattispecie penali d'obbligo (*Pflichtdelikte*), che costituiscono l'archetipo dei reati contro la pubblica amministrazione.

L'assunto fondamentale di questa teoria risiede, come visto, nella comminatoria, in capo al soggetto agente, di una sanzione per l'inosservanza di obblighi e doveri che gli derivano dal ruolo che riveste e che sono espressione di uno speciale rapporto con il bene giuridico tutelato.

Questo *quid pluris*, questa violazione di uno specifico dovere giuridico, inevitabilmente, si rifletterà nel contenuto di illiceità del fatto poiché è ormai da considerarsi pacifica la collocazione delle qualifiche soggettive tra gli elementi strutturali della fattispecie.

Quanto alla loro identificazione da parte della collettività, per i reati contro la pubblica amministrazione si utilizza spesso una terminologia variegata e "giornalistica" che richiama pur sempre questo legame qualificante, questa peculiare connaturalità; per fare alcuni esempi si parla di *occupational crime*, *economic crime*, *white collar crime*, crimine imprenditoriale, crimine dei potenti e via dicendo.

Al di là dell'"anarchia definitoria" che connota il *genus* comprensivo delle varie fattispecie, corruzione, concussione, malversazione, peculato e simili si sostanziano nell'abuso di uno *status*, di un potere, di un'influenza e di una fiducia, che si concretizza nello sfruttamento di risorse pubbliche, al solo fine di ottenere illeciti vantaggi privati.

Questo fenomeno, nel corso del tempo, è andato intensificandosi in parallelo all'evolversi del comparto sociale e ha soprattutto risentito delle logiche interne allo

scenario politico, sempre più affini ad un' "etica degli affari", piuttosto che all'esercizio di un buon governo.

In questo già complesso quadro, si è inserito anche l'imperante proliferare normativo: lo statuto penale della pubblica amministrazione non si esaurisce, infatti, all'interno del codice penale, ma richiama una legislazione "esterna" molto spesso caotica e improvvisata, perché frutto dell'emergenza, in cui si susseguono abrogazioni, modifiche e integrazioni.

Ciò ha, paradossalmente, determinato un meccanismo perverso in grado di ampliare, invece che ridimensionare, l'integrazione di tali condotte criminose.

Non si può, infine, dimenticare la progressiva commistione tra pubblico e privato, tra gestione statale e imprenditoriale delle risorse, che è stata incentivata dalla politica comunitaria, portatrice dei principi di concorrenza nel mercato e di liberalizzazione dell'economia.

Questo processo pare abbia ulteriormente incrementato i "fenomeni corruttivi": non solo i beni economici, ma anche l'insieme dei valori e dei diritti hanno, pertanto, fatto ingresso nell'area commerciale, diventando negoziabili e discrezionali e ciò ha caratterizzato sia la realtà europea che quella nord americana (quest'ultima, come visto, oggetto di separata analisi all'interno del terzo capitolo della tesi).

Cercando, ora, un collegamento con tale realtà sensibile e, quindi, con gli effetti che investono la collettività dei consociati, al di là di riflessioni puramente economico-politiche, si può affermare che i delitti contro la pubblica amministrazione minano la fiducia nell'autorità, creando disaffezione nelle istituzioni preposte alla gestione della cosa pubblica, ma il danno provocato, seppur ampio e profondo, è meno diretto: il pubblico, infatti, non ne ha una immediata percezione e molto spesso non riconosce neppure la propria condizione di "vittima".

Il discorso relativo al "danno sociale" conduce a inevitabili valutazioni sul tipo di sanzionamento; in materia non si è discusso solo sul controllo e sulla prevenzione di questo tipo di reati, ma anche sulla necessità di un aumento delle pene o, viceversa, sulla opportunità di una depenalizzazione: la dottrina si è chiesta, provocatoriamente, se ha ancora senso mantenere questi illeciti nell'alveo del diritto penale o se è, invece, pensabile un loro integrale trasferimento nel settore amministrativo, dove i rimedi disponibili sembrano maggiormente efficaci.

Se è condivisibile l'auspicio ad estendere le pene interdittive, in quanto più adeguate ed efficienti rispetto ad una generica sanzione detentiva, l'idea di un "diritto penale minimo", che estromette dal proprio ambito i reati descritti, perché "privi di vittime in carne ed ossa" (o meglio caratterizzati da una "vittimizzazione di massa"), non può essere condivisa.

La prospettiva di inserire i reati commessi in danno della pubblica amministrazione nel settore del diritto sanzionatorio amministrativo comporterebbe, infatti, il risultato di "bagatellizzare" fatti gravemente lesivi, oltre a quello di far pagare il prezzo dell'illecito commesso direttamente alla collettività, specie nei casi in cui ad essere coinvolti siano i settori economici.

Ipotizzando, per esempio, un'ipotesi di corruzione, le sanzioni pecuniarie previste dal diritto amministrativo verrebbero, infatti, pagate non dalla persona fisica del responsabile, ma dall'impresa nel cui interesse egli ha agito e ciò determinerebbe un trasferimento del costo direttamente sulle spalle di consumatori e azionisti.

Un ulteriore dato che deve far riflettere rappresentato dal fatto che ridurre fattispecie gravi e complesse come quelle contenute negli articoli 314 c.p. e seguenti, in illeciti amministrativi significherebbe demandarne l'accertamento non più ad organi indipendenti dal potere politico, quali quelli giudiziari, ma ad apparati ad esso subordinati, con tutti i rischi che ne conseguono e che sono facilmente ipotizzabili.

La soluzione preferibile pare, invece, quella volta al mantenimento dell'autorità penale, unitamente al potenziamento delle sanzioni interdittive, che, in un'ottica di prevenzione, risultano maggiormente dissuasive.

I processi di "tangentopoli" hanno dimostrato, del resto, che la sanzione detentiva, rappresenta un'illusione penalistica, specie quando si cerca di "moralizzare" un certo settore del vivere civile.

Nel caso dei reati commessi dai "colletti bianchi", si accentua, infatti, quel diaframma tra penalità minacciata e penalità inferta a causa di meccanismi processuali e sostanziali che consentono di evitare il materiale ingresso negli istituti penitenziari.

Per tale motivo di fronte a questo tipo di criminalità è forse più utile strutturare l'apparato sanzionatorio in maniera diversa, con l'utilizzo, per esempio, di pene interdittive non sospensibili condizionalmente come sanzioni principali; ciò rappresenterebbero un forte deterrente per l'autore del reato.

Una estromissione definitiva della sanzione detentiva non risulta comunque fattibile, poiché vi sono ipotesi particolarmente gravi in cui non è possibile intervenire con altri strumenti e casi in cui il soggetto attivo, all'esito del giudizio, non riveste neppure più la qualifica soggettiva, per cui l'interdizione non sortirebbe alcun effetto.

Analoghe considerazioni sono state svolte nel sistema americano, dove la criminalità dei *white collars criminals* è particolarmente osteggiata. In particolare è emerso che chi compie questi illeciti spesso opera all'interno di istituzioni molto complesse e ciò rende assai difficile l'identificazione del colpevole, che dispone, inoltre, di migliori *chances* difensive.

Conseguentemente, l'effetto di deterrenza affidato alla sanzione penale non risolve i molti casi di impunità e si rende, pertanto, necessario ampliare l'arsenale sanzionatorio alternativo.

In relazione, più in generale, alla criminalità economica, si è capito che l'opzione da privilegiare deve essere quella volta a far comprendere a questi soggetti la contrarietà della loro condotta all'ordinamento ed, in particolare, alle "normali" regole giuridiche del mercato.

In questo senso, accanto ad un'espansione dei rimedi interdittivi, si è assistito ad un rafforzamento anche del ruolo della sanzione pecuniaria, che può arrivare sino alla forma della *incapacitation fine*, vale a dire fino ad un ammontare tale da paralizzare ogni attività d'impresa e causarne l'estinzione.

L'obiettivo del legislatore statunitense è, in questo senso, duplice: da un lato punire, dall'altro, risarcire, non solo nell'ottica di deterrenza, ma anche al fine di incentivare i soggetti criminali, ed in specie le persone giuridiche, a predisporre meccanismi interni diretti a prevenire, scoprire e denunciare gli illeciti.

Non sembra, invece, che l'attuale risposta sanzionatoria, a disposizione del nostro ordinamento e principalmente incentrata sul rimedio detentivo, sia in grado di assolvere ad alcuna finalità utile.

Osservare come si è evoluto il sistema sanzionatorio oltreoceano può essere estremamente utile, così come sembra importante introdurre, anche nel nostro sistema nazionale, la promozione di una nuova "etica" comportamentale in grado di rimuovere l'imperante malcostume e garantire in capo ai funzionari pubblici l'effettiva percezione della loro responsabilità nella gestione degli interessi collettivi.



Dopo aver riassunto in queste preliminari considerazioni l'inquadramento dei reati contro la pubblica amministrazione, è il caso di tracciare alcune conclusioni anche sul tema centrale di questo lavoro e, quindi, sulla disciplina normativa e sulle applicazioni giurisprudenziali che hanno riguardato le qualifiche di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio ed esercente un servizio di pubblica necessità.

All'interno di questo studio abbiamo avuto modo di approfondire le ragioni del passaggio da una concezione soggettiva ad una oggettivo-funzionale nell'attribuzione dei predetti titoli e per questo motivo sono stati indagati i contenuti della riforma intervenuta ad opera della l. n. 86 del 1990, le sue diverse implicazioni nella perdurante distinzione tra pubblica "funzione" e pubblico "servizio" ed è stata, altresì, esaminata la natura e la "tenuta" degli attuali criteri delimitativi "esterni" ed "interni".

L'intervento novellativo ha indiscussi pregi: innanzitutto nell'aver testimoniato l'attenzione con cui il legislatore ha preso atto delle difficoltà interpretative inerenti la delimitazione delle figure pubblicistiche, ma anche nell'aver espresso un'adesione consapevole a quegli spunti ermeneutici che erano stati elaborati dalla dottrina per arginare il grave caos interpretativo.

A parere della maggior parte dei commentatori, l'opzione a favore della nuova impostazione, ancorata all'analisi della situazione di fatto ed in particolare al tipo di attività svolta concretamente dall'agente, si è dimostrata vincente. Essa, infatti, risponde bene alle esigenze di effettività e di ragionevolezza proprie del sistema sanzionatorio.

Tuttavia, ciò non ha impedito l'insorgere di alcuni problemi interpretativi che si sono rivelati in tutta la loro complessità soprattutto laddove è risultato difficile distinguere l'ambito pubblicistico da quello privatistico: il fenomeno delle concessioni e quello delle privatizzazioni hanno evidenziato, per primi, le debolezze del criterio oggettivo-funzionale nella disputa connessa all'identificazione della natura privata o pubblica di un ente derivato e dei suoi operatori.

Molti altri settori, come visto, sono stati, però, interessati da queste incertezze e anche dove si sono raggiunte, nel corso del tempo e non senza difficoltà, soluzioni condivise e formalmente in linea con gli intenti legislativi, permangono, tuttora, delle questioni aperte, molto problematiche, in ordine alle quali l'adozione dei soli criteri identificativi offerti dalla riforma non sembra sufficiente.

Le pronunce oscillanti della Suprema Corte si sono rincorse in un pericoloso crescendo e molto spesso si è assistito ad una estensione *ad libitum* dell'applicazione dell'art 357, ma soprattutto dell'art. 358 c.p.; la nozione più "sfumata" di incaricato di pubblico servizio è, infatti, quella che da sempre soffre maggiormente l'impatto con la prassi.

La sua descrizione normativa si giova di un duplice richiamo *ad excludendum*, verso l'alto e verso il basso, e ciò ha contribuito alla fama di figura residuale ed "artificiosa"; la distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio non trova, del resto, un avallo neppure nella dottrina amministrativistica, che dubita della possibilità di distinguere con precisione la "funzione" dal "servizio".

Più in generale, l'atteggiamento assunto dai giudici sembra, molte volte, orientato al soddisfacimento di contingenti esigenze politico criminali, la necessità primaria è quella di scongiurare pericolosi vuoti di tutela, quella di garantire una risposta "forte" nei confronti di una criminalità particolarmente insidiosa che genera, come detto, sfiducia nei confronti dell'intero apparato preposto alla gestione della "cosa pubblica".

Ogni qualvolta un'attività presenta un riflesso di pubblico interesse e, quindi, una proiezione verso l'esterno si tende ad estendere l'attribuibilità delle qualifiche soggettive, per poter preservare gli interessi in gioco; ma il rigore e l'imparzialità che devono contraddistinguere gli agenti pubblici, proprio in ragione del particolare ruolo che essi rivestono, non dovrebbero venire evidenziati solo al momento sanzionatorio, quando ormai la condotta illecita è stata perpetrata e la lesione è giunta a consumazione; molto più correttamente, invece, l'etica professionale andrebbe "riscoperta" e rafforzata fin dall'inizio, per poter accompagnare efficacemente l'esercizio della funzione e del pubblico servizio.

La parziale riviviscenza della concezione soggettiva in giurisprudenza può, quindi, essere in parte spiegata sia alla luce della perdurante e acclarata vaghezza delle attuali norme definitorie, sia nell'ottica di precise direttrici di politica criminale.

Ciò che in realtà colpisce, è che lo stesso orientamento pare aver contagiato, ultimamente, anche il legislatore: una conferma di questo assunto si coglie nell'analisi dell'articolo 322 *bis* c.p.

Un aspetto sul quale si è volutamente sorvolato finora, per poterlo trattare compiutamente adesso, in un contesto riassuntivo, riguarda i contenuti della l. 29 settembre 2000 n. 300 che, nel dare attuazione a Trattati internazionali ha equiparato ai nostri pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio alcuni funzionari di organizzazioni internazionali e di Stati esteri.

L'introduzione del menzionato articolo 322 *bis* c.p. è stata operata al fine di rendere applicabile una serie di delitti, quali il peculato, la concussione e la corruzione, anche ai funzionari e agli agenti dipendenti di strutture amministrative della Comunità Europea.

Nessun dubbio può nutrirsi sull'opportunità del provvedimento legislativo, necessario per una adeguata tutela degli interessi delle finanze comunitarie, nell'ottica di una progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali; tuttavia, dal testo della norma emerge una elencazione tassativa che pare richiamare vecchi schemi legislativi, ma soprattutto la qualifica soggettiva pubblicistica viene estesa sulla base di un richiamo esplicito al rapporto di dipendenza con l'organismo comunitario - nel punto 2) si rinviene, addirittura, il concetto di "assunzione per contratto" quale criterio determinante -.

Tutto ciò potrebbe far pensare ad un sostanziale "passo indietro" nell'adozione del criterio oggettivo-funzionale, il quale verrebbe così confermato per le qualifiche discendenti dal diritto interno, ma non troverebbe applicazione per i soggetti appartenenti alle amministrazioni comunitarie, dando tra l'altro vita ad uno squilibrio ingiustificabile.

In realtà, a ben vedere, al legame soggettivo con l'ente deve sommarsi necessariamente una verifica sullo svolgimento delle attività, le quali, peraltro, calandosi in un contesto istituzionale saranno giocoforza destinate ad una qualificazione pubblicistica.

L'abbandono della impostazione oggettiva, almeno sul piano legislativo, si rivela, quindi, più apparente che reale.

Dove, invece, il criterio oggettivo mantiene la sua forza e viene al meglio valorizzato è nel riconoscimento della responsabilità penale del "funzionario di fatto", poiché ivi si dà peso al solo esercizio tangibile di una funzione pubblicistica, indipendentemente da qualsiasi legame formale con la pubblica amministrazione (che in

questo preciso caso, come abbiamo visto, risulta del tutto assente o quantomeno viziato).

La figura del *de facto officer* è propria anche della giurisprudenza statunitense, la quale ha privilegiato un'individuazione delle qualifiche soggettive particolarmente attenta ai profili funzionali dell'esercizio dell'attività, nonostante non siano stati codificati principi oggettivi di riferimento.

L'abuso di qualità e potere che connota chi agisce in violazione delle norme poste a tutela degli interessi della pubblica amministrazione americana, si lega poi, inscindibilmente, con la violazione della *public trust*, vale a dire della fiducia che la collettività ripone nell'operato dei pubblici agenti.

Questo sembra un principio realmente significativo, che impone agli stessi *public officer and employee* di evitare qualsiasi conflitto di interesse o situazione rischiosa per il corretto svolgimento della funzione pubblica.

L'etica nella gestione degli affari pubblici è particolarmente sentita negli U.S.A. e si sostanzia nel principio di indisponibilità, ai fini personali, della "cosa pubblica".

Cercando di riassumere tutto quanto detto finora, si può affermare che la disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione, rimasta invariata dal 1930 al 1990, ha subito successivamente una serie continua di modifiche che hanno riguardato anche e soprattutto il tema delle qualifiche soggettive.

Tali interventi normativi, motivati per lo più dall'esigenza di adeguare l'originaria normativa codicistica alle mutate esigenze costituzionali, alla diversa organizzazione amministrativa ed al progressivo bisogno di tutela, rispetto a beni giuridici di rilevanza sovranazionale, non sono però stati in grado di trasformare (ed incrementare) l'efficacia dello statuto penale della pubblica amministrazione.

Al di là dei processi di ristrutturazione e privatizzazione, il vero ostacolo che la nostra pubblica amministrazione deve ancora affrontare riguarda, però, la creazione di un più consapevole rapporto tra cittadini e autorità, nella cornice segnata dall'art. 97 della Costituzione, il quale sancisce il diritto del privato alla legalità e alla democraticità dell'intera pubblica amministrazione.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *American Jurisprudence 2 d - Creditor's bill to criminal law* -, Thomson West., 2008.
- AA.VV., *American Jurisprudence 2d - Post office to premises liability* -, Thomson West., 2005.
- AA.VV., *Auditors and audit*, in *The Digest, Annotated Brithis Commonwealt and European cases, 3 rd, vol 10 (1)*, London., 2000, p. 53.
- AA.VV., *Collateral Matters subsequent to Trial*, in *American Jurisprudence 2d, - Criminal Law to Customs duties and import regulations* -, Thomson West., 2008.
- AA.VV., *Diqualification*, in *American Jurisprudence 2d – Administrative law to adultery and fornication* -, Thomson West, 2004.
- AA.VV., *Eligibility to office or public employment*, in *Corpus Juris Secundum*, vol. 67, *Oathsand Affirmations to Officers and Public Employees*, Thomson West., 2002.
- AA.VV., *Embezzlement and theft*, in *United States Code Service - crimes and criminal procedure 431-840* -, title 18 USCS, Lexis Nexis, 2005.
- AA.VV., *Officers and public employees*, in *West's ALR - Digest of decision and annotations with research references* -, vol. 15, *Municipal corporations – partition*, Thomson West., 2004, p. 1157;
- AA.VV., *Officers and Public Employees*, in *Corpus Juris Secundum*, vol 67, *Oaths and Affirmations to Officers and Public Employees*, Thomson West., 2002, p. 153.

- AA.VV., *Officers and public employees*, in *Corpus Juris Secundum, a contemporary statement of american law as derived from reported cases and legislation*, vol 67, § 339, Thomson West, 2002, p. 574.
- AA.VV., *Il funzionario di fatto*, a cura di CAVALLO B., Milano, 2005.
- ALDROVANDI P., *sub. Art. 174 ter d.lgs. 58/98, I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di LANZI A.–CADOPPI A., Padova, 2007, p. 228.
- AMBROSETTI E. M., *Riforma sanitaria e qualifiche soggettive dei medici agli effetti della legge penale*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 39.
- AMBROSETTI E. M. –MEZZETTI E.– RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI, Milano, 2003.
- BALESTRINI R., *Le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.: aspetti vecchi e nuovi in riferimento al criterio "oggettivo-funzionale" nell'applicazione giurisprudenziale*, nota a Trib. Milano 25.09.1997, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 579.
- BAMBACH, *Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, Diss Frankfurt, 1963.
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BENUSSI C., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2001, p. 84.

- BERNARDI A.– ZODA I., *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008.
- BERTOLINI G. B., *Sulla qualifica penalistica degli addetti ai servizi di bancoposta: problemi vecchi e nuovi nella giurisprudenza sull'esercizio dell'attività bancaria*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1526.
- BETTIOL G., *Legge penale e reato proprio*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966.
- BETTIOL R., *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 617.
- BEVILACQUA B., *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003.
- BONDI A., *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in BONDI A. – DI MARTINO A. – FORNASARI G., *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 44.
- BOWMAN F., *Penalties for white collar offenses: are we really getting tough on crime? Testimony before the United States Senate Committee on the judiciary*, June 19, 2002.
- BRICOLA F., *La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione: cenni generali*, in AA.VV., *Reati contro la Pubblica amministrazione*, a cura di COPPI F., Torino, 1993, p. 13.
- BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. Pen.*, 1988, p. 111.

- BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in *Ind. Pen.*, 1982, p. 441.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale. III*, Padova, 2007.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2007.
- CANESTRARI S – CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- CANNADA BARTOLI L., *Servizi locali mediante società per azioni*, nota a Cass. Civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Giur. it.*, 1995, p. 494.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Firenze, 1897.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. publ.com.*, 1996, p. 583.
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009.
- CASTELLANA A. M., *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, 1989.
- CASTELLANETA M., *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida al diritto*, 15, 2009, p. 111.



- CAVALLO B., *Profilo storicistico di una metodica organizzatoria*, in AA.VV., *Il funzionario di fatto*, a cura di Cavallo B., Milano, 2005, p. 34.
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale. I nuovi confini delle posizioni di garanzia nello statuto della società per azioni*, Lecce, 2009.
- CERQUA F. – PELLACANI M., *Lo status del difensore nello svolgimento delle indagini difensive: pubblico ufficiale o persona esercente un servizio di pubblica necessità*, nota a G.i.p. Torino, 19.05.2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 1180.
- CERQUA L. D., *sub art. 322 bis*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, a cura di A. CRESPI – F. STELLA, G. ZUCCALÀ, Padova, 2006, p. 1021.
- CIANI G., *Brevi considerazioni sullo statuto penale dei dipendenti dell'Ente poste*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1356.
- CLARICH M., *Privatizzazioni, regole di mercato e controlli*, in *Banca impresa e società*, 1998, p. 183.
- CLARIZIA R., *La disciplina americana della revisione. Il concetto di "service public" in Francia*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano, 1978, p. 101.
- COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 275.
- COPPI F., *Recuperare un giusto rapporto fra diritto sostanziale e processo*, in *Legisl. Pen.*, 2001, p. 472.

- CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1328.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino 2008.
- CRESPI A.– STELLA F. – ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2006.
- DAHM G., *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940.
- D'ARMA S., *La norma "...di diritto pubblico..." (art. 357 c.p.v.. c.p.) quale criterio di qualificazione penalistica dell'attività sanitaria libero-professionale c.d. intra moenia*, nota a *Cass. pen.*, VI 12.12.1996 n. 1128, in *Ced Cass.* 1997.
- D'ASCOLA V., *Riflessi sistematici della qualifica penalistica degli operatori del credito*, in *Banca borsa. tit. cred.*, 1982, p. 717.
- DEL CORSO S., *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1597.
- DEL CORSO S., *Lo statuto penale dell'attività bancaria al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 39.
- DEL CORSO S., *Uno "spettro" si aggira nel palazzo di giustizia, l'avvocato pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di Cristiani A.*, Torino, 2001, p. 207.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DEMURO G. P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1998, p. 846.

- DI GIOVINE O., *Negoziazione di titoli di Stato da parte delle banche e pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.*, nota a Trib. Enna, 14.03.1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 631.
- FIANDACA G.–MUSCO E., *Diritto penale, Parte. generale.*, V , Bologna, 2007.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte. speciale*, V , Bologna, 2007.
- FIORELLA A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA.VV., a cura di STILE A. M., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 191.
- FIORELLA A., voce “*Reato in generale*” (*dir. pen.*), in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 779.
- FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 563.
- FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- FIORELLA A., *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 498.
- FIORELLA A., *sub art. 175 Dlg.vo 24 febbraio 1998, n. 58, , Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di ALPA G. –CAPRIGLIONE F., III, Padova, 1998, p. 1610.
- FIORE S., *Diritto penale, Parte generale, I, Introduzione allo studio del diritto penale – La legge penale – Il reato*, Torino, 1993.

- FLICK G. M., *Il servizio pubblico e l'impresa banca: miti e realtà del diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. Soc.*, 1987, p. 1357.
- FLORA G., voce “*Errore*”(dir. pen.), in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 255.
- FOFFANI L., *Sub art. 174 ter*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F.– PALIERO C.E., II, Padova, 2007, p. 705.
- FORNASARI G., *Dolo, errore sul fatto e aberratio ictus*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 155.
- GAFFURI F., *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 255.
- GALLO M., voce “*Dolo*” (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 750.
- GALLO M., *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente un servizio di pubblica necessità nel nuovo codice penale*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1963-64, p. 1053.
- GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998.
- GAROFOLI R., *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi di giurisdizione*, in *Arb. e app.*, 1998, p. 241.
- GOISIS F., *Gli amministratori e funzionari di società in mano pubblica come pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 774.
- GOLLA M., voce “*Farmacia e farmacisti*”, in *Dig. Disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 231.

- GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 839.
- GRECO G., *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1062.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947.
- GROSSO C.F., *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 701.
- GUARINO G., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 11.
- GUIDI D., *Il delitto di peculato*, in *Diritto e procedura penale oggi*, a cura di GIUNTA F.–MARZADURI E., Milano, 2007, p. 41.
- GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005.
- IADECOLA G., *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito* 2001, p. 548.
- IADECOLA G., *Attività professionali e reati di falso*, in *Giur. merito*, 2009, p. 863.
- INFANTE E., *Organi apicali di una "municipalizzata" ed attività strumentale ad un servizio pubblico. Ancora sul contrasto tra lettura atomistica e lettura olistica del concetto di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, nota a G.u.p. Foggia, 1.10.2005, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 1207.

- INSOLERA G., “*L’innaffiatore innaffiato*”, ovvero la tutela penale delle indagini difensive, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1419.
- JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin, 1996.
- KAUFMANN ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gottingen, 1954.
- KARSTEDT P., *Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seine Reform*, Diss. Leipzig, 1931.
- LA MARCA L., *Gli appalti pubblici di servizi e l’attività bancaria*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 13.
- LANDI G., voce “*Farmacia*”, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 836.
- LA ROSA M., *Black– out nei controlli: stato dell’arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. Comm.*, 2005, 2, p. 183.
- LEMME F., *Società a partecipazione statale e reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 168.
- MADIA N., *Considerazioni sulla turbativa d’asta e sulla sussistenza della qualità di incaricati di pubblico servizio in capo ai preposti a una gara indetta da una s.p.a. concessionaria del Comune*, nota a *Cass. pen.*, 14.04.2008, n. 155506, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1530.
- MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.
- MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951.

- MANACODA S., *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 415.
- MANDUCHI C., *La sentenza Eni – Sai: la cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*, nota a Cass. Pen., VI, 12.11.1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 349.
- MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 600.
- MANES V., *La qualificazione ai fini penali degli operatori bancari e degli intermediari finanziari*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, a cura di MEYER A.– STORTONI L., Torino 2002, p. 4.
- MANGIONE A., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, p. 483.
- MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1281.
- MANNA A., *Introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione*, in CADOPPI A.– CANESTRARI S.– MANNA A.– PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 3.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale, Parte generale*, V, Padova, 2007.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1908.

- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V ed., aggiornata da NUVOLONE P. e PISAPIA G. D., vol. I, a cura di PISAPIA G. D, *La scienza del diritto penale - Relazioni e fonti del diritto penale - Diritto transitorio - Diritto penale internazionale - I soggetti - Il reato - L'imputabilità*, Torino, 1981.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1988.
- MARINI G., *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357 – 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 567.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, III, Milano, 2009.
- MARINUCCI G., *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 445.
- MARRA G., *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002
- MAZZACUVA N., *Credito agevolato e responsabilità penale degli operatori bancari*, in *Foro. it.*, 1984, p. 352.
- MAZZACUVA N., *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci o profili penali*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 529.
- MENEGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008.
- MERCATI L.– GRIMALDI A., *L'esercizio di fatto delle funzioni e le responsabilità contabili*, in *Il funzionario di fatto*, a cura di Cavallo B., Milano, 2005, p. 235.



- MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994.
- MITCHELL WALDMAN, J. D., *Public officers and employees*, in *American Jurisprudence 2d-State e Federal, Prohibition-Public officers and employees*, Lawyers cooperative publishing, 1997, p.463.
- MONTAGNA A., *Indagini difensive: infedele verbalizzazione e configurabilità del falso ideologico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1467.
- MONTEVERDE S., *Incertezze giurisprudenziali nel delimitare la figura dell'incaricato di pubblico servizio*, nota a Cass. Pen., VI, 1.12. 1997, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 861.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2004.
- MUSCO E., *Quale statuto penale per gli operatori bancari?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1982, p. 904.
- NAGLER J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig, 1903.
- NAPOLEONI V., *sub art. 175*, in *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commento al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di RABITTI BEDOGNI C. , Milano, 1998, p. 950.
- NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 12.
- PAGLIARO A.– PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008.

- PAGLIARO A., *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 27.
- PAGLIARO A., *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 1995, p. 975.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Principi di diritto penale*, IX, Milano, 2000, p. 3.
- PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte Generale*. Torino, 2008.
- PALAZZO F. C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 815.
- PALAZZO F. C., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.
- PALIERO C. E., *Le Sezioni unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 695.
- PALIERO C. E., *Lo 'statuto penale' degli operatori bancari fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1359.
- PATERNITI C., *Diritto Penale dell'economia*, Torino, 1995.
- PEDRAZZI C., *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 407.
- PEDRAZZI C., *Mercati finanziari (Nuova disciplina penale)*, in *Dig. pen.*, 2000, p. 453.

- PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, in *Legisl. Pen.*, 2001, p. 991.
- PELLEGRINO C., *Accountants*, in *Corpus Juris Secundum*, I, *Abandonment to Accountants*, Thomson West, 2005, p. 525.
- PETRONE M., *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalle prospettive di riforma alla legge N. 86/90*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 917.
- PEZZOLI S., *La funzione dell’auditor nella teoria e nella pratica professionale anglosassone*, Pisa, 1968.
- PICOTTI L., *Le nuove definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 274.
- PINUCCI N., *Le qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di D’AVIRRO A., Padova, 1999, p. 35.
- PISTORELLI L., *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.LG. 21 novembre 2007 n. 231*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2468.
- PLANTAMURA V., *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, CADOPPI A.– CANESTRARI S.– MANNA A.– PAPA M., Torino, 2008, p. 894.
- PORENA D., *L’usurpatore di pubbliche funzioni*, in AA.VV., *Il funzionario di fatto*, a cura di CAVALLO B., Milano, 2005, p. 45.
- PRESTI G., *La responsabilità del revisore*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2, 2007, p. 160.

- PROSDOCIMI S., *La qualifica penale degli operatori bancari: un problema tuttora aperto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 383.
- PUGLIATTI S., voce “*Diritto pubblico e privato*”, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1959, p. 696.
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- RAMACCI F., *Norme interpretative e definizioni: la nozione di “pubblico ufficiale”*, in AA. VV., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di COPPI F, Torino, 1993, p. 331.
- RID, *Ist mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft des außenstehenden bei Sonderstraftaten möglich?*, München, 1950.
- RIGHI L., *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 347.
- ROEDER K., *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, in *ZStW*, 69, 1957.
- ROMANO M., *Problemi penali della certificazione del bilancio*, in *Giur. Comm.*, 1996, 5, p. 696.
- ROMANO M., *La “parificazione” tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 765.
- ROMANO M., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi dello “schema Mirone”) in tema di società di revisione contabile*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 855.

- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, Pre art. 39, I, III ed*, Milano, 2004.
- ROMANO M., *Pre Art. 357, in Commentario sistematico, I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche, Artt. 336-360 cod. pen.*, Milano, 2008.
- ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione: i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Commentario sistematico, II*, Milano, 2002, p. 227.
- ROSINI B., *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giurisprudenza Penale*, a cura di DOMINIONI O.– MANTOVANI F., Padova, 1998, p. 4.
- ROSSI S., *Incaricato di pubblico servizio e "concezione oggettiva": permangono le incertezze giurisprudenziali*, nota a Cass. Pen., VI, 18.06.2007, n. 23753, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2008, p. 611.
- ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 2000.
- ROXIN C., *Strafrecht*, AT, I, München, 1997.
- ROXIN C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970 (traduzione italiana a cura di MOCCIA S., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986).
- RUGGIERO F., *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*), nota a G.i.p. Torino, 26.02.2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 57.
- SÀNCHEZ – VERA J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999.

- SANDULLI M. A., *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici, I, I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, a cura di SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, Milano, 2008, p. 33.
  
- SCHWARCZ S. L., *Enron and the use and abuse of Special Purpose Entities in Corporate Structures*, in *University of Cincinnati Law Review*, Duke Law School Legal Studies Paper n. 28, 2006.
  
- SEGRETO A.– DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1995.
  
- SEMINARA S., *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A.– STELLA F.– ZUCCALÀ G., Padova, 2006.
  
- SEMINARA S., *Il riciclaggio*, in PEDRAZZI C.- ALESSANDRI A.- FOFFANI L.- SEMINARA S. - SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 713.
  
- SEMINARA S., *Le falsità nell'attività di revisione contabile. I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA - SEMINARA S., Padova, 2002, p. 346.
  
- SEMINARA S., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto pen. e proc.*, 5, 2006, p. 560.
  
- SEMINARA S., *I reati dei revisori dei conti nel D.lgs. n. 58 del 1998 e nel "progetto Mirone"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2000, 3, p. 428.
  
- SEMINARA S., *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI C. – ALESSANDRI A.– FOFFANI L.– SEMINARA S.– SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 517.

- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1173.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Pubblico servizio o attività di impresa nei “crediti speciali”*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, p. 65.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Commento agli artt. 17 e 18 della L. 24 aprile 1990 n. 86*, in *Leg. Pen.*, 1990, p. 334.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di STILE A. M., Napoli, 1987, p. 30.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., voce “*Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*”, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, X, p. 515.
- SFORZA F., *sub art. 178 Dlg.vo 24 febbraio 1998, n. 58*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di ALPA G.–CAPRIGLIONE F., III, Padova, 1998, p. 1634.
- SIMONI F., *Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI A., Milano, 2002, p. 224.
- SINISCALCO M., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali: profili critici*, in *Leg. Pen.*, 1990, p. 263.

- STEPHAN W., *Die Amtsverbrechen und der § 50 RStGB*, Diss. Halle, 1938.
- STORTONI L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in CANESTRARI S.- GAMBERINI A.- INSOLERA G.- MAZZACUVA N.- SGUBBI F – STORTONI L – TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, p. 84.
- SURETTE ERIC C., *Accountants*, in *American Jurisprudence 2D (Abandoned, Lost and Unclaimed Property to Adjoining Landowners)*, Thomson West , 2005, p. 584.
- TAGLIARINI F., *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973.
- TELCHINI I., voce “*Funzionari internazionali*” (diritto della Comunità europea), in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, p. 1.
- UNITED STATE CODE SERVICE, 5 U.S.C.S., Appx par. 101, Lexis Nexis, 2009.
- UNITED STATES CODE SERVICE - CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE -, TITLE 18 USCS, LEXIS NEXIS, 2009.
- UNITED STATE CODE SERVICE, Chapter 31. *Embezzlement and Thef*, Lexis Nexis, 2009
- UNITED STATE CODE SERVICE, 5 U.S.C.S., par. 2105, Lawyers Cooperative Publishing, 1994.
- VALLINI A., *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, nota a Cass. Pen., S. U., 28.09.2006, n. 32009, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 347.



- VASSALLI F., *Sulla qualifica di pubblico ufficiale del revisore*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici* (a cura di Clarizia R.), Milano, 1978, p. 135.
- VENAFRO E., voce “*Reato Proprio*”, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996.
- VICICONTE G., *La vexata quaestio della responsabilità penale dei soggetti che operano nell'ambito delle società a partecipazione statale*, nota a Cass. pen., VI, 6.02.1997, in *Diritto penale e processo*, 1997, p. 1478.
- VICICONTE G., *Ancora contrasti interpretativi sulle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione*, nota a Cass. pen., VI, 15.12.1997, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1533.
- VICICONTE G., *Contrasti interpretativi e spunti di diritto comunitario in tema di qualifiche soggettive nei reati contro la p.a.*, nota a Cass. Pen., VI, 1.12.1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1532.
- VINCIGUERRA S., *Impiego presso ente pubblico e qualità di incaricato di un pubblico servizio (a proposito dei dipendenti dell'ENEL)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 594.
- VINCIGUERRA S., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008.
- WELZEL H., *Der Irrtum über die Zuständig einer Behörde*, in JZ, 1952.
- S. WHEELER, *Sitting in judgment: the sentencing of white collar criminals*, 133 (1988), 70.
- WOLF E., *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931; Idem, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932.

- ZANOTTI R., *Banche e diritto penale: la terza pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2150.
  
- ZITTER J.M., *Who is public official within meaning of federal statute punishing bribery of public official (18 U.S.C.A. Par 201)*, in *American Law Reports ALR Federal – cases and annotations*, vol. 161 West Group , 2000, p. 512.