

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Reato proprio e reato comune – Peculato e appropriazione indebita

La decisione

Reati contro la pubblica amministrazione – Peculato dell'incaricato di pubblico servizio – Reato proprio – Reati contro il patrimonio – Appropriazione indebita – Reato comune – Concorso formale di reati (artt. 61 n. 11, 314, 646, co. 1 e 3, c.p.).

L'attività attraverso la quale una federazione sportiva si procura i mezzi finanziari ricevendo i contributi dei propri soci e gestisce tali mezzi, è estranea all'esercizio dell'attività sportiva, conseguentemente integra il reato di appropriazione indebita aggravata a norma degli artt. 646 e 61 n. 11 c.p. il fatto dell'amministratore di una Federazione sportiva che si appropri del denaro versato dai tesserati, difettando una formale e specifica destinazione di tali fondi all'esercizio della pratica sportiva. A contrariis, integra il delitto di peculato la condotta appropriativa di fondi specificamente destinati al finanziamento dell'esercizio della pratica sportiva erogati a tale scopo dal C.O.N.I.: in relazione a tale specifica attività sono infatti riconosciute alla Federazione connotazioni evidentemente pubblicistiche.

Il responsabile della cassa della Federazione Sportiva non esercita una pubblica funzione allorché gestisce le finanze raccolte dall'ente per il proprio funzionamento e raggiungimento dei propri scopi a titolo di autofinanziamento lato sensu; assume invece la qualifica di esercente un pubblico servizio nel caso in cui gestisca, e si appropri, di fondi finanziari erogati dal C.O.N.I. per il perseguimento delle finalità di natura pubblicistica di promozione dell'attività sportiva.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 23 dicembre 2014 (ud. 21 ottobre 2014) – CONTI, *Presidente* – BASSI, *Relatore* – SCORDACCIONE *P.G.* (parz. diff.) – Cofano, *ricorrente*.

Il commento

“In punta di fioretto” sul reato proprio e sul reato comune (il chi e il cosa del peculato e dell'appropriazione indebita aggravata)

1. Per tradizione esegetica l'insieme penalistico dei delitti di peculato/appropriazione indebita attraversa la sistematica del reato: assieme percorrere le strade “speciali” del bene giuridico, pubblicistico (efficacia in senso ampio, ed in particolare patrimoniale, della pubblica amministrazione) e privato (patrimonio); assieme corona la dialettica generale sul distinguo tra reato pro-

prio e reato comune, parimenti concentrando l'offesa tipica su di una condotta appropriativa di beni altrui, divaricata dal "chi" del soggetto agente.

Di questo intreccio la narrativa del fatto - in rilievo nella decisione giudiziale annotata - fa una pacifica istantanea, descrivendo una condotta di appropriazione delle somme depositate su conto postale intestato alla Federazione Italiana Sport del Ghiaccio (F.I.S.G.) da parte del responsabile del relativo ufficio amministrativo, che sottraendo le somme in disponibilità della Federazione - finalizzate sia ad attività private che ad attività pubbliche - ne ha pregiudicato il fulcro finanziario.

Sullo sfondo sta la netta dicotomia che spezza la natura delle federazioni sportive nazionali secondo una giurisprudenza di legittimità ricalcata dalla sentenza in massima. Tali soggetti giuridici hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato, ma in relazione a specifiche attività assumono la valenza pubblicistica che l'art. 23 Statuto del C.O.N.I. (approvato con d.m. del 23 giugno 2004) scherma dentro l'espressa previsione di legge (del carattere pubblico) e l'elenco tassativo che lo stesso disposto contiene, e che richiama tra l'altro l'utilizzazione dei contributi pubblici finalizzati all'attività di promozione sportiva.

Un assunto, questa divisione, che gli Ermellini lasciano a premessa della qualificazione giuridica delle condotte appropriative di fondi allorché tocchi scindere - come nella vicenda processuale - la gestione delle risorse economiche concernenti l'operatività della federazione sportiva quale soggetto privato da quella dei beni a cadere nella rosa dei finanziamenti pubblici. Si conferma così una linea interpretativa che sussume nell'appropriazione indebita aggravata a norma degli artt. 646 e 61, n. 11, c.p. l'infedele amministrazione del denaro versato dai tesserati, qui difettando una formale e specifica destinazione dei fondi all'esercizio della pratica sportiva, e quindi alla promozione dell'attività di sport nell'interesse della collettività¹.

Il profilo soggettivo ne rimane - *rectius*, ne rimarrebbe - invariabilmente condizionato, vestendo da incaricato di pubblico servizio il responsabile della cassa della Federazione sportiva che gestisca - in guisa appropriativa - fondi finanziari erogati dal C.O.N.I. L'attività di specie risulta difatti vincolata ad una regolamentazione di natura pubblicistica, che "definisce" l'operatività dell'agente estromettendola tanto dalla discrezionalità di agire propria dell'autonomia privata tanto dall'esercizio di poteri (tipici della pubblica funzione) deliberativi, autoritativi o certificativi del soggetto pubblico, pretermessa pur sempre l'area delle semplici mansioni d'ordine e delle prestazioni

¹ Cass., Sez. VI, 19 aprile 2000, Fardella, in *Mass. Uff.*, n. 220749.

d'opera meramente materiale². Il che vale a declinare la condotta appropriativa negli speciali termini del peculato.

Col vaglio del caso di specie il costrutto del sillogismo giudiziario è tenuto nondimeno ad arricchirsi della particolare circostanza per cui nel conto postale della F.I.S.G. confluivano indistintamente sia le somme provenienti da tesseramenti, affiliazioni e multe irrogate a società e tesserati, sia le somme erogate da parte del C.O.N.I., destinate al finanziamento delle attività sportive nel settore dello sport sul ghiaccio.

Parallelamente, anche all'imputato deve quindi essere riconosciuta una duplice veste: di incaricato di un pubblico servizio, con riguardo alla gestione (e quindi anche all'appropriazione) dei fondi strettamente funzionali alla realizzazione degli scopi di rilievo pubblicistico; di soggetto privato quanto alla gestione (e quindi anche all'appropriazione) delle somme destinate al funzionamento della federazione come soggetto giuridico privato. Tirando le fila, nelle operazioni di giroconto realizzate si attestano integrati tanto il delitto di appropriazione indebita aggravata *ex artt.* 646, co. 1 e 3, e 61 n. 11, c.p., con riguardo alle somme [meglio, alle cifre] di natura privata (provenienti appunto da tesseramenti, affiliazioni e multe irrogate dalla società ai tesserati); tanto il delitto di peculato *ex art.* 314 c.p. con riguardo alle risorse finanziarie provenienti da fondi pubblici.

2. Dall'oggetto materiale (risorse finanziarie pubbliche/private) alla condotta tipizzata in astratto dalla norma penale, dalla condotta tipica in astratto al soggetto del caso concreto.

L'itinerario seguito passo passo dal giudice estensore ripercorre con queste cadenze le tracce che del reato proprio e del reato comune l'inquadramento trattatizio ha segnato, classificando a reato proprio ogni fattispecie incriminatrice che postuli il possesso di particolari requisiti o qualità in capo al soggetto attivo: requisiti o qualità che assumono con ciò il ruolo di elemento costitutivo del reato.

Tante le definizioni e le differenziazioni che da questa base sono scaturite, tutte in virtù del ruolo che si intende riservare alla qualifica soggettiva nella struttura del reato. Il distinguo corre così tra reati propri in senso puro, nei quali il possesso della qualifica fonderebbe la punibilità del fatto, e reati propri in senso lato, caratterizzati per l'esclusivo rilievo da essa rivestito sul piano del titolo del reato³. Tra le ipotesi in cui l'illiceità della condotta è direttamente legata al possesso della qualifica normativa, e quelle in cui essa derivi da

² Cass., Sez. VI, 7 marzo 2012, Ferrazzoli, in *Mass. Uff.*, n. 254337.

³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 179.

una situazione di fatto la cui titolarità genera in capo al soggetto un obbligo particolare⁴. Tra casi in cui la qualifica incide direttamente sulla capacità della condotta di attingere il bene ovvero sia espressiva esclusivamente della scelta di natura politico-criminale di non punire, in sua assenza, determinati soggetti pur sussistendo fatti offensivi di beni giuridici⁵. Tra reati propri non esclusivi, ove il fatto pur se sprovvisto della qualifica soggettiva rimane un illecito extra-penale o comunque offensivo di altrui interessi; reati propri semiesclusivi per fatti che in mancanza della qualifica costituirebbero un diverso reato; reati propri esclusivi per fatti che privi della qualifica rimangono inoffensivi di qualsiasi interesse e quindi leciti⁶.

Le fila teoriche che hanno retto queste definizioni si riconducono, in estrema sintesi, a tre aree di pensiero⁷. La prima è quella della “norma propria”, per cui tra reati comuni e propri corre il distinguo dell’indirizzarsi dei comandi e dei divieti esclusivamente ad una cerchia limitata di persone; la seconda è quella della “fattispecie propria”, che riflette la scelta legislativa di limitare la punibilità ai soli soggetti normativamente indicati; la terza è detta del “bene giuridico proprio”, la cui particolare natura lo rende passibile di attacco solo ad opera di determinati individui.

Più pianamente.

La prima direzione interpretativa si è mossa da una lettura del reato proprio come prototipo del diritto penale della fedeltà: alla sanzione penale spetta la tutela non dell’ordine esterno o di determinati interessi ma dell’“unità vitale” tra i consociati, che costituisce la legge interna della comunità; la pena quindi si rivolge non a fatti ma a tipologie di autore, la cui condotta è espressione di un tradimento nei confronti della comunità⁸. In sostanza, «il carattere di reato proprio fonda una tipizzazione dell’autore»⁹, e nella dicotomia tra disvalore di evento, ove si condensa l’offesa al bene giuridico, e disvalore di condotta, ove si includono le qualifiche personali dell’autore, l’antigiuridicità della condotta

⁴ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 166 ss.

⁵ PAGLIARO, *Il concorso dell’estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 976.

⁶ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013, 111 ss.

⁷ GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi “tradizionali” alle nuove dinamiche d’impresa*, Milano, 2005, 20 ss.

⁸ Così secondo DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, 87.

⁹ WOLF, *Tattypus und Tätertypus*, in *ZAkDR*, 1936, 358 ss., in particolare 362: nella dottrina dell’autore la partizione del reato in *Tattypus* e *Tätertypus* include nel primo gli elementi oggettivi e soggettivi che connotano l’accadimento di vita, nel secondo tutti gli elementi personali soggettivi, che comprendono anche le qualità personali dell’autore.

si delinea «solo in quanto strumento di un determinato autore»¹⁰.

La seconda direzione interpretativa, sul rilievo che la delimitazione tra reati comuni e reati propri ha impatto sulla tipicità, si è spinta ad indagare il particolare rapporto tra soggetto attivo e fatto di reato: solo un vincolo particolare tra l'autore e gli altri elementi di fattispecie è in grado di spiegare per quale ragione sia possibile ricavare *ex adverso* dal complesso degli elementi del fatto una qualifica non esplicitata dal legislatore. In questo senso un autorevole approfondimento¹¹ ha ripartito i reati propri a seconda che la delimitazione personale sia legata al possesso di una qualifica del soggetto attivo (reati a struttura propria diretta) ovvero ad una situazione di fatto, dalla quale scaturisce un particolare obbligo a carico dei soli soggetti che in essa versino (reati propri a struttura propria inversa)¹².

Così, le qualità personali costituiscono condizioni necessarie per la sussistenza del fatto stesso, elementi essenziali del fatto antecedenti all'azione e necessari alla sua sussistenza e capaci di incidere ora sull'azione ora sull'evento¹³. Si tratta di un c.d. presupposto: «se vien meno il cosiddetto presupposto, viene meno anche il fatto, così come previsto nel titolo che si considera ...»¹⁴, tale mancanza rendendo «impossibile, vuoi la commissione di un'azione tipica, corrispondente, cioè, alla fattispecie legale, vuoi il verificarsi dell'evento, vale a dire la lesione dell'interesse protetto»¹⁵.

I passaggi successivi dell'indagine hanno tuttavia ricalibrato – e spostato – l'attenzione di questo indirizzo esegetico, traducendo l'inerenza al fatto in inerenza al bene giuridico, nel senso che la delimitazione della cerchia dei soggetti attivi, espressamente prevista o desumibile dalla verifica dell'accadimento incriminato, finisce per esprimere (ancora una volta nel pensiero scientifico) la particolare posizione del soggetto rispetto al bene tutelato. In sostanza, la

¹⁰ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969, 29.

¹¹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 165.

¹² Per una definizione dei reati propri nel senso che «possono essere commessi soltanto da soggetti con particolari qualifiche naturalistiche o giuridiche, preesistenti alla norma penale», v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 112.

¹³ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 3 ss., 139 ss.

¹⁴ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti* cit., 146 ss. *Contra*, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, 645, che separa i reati propri a qualifica differenziale da quelli a qualifica fondante, per cui gli elementi appartenenti alla prima incidono solo sul titolo di reato mentre in assenza dei secondi il fatto pur corrispondendo a quello previsto dalla norma non integra alcuna fattispecie: entrambe le categorie però presentano il tratto comune di estromettere le qualifiche personali nel reato proprio dal fatto, in quanto collocate nella posizione di antecedenti.

¹⁵ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., 139.

capacità delle qualifiche soggettive di riverberarsi sempre sul fatto di reato nell'orientamento dell'italica accademia ha acquistato il senso per cui solo il soggetto qualificato è in grado di raggiungere e ledere gli interessi protetti¹⁶.

Così, da quel momento in avanti, stanno e rimangono in primo piano, sulla scia della primigenia esperienza interpretativa d'oltralpe, proprio le teorie che (hanno contrapposto e) contrappongono reati comuni e reati propri in relazione all'offendibilità del bene giuridico, rispettivamente da parte di chiunque, o solo da parte di soggetti qualificati: sicché nei reati propri il bene giuridico è "speciale"¹⁷.

Messe oramai da parte la prima e la terza impostazione, incapaci di fornire ragionevoli criteri distintivi a fronte di norme e beni giuridici che non variano nella rispettiva entità a seconda degli autori criminali, da tempo l'esegesi si è concentrata nell'indagare la teoria "mediana", già solcata da Carnelutti col discernere il modo d'essere dell'autore rispetto al bene giuridico tutelato¹⁸. Da un lato si avrebbe il caso della "pseudo legittimazione", quando il soggetto attivo è elemento formale della fattispecie, per cui la condotta non può essere commessa se non da chi si trovi in quella posizione (solo chi legittimamente detenuto può compiere evasione; solo chi testimone può rendere una falsa testimonianza). Dall'altro, sta la "legittimazione" vera e propria, quando le condizioni personali dell'autore (ad es., l'imprenditore) sono separabili dalla forma del reato nel senso che quell'azione può essere compiuta dal punto di vista naturalistico anche da chi non è titolare di quella condizione soggettiva (così il fatto di bancarotta), ma diventa penalmente rilevante solo se a compierla è il soggetto qualificato: qualifica che tuttavia non inerisce al fatto - intende l'Autore, è separabile dall'azione - ma rimane oggetto del dolo¹⁹.

3. Queste notazioni di sintesi ricostruttiva non nascondono la percorribilità di altre riflessioni, e di una diversa definizione della contrapposizione di categoria, capace di assumere una portata trasversale che inverta anche la strada di verifica - dal "cosa" al "chi" - riproposta dalla decisione in commento.

Si tratta, piuttosto, di pensare a "chi" commette "cosa".

In effetti un simile progetto esegetico attecchisce proprio dalla sensibilità espressa nella decisione della Cassazione rispetto al "tipo" di gestione patrimoniale esercitata, definibile in funzione del quadro di attività, privata o pubblica, in cui il soggetto (appartenente all'organigramma della federazione spor-

¹⁶ BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, 34.

¹⁷ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1907, 96.

¹⁸ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 117.

¹⁹ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., 135 e 174.

tiva quale incaricato di cassa) è incardinato: nelle ipotesi richiamate – di peculato e di appropriazione indebita – è esattamente la “modalità tipica” di lesione del bene giuridico, quella selezionata dalla fattispecie astratta, a dipendere dall’individuazione del soggetto qualificato.

La visuale va tuttavia puntualizzata rispetto alla prospettiva lasciata sfocata dalle osservazioni del *dictum*, avvinte al dato generico e generale della disponibilità indifferenziata e congiunta – nella “confusione di conto” – di una somma complessiva di denaro il cui totale si compone attraverso somme di fonte pubblica e privata. L’operatività sulle cifre riconducibili a vario titolo al canale di finanziamento dei tesserati si denomina così, nel dispositivo, come punibile per appropriazione indebita, quella su cifre corrispondenti ai canali del C.O.N.I. si intitola come comportamento di peculato dell’incaricato di pubblico servizio.

La facile (quanto inaccettabile) deriva di una simile riflessione riporterebbe del resto indietro le lancette dell’interpretazione, lasciandola riapprodare all’intendimento del comportamento illecito come “violazione di un dovere”²⁰ che attiene al tipo di rapporto in cui si colloca la lesione del bene giuridico²¹. In questa prospettiva le condizioni soggettive individuerrebbero la relazione di affidamento che deve sussistere tra il titolare e l’interesse protetto, per cui la tipicità del comportamento finirebbe per scorgersi attraverso la lesione di un particolare rapporto di fiducia – di una relazione di privilegiata prossimità – tra soggetto e interesse tutelato²², che invece altro non esprime se non il più lato contesto di “valore” in cui matura la vicenda e quindi il disvalore punito. La strada da percorrere conduce piuttosto ad analizzare la tipicità del fatto secondo la categoria del reato con condotta a funzione propria²³, che segue il modello generale dei reati a soggettività ristretta cui appartiene anche il novero dei reati omissivi impropri²⁴: qui l’obbligo giuridico impeditivo non solo dà “titolo” al soggetto-autore ma altresì indica il comportamento che questi doveva tenere per evitare la lesione allo specifico bene giuridico, stabilendo dunque in negativo il comportamento tipizzato e punito.

Fatte salve queste speciali ipotesi del reato a funzione/condotta propria, nella

²⁰ Nel senso che sono qualificabili come reati propri tutti i reati omissivi, in quanto diretti a soggetti destinatari di particolare obblighi, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*. II. *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 766.

²¹ VENAFRO, *Reato proprio*, in *Dig. Pen.*, XI, 1996, rist. 2008, 341 ss.

²² Cfr. GULLO, *Il reato proprio*, cit., 49.

²³ Per un approfondimento sulla tesi, sia consentito il rinvio a FALCINELLI, *Reato d’autore e tecniche di frammentazione penale*, in *I libri di Archivio penale - Nuova serie*, n. 4, Pisa, 2014, *passim*.

²⁴ In senso contrario VENAFRO, *Reato proprio*, cit., 342.

cui schiera sta il delitto di peculato, la regola penale mette per iscritto l'attribuzione "soggettiva generale" che è necessaria e sufficiente per la tipicità del fatto criminale. L'art. 42, co. 1, c.p. richiede difatti ai fini della punibilità che l'azione od omissione prevista dalla legge come reato sia stata commessa con coscienza e volontà²⁵.

Sul presupposto che nel nostro ordinamento l'azione costituisce fondamento di ogni fatto penalmente rilevante, la disposizione «segnala il ruolo centrale che la volontà e il comportamento umano occupano nel concetto di reato»²⁶ ed indica la coscienza e la volontà del comportamento quali connotati di quella "umanità" che è elemento primario del fatto tipico in quanto attributo oggettivo della condotta tipica²⁷.

La "generale" modalità "umana" di comportamento – che la condotta appropriativa descritta all'art. 646, co. 1, c.p. esemplifica – è dunque la tecnica comportamentale tipizzata ai sensi di ogni illecito penale che non si costruisca espressamente attorno ad una funzione "propria". La *suitas*²⁸ è difatti presupposto imprescindibile per l'incriminazione di qualsiasi fatto di reato, tanto doloso quanto colposo: invero, una condotta che non sia fisicamente dominabile dall'agente – non essendo una condotta "umana" – non può fondare un giudizio di responsabilità penale²⁹ riferibile ad un soggetto-persona, implicando tale giudizio la signoria (reale o potenziale) sulla condotta materiale che al soggetto "appartenga"³⁰.

²⁵ In tema, cfr. MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Milano, 1971, 195 ss.

²⁶ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 2004, 419.

²⁷ Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, *Relazione sul libro I del Progetto*, Roma, 1929, 86; in dottrina, in tal senso, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 224; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 345; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 309 ss.; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2010, 205.

²⁸ Nozione, quest'ultima, elaborata da ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

²⁹ In argomento, v. BALBI, *La volontà e il rischio penale dell'azione*, Napoli, 1995; SELVAGGI, *Dominabilità dell'atto e comportamento colposo. Osservazioni su un rapporto sistematico non sempre chiaro*, in *Ind. pen.*, 2000, 1221; FERRANTE., *La suitas nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010.

³⁰ «Coscienza e volontà sono attributi della condotta criminosa, esprimendo le condizioni minime richieste dall'ordinamento perché un comportamento dell'uomo, modellato su un'astratta fattispecie penale, gli possa essere "normalmente" riferito, sia cioè "proprio" di costui», Cass., Sez. un., 14 giugno 1980, F., in *Cass. pen.*, 1981, 172 e 496; v. anche Id., Sez. I, 1 luglio 2008, B., in *Mass. Uff.*, n. 241234; Id., Sez. IV, 20 maggio 2004, O., in *Cass. pen.*, 2005, 3847; Id., Sez. IV, 2 ottobre 1987, G., *ivi*, 1989, 451.

4. In una più generale panoramica si può e si deve osservare come la nomenclatura e gli attributi del reo, assieme alle tecniche del comportamento punito, rappresentano le grandezze variabili del fatto tipico rispetto alla grandezza costante della “condotta”, che ne esce infine identificata e individualizzata.

Occorre allora ben intendersi sul significato da assegnare agli “attributi del reo”. Tali sono, non solo l’insieme di tutte le caratteristiche esteriori del soggetto (cui la norma dia rilievo) come l’età, o il sesso, ma – per quello che interessa lo sviluppo di queste note – anche l’insieme delle caratteristiche che qualificano l’agente e lo distinguono assegnandogli un certo ruolo sulla scena del fatto tipizzato. Il riferimento va a quei determinati poteri e doveri che al soggetto spettano in quanto tale, vale a dire: ruolo, poteri, doveri che, al pari delle connotazioni esteriori, il singolo identificano e distinguono prima, dopo e fuori del contesto spazio-temporale che incornicia il preciso fatto di reato. Fermare a questo livello “soggettivo” la considerazione della posizione, del ruolo che l’agente del reato assolve in determinati contesti, è atteggiamento esegetico comune. Eppure, va da sé, un simile atteggiamento finisce in sostanza per allontanare questo elemento costitutivo del reato da un reale significato costruttivo dell’oggettività del fatto – astratto come concreto – e del suo disvalore, in contrasto con la stessa esperienza socio-valutativa. Il soggetto, proprio in forza di taluni suoi attributi, si rivela in effetti capace di tenere un certo comportamento con certe modalità piuttosto che con altre. Il quesito giuridico da verificare è, quindi, se il “soggetto”, una volta così identificato dalla norma penale, dia contenuto alle modalità comportamentali tipizzate in astratto e punite (anche in concreto).

In quest’ottica, l’osservazione del dato normativo – e in alcuni casi applicativo – sostiene la riflessione per cui sono a loro volta le modalità comportamentali riferibili al (tipizzato) soggetto del reato i fattori capaci di selezionare la tipologia di condotta punibile: o perché modalità “generiche” e quindi in dominio di chiunque, o perché “specifiche”, “di settore”, quindi concretamente perfezionabili e gestibili solo da chi appositamente “intitolato” di certi compiti e dati ruoli.

Da un lato, difatti, sta il “titolo”: il riferimento si dirige proprio verso il pubblico ufficiale, l’incaricato di pubblico servizio, oltre che il possessore, il proprietario, il genitore, il convivente, l’imprenditore, l’amministratore, il liquidatore, ecc. Dall’altro lato, in corrispondenza al “titolo”, al soggetto spettano particolari strumenti operativi, che per un verso gli consentono di realizzare in concreto una particolare condotta, per altro verso e reciprocamente – secondo l’ipotesi interpretativa che si propone di analizzare – valgono ad inquadrare con esattezza quale sia il comportamento tipizzato dalla norma incriminatrice. In definitiva, la tipicità oggettiva appare nel momento in cui si

manifesta - “a mano” dell’agente con qualifica tipizzante - l’uso dei poteri/doveri che segnano il ruolo del soggetto stesso.

Più esattamente, la tipicità oggettiva inizia a delinarsi a partire dalla funzione del soggetto tipico, intendendosi per funzione l’operato di un soggetto (il reo) determinato dal punto di vista del suo specifico significato per lo svolgimento della vicenda (criminale)³¹.

Funzione, quindi, è la condotta tipica dell’autore: elemento da intendersi - con l’uso di questa più estesa perifrasi - distinto e distinguibile rispetto al concetto generale di condotta, che è grandezza pacificamente costante, costitutiva cioè di ogni reato in quanto elemento indefettibile e centrale del fatto (di ogni fatto) di penale rilievo³², di per sé indipendente dall’identità dell’esecutore e dal modo di esecuzione. La considerazione trova del resto riscontro in una realtà normativa fatta di norme incriminatrici che descrivono non di rado condotte apparentemente identiche, così anche per la terminologia utilizzata. E il binomio peculato/appropriazione indebita scolpisce l’esempio, cambiando però al contempo i “nomi” e con essi gli attributi dei “personaggi” che quelle condotte debbono tenere per dirsi integrato il fatto di reato. Da qui la conclusione per cui norme incriminatrici diverse possono assegnare un (distinto) connotato di tipicità all’(apparentemente) identico operato di distinti agenti.

In altri termini. Se è vero che i soggetti attivi dell’illecito penale, per quanto diversi siano, possono tuttavia risultare inquadrati dall’ordinamento giuridico al momento di tenere lo stesso genere di comportamento, a ben guardare è il modo con cui si assolve tale funzione (condotta) che può cambiare a seconda dei soggetti, e rappresentare quindi una altrettanto variabile grandezza. Così, lo stesso genere di azione “gestione/acquisizione di denaro” può assumere un significato penalistico diverso in quanto diversa per specifica modalità operativa, se realizzata da taluno o da talaltro.

5. Già avviandosi alle conclusioni, si avvista la delineazione di una tipologia criminale in cui la qualificazione del soggetto agente detta la configurazione statica e dinamica del fatto penale: sicché la modalità esecutiva del comportamento, tipizzata dalla norma - e di giusto seguito da rispecchiarsi nella fenomenologia concreta - si traduce nell’uso snaturato dei poteri al medesimo soggetto “funzionalmente” spettanti. Per cui, la definizione del soggetto qualificato incarna un modulo di formulazione linguistico-normativa che prescrive

³¹ Cfr., per una applicazione del metodo di studio della morfologia alla fiaba, si veda l’elaborazione di PROPP, *Morfologia della fiaba*, Torino, 1988, 27.

³² PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 217.

un certo, altrettanto definito, divieto/comando comportamentale.

Troverebbe allora conferma pure l'idea che il comportamento (dispositivo) tipico tenuto dall'autore qualificato sia effettivamente tale in quanto si esprima attraverso modalità che insistono sulla violazione dei "general" obblighi di fedeltà nel solo e "limitato" senso per cui trattasi di una condotta che si manifesta già alla prima osservazione esterna con una apparenza di contrarietà ai doveri che spettano al soggetto intitolato in quanto inerenti al suo specifico ufficio/ruolo/posizione. Con riguardo all'amministratore si pensi così ad una condotta che si ponga in contrasto con il dovere/potere di agire nella gestione della società in nome e per conto di quella: si può immaginare proprio il fatto di chi, appunto, amministratore di cassa di una società di diritto privato, quale è la veste giuridica della federazione sportiva, svii "in nome e per conto proprio" ovvero "a titolo/interesse personale" le risorse finanziarie della stessa facendole transitare su conti correnti intestati alla sua persona fisica.

La fattispecie concreta, una volta ragguagliata al parametro della funzione propria, si dimostrerebbe in fin dei conti non sussumibile nella figura tipica della condotta qualificata dalla specialità dell'autore (qui incaricato di pubblico servizio) del delitto di peculato, mancando un comportamento dall'apparenza fenomenica classificabile come momento di esplicitazione di una attività di gestione di finanziamenti pubblici sviati dalla legittima e vincolata teleologia (sportiva). Inquadramento che si sarebbe potuto di contro proporre ove la dinamica fattuale avesse preso la piega dell'intervento di giroconto da una posizione bancaria specificamente ed univocamente destinata al deposito delle risorse economiche provenienti dal C.O.N.I., destinato (un simile comportamento) ad indirizzare arbitrariamente il denaro verso un conto corrente privato della Federazione sportiva o di altro soggetto. In tale frangente il ruolo formalmente assunto dall'incaricato di cassa l'avrebbe reso tipicamente realizzatore di una condotta di spendita del potere-dovere di gestione vincolato. Diversamente – come è nella variante a processo – il comportamento è quello calato nella cornice generale della *suñtas* appropriativa del soggetto "chiunque" (ai sensi dell'art. 646 c.p.).

6. Ultimi appunti spostano allora a riconsiderare il profilo circostanziale dell'accadimento. Il modello logico e giuridico del reato a condotta tipizzata dall'Autore, estrapolato in via di ipotesi e confermato da questa essenziale analisi del caso 'peculato *versus* appropriazione indebita aggravata' ai sensi del combinato disposto degli artt. 646, co. 1 e 3, e 61. n. 11 c.p., lascia dedicare attenzione all'opzione normativa che colloca la qualifica dell'autore in sede circostanziale, secondo la scelta generale di sistema che attraverso l'art. 70 c.p. puntella la distinzione tra circostanze soggettive ed oggettive legando le une

alla dimensione della personale colpevolezza per il fatto (sono circostanze soggettive quelle relative a «l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti tra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti la persona del colpevole»), le altre alla tipicità del fatto (circostanze oggettive quelle che concernono «la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo ed ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità dell'offeso»). Tutte infine lasciate convergere nella quantificazione “di specie” della punibilità, in “corrispettivo” ed in proporzione al disvalore prodotto attraverso la vicenda umana realizzata.

È chiaro che l'accessorietà, che per nozione tradizionalmente le connota, riguarda la disposizione normativa che prevede la circostanza e non anche il contenuto tipico ch'essa presenta, il quale può in effetti concernere sia profili del tutto estrinseci al fatto tipico, come ad esempio l'imputabilità o il risarcimento del danno, sia aspetti intrinseci (e quindi “accessori”) del reato nella rispettiva porzione della tipicità, come è ad esempio per la condotta, riguardata nelle sue modalità (o per il dolo, considerato nella sua particolare intensità)³³.

Ne discende, coerente, il riconoscimento – ad esse circostanze – di una funzione di maggiore individualizzazione della responsabilità penale e, di conseguenza, di una più attenta modulazione del trattamento sanzionatorio in ragione del migliore adeguamento ai possibili modi di realizzazione del fatto concreto³⁴.

Il canone della condotta tipizzata dall'autore quanto a modalità di comportamento punita consente di integrare pure questa prospettiva, in cui ci si immette nella fenomenologia delle forme di manifestazione del reato. Con ciò si dimostra – anche per questo verso – la portata trasversale della categoria proposta in ‘ipotesi’, valida a contingentare una certa galassia di tipicità penale, inclusiva non solo di specifiche ipotesi incriminatrici, ma altresì sovrapponibi-

³³ Si vedano le argomentazioni di CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 54 ss.

³⁴ CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 176 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 20 ss.; PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 1983, 277; *amplius*, MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, 581 ss.. Alcuni Autori ritengono che le circostanze servano anche per limitare il potere discrezionale del giudice FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 412; MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in *La scuola positiva*, 1965, 189; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 407 s.; STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 99.

le (comprendendole nel suo sottoinsieme) alle categorie del reato omissivo e del reato colposo; e parzialmente sovrapponibile (in fondo, intersecantesi) alle ipotesi circostanziate dall'autore, ove la scelta legislativa non vuole la condotta tipizzata inevitabilmente e necessariamente condizionata alla funzione dell'autore, ma ha nondimeno attenzione a questa accessoria eventualità, intendendo apprezzarne il rilievo a fini di modulazione sanzionatoria.

Con questo piglio il sistema, sul piano aggravante, annovera tra le circostanze comuni che attribuiscono rilievo ad aspetti oggettivi del reato l'ipotesi che il reo abbia «commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto» (art. 61 n. 9 c.p.); oppure ancora che il fatto sia stato commesso «con abuso di autorità o di relazione domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità» (art. 61 n. 11 c.p., segnatamente ascripto al reo)³⁵. Così inquadrata, le circostanze in richiamo – rispettivamente – ribadiscono in ambito pubblicistico e privato quanto vale a connotare la nuova tipicità della forma circostanziale di reato, implicando una modalità comportamentale che lascia avvistare, in guisa attiva (abuso dei poteri) o omissiva (violazione dei doveri), un uso dei poteri spettanti per la funzione svolta, ovvero per il ruolo (lavorativo, istituzionale, sociale) ricoperto, che si dimostra distorto nei fini, scritti o non scritti, assegnati al singolo³⁶.

Riflessioni di sintesi vanno allora sviluppate in parallelo rispetto a quanto osservato avanti alla “funzione” del soggetto agente dotata di portata costitutiva del reato: va negato, con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 61, n. 9 c.p., che le qualifiche – per esempio quella di pubblico ufficiale – debbano effettivamente sussistere, piuttosto andandosi a considerare l'effettivo travisamento del potere tipico della funzione; ancora, va negato che la circostanza presupponga che il reato sia commesso in relazione al compimento di atti rientranti nella sfera di competenza del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, né si esige l'attualità dell'esercizio della funzione o del servizio, integrandosi l'aggravante di specie anche quando la qualità dell'agente, in relazione alla tipicità della sua posizione, abbia potuto facilitare la condotta del reato, pur

³⁵ La prima delle indicate circostanze si pone in rapporto di specialità con quella dell'abuso di relazioni d'ufficio, prevista dal n. 11 dello stesso art. 61, per cui, ritenuta la sussistenza della prima, non può, al tempo stesso, ritenersi anche quella della seconda, v. Cass., Sez. V, 11 novembre 2004, n. 1761, in *Riv. pen.*, 2005, 571.

³⁶ L'aggravante non si applica quando l'abuso rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie penale (es. rivelazione di segreti di ufficio ex art. 326 c.p.), ed è compatibile col tentativo, cfr. Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2003, D. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 228859.

sempre perpetrata con abuso dei rispettivi poteri³⁷. Ciò comporta, quindi, che essa è configurabile anche quando il pubblico ufficiale abbia agito fuori dell'ambito delle sue funzioni, purché la sua qualità abbia comunque facilitato la commissione del reato perché estrinsecatasi a mezzo dei poteri tipizzati³⁸. In sostanza, l'integrarsi dell'elemento accidentale in discorso prescinde dal nesso strettamente funzionale tra il fatto delittuoso e la pubblica funzione, e prende vita ogni qualvolta l'attività del colpevole sia stata esplicita "profittando" comunque delle funzioni suddette, messe in atto ed in uso³⁹. In analogia valgono le osservazioni rispetto all'ipotesi di cui all'art. 61, n. 11⁴⁰. La circostanza non riguarda esclusivamente i rapporti derivanti dalla comune appartenenza dell'autore del fatto e del soggetto passivo ad un medesimo ufficio o dall'esistenza tra gli stessi di un rapporto di prestazione d'opera, ma si configura anche quando l'agente si avvalga di tali situazioni per commettere il reato strumentalizzando l'ufficio ricoperto o la prestazione svolta⁴¹.

DANIELA FALCINELLI

³⁷ Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1999, P., in *Mass. Uff.*, n. 214143.

³⁸ Cass., Sez. I, 28 maggio 2009, P.G. in proc. B., in *Mass. Uff.*, n. 243805.

³⁹ Cass., Sez. III, 3 novembre 1983, M., in *Mass. Uff.*, n. 164598. A parere della Suprema Corte, in particolare, la circostanza è integrata da qualsiasi comportamento, doloso o colposo, tenuto in contrasto con un dovere imposto dall'ordinamento giuridico, ossia dall'inosservanza di un obbligo specifico e non semplicemente di generici doveri di probità e correttezza connessi alle qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricati di pubblico servizio. È, altresì, necessario che tra l'esercizio del pubblico servizio e la commissione del reato esista una connessione, ossia un rapporto di interdipendenza o di semplice occasionalità, mentre non è richiesto un nesso strettamente funzionale fra il fatto delittuoso e il pubblico servizio, essendo sufficiente che l'esecuzione del reato sia stata agevolata dalle attribuzioni dell'agente e che, dunque, tra violazione ed evento sussista un nesso di mezzo a fine, v. Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2008, P.G. in proc. G. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 239901.

⁴⁰ Cfr. NUVOLONE, *Coabitazione, convivenza e relazioni domestiche*, in *Riv. pen.* 1940, 257.

⁴¹ Cass., Sez. III, 11 marzo 2008, n. 14744, in *Dir. e giust.* online, 2008.