

## Osservatorio sulla Corte di Cassazione

---

### Delitti contro il patrimonio

#### La decisione

**Truffa - Fattispecie circostanziata aggravata - Fatto commesso a danno di un ente pubblico - Nozione di ente pubblico - Società concessionaria “organo indiretto” della p.a. nell’ambito delle funzioni trasferite - Poteri, obblighi e responsabilità dell’“organo diretto” - Ipotesi di danno “indiretto” a carico dell’ente pubblico - Inconfigurabilità** (c.p., art. 640, co. 2, n. 1).

*Ad indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente, per il configurarsi della circostanza aggravante del delitto di truffa ex art. 640, comma 2, n. 1, c.p., si deve accertare che le decisioni dell’ente siano sotto l’influenza determinante di un soggetto pubblico, e che l’istituzione della persona giuridica soddisfi specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. In sostanza occorre avere riguardo al rapporto di servizio tra l’agente e la pubblica amministrazione, risultando il primo, altrimenti estraneo all’amministrazione, investito del compito di porre in essere un’attività in vece della seconda, senza che rilevi né la natura giuridica dell’atto di investitura né quella del soggetto che la riceve. Ciò comporta la necessità di verificare se l’affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico, integri una relazione incentrata sull’inserimento del soggetto medesimo nell’organizzazione funzionale dell’ente pubblico, onde egli agisca per le finalità proprie di quest’ultimo con l’attribuzione della conseguente responsabilità. Ne deriva una ricostruzione della società concessionaria-ente pubblico come organo indiretto della p.a. nell’ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della p.a. (1).*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 12 febbraio 2014 (ud. 24 ottobre 2013) - SANTACROCE, *Presidente* - DIOTALLEVI, *Relatore* - D’AMBROSIO *P.M.(diff.)* - Caltagirone Bellavista e altri, ricorrenti.

#### Il commento

### Il Soggetto Pubblico, tracce di una nozione penale “per funzione”

1. La censura di inammissibilità del ricorso giunge a voce della pronuncia

delle Sezioni unite a fronte della sottoposta questione: «*se, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 640, co. 2, n. 1, c.p., debba riconoscersi natura pubblica o privata ad una società per azioni partecipata da un ente pubblico e concessionaria di opera pubblica*».

Ma è la “bocca” dello stesso Giudice ad aprire, piuttosto che a chiudere, le pagine di una indagine ermeneutica sollecitata, o meglio imposta, ad una cruciale attenzione, riversandosi sul questionabile metro di identificazione del “soggetto pubblico”.

Il nodo da sciogliere è, difatti, e rimane, la natura giuridica della s.p.a. titolare di un provvedimento di concessione da parte dell'ente territoriale Comune, pur nella premessa che la sollevata natura indiretta dei danni subiti dal Comune a fronte di danni diretti subiti dalla sola società concessionaria partecipata – vero ed unico soggetto passivo della truffa – rende il complesso quadro giuridico sullo sfondo irrilevante nella dinamica di una decisione che è tenuta a dirigersi verso l'inammissibilità.

Procedendo con ordine, il problema esegetico si impunta sull'assenza tanto di una definizione normativa quanto di un consolidato diritto vivente circa gli indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente; ciò posto, le linee normative e la giurisprudenza, di varia origine per settore di competenza e livello territoriale, sviluppatasi attorno alla nozione di organismo pubblico, si pongono di fronte alla Suprema Corte mettendo in evidenza il farsi leva su una concezione sostanzialistica o funzionale. In sintesi, si ha da accertare «*che le decisioni dell'ente siano sotto l'influenza determinante di un soggetto pubblico e che l'istituzione della persona giuridica soddisfi specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. In sostanza occorrerebbe avere riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, caratterizzato dal fatto di investire un soggetto altrimenti estraneo all'amministrazione medesima del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica. Ciò comporterebbe la necessità di verificare se l'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico, integri una relazione incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico con l'attribuzione della conseguente responsabilità in cui può incorrere il concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbli-*

*che, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, onde egli agirebbe per le finalità proprie di quest'ultima».*

Non alla forma, allora, ma alla "sostanza" tocca guardare, dovendosi osservare in prospettiva una effettiva integrazione della società (formalmente) privata all'interno del comparto pubblico se ed in quanto riconducibile complessivamente all'ente territoriale, secondo una ricostruzione che configuri la società concessionaria come organo indiretto della p.a.

Segnala puntuale il Giudice di Legittimità che una simile ottica - "sostanzialista-funzionale" - se da un lato è fatta propria dall'Ufficio ricorrente, dall'altro si scontra con l'interpretazione "nominalistica" penetrata nel provvedimento impugnato. Qui si dà conto di un rapporto strumentale tra enti - *rectius*, tra Comune e società concessionaria - di tal ché viene indicato esistente un danno all'ente partecipante quale mero effetto riflesso della partecipazione societaria. L'aggettivo "strumentale" mette allora sicuramente in evidenza il fatto che il soggetto-società partecipata non sia "organo" (indiretto) nel senso di "titolare di ufficio pubblico", in quanto non agisce in nome della pubblica amministrazione - dalla quale le funzioni pubbliche debbono essere trasferite - né si serve di mezzi da essa forniti; il sostantivo "organo" marca invece come anch'essa società, al pari dell'omonimo "diretto", deve svolgere attività di natura amministrativa, in quanto esercitante pubbliche funzioni. Funzioni che, se senz'altro non potrebbero essere svolte senza l'avvenuta concessione a natura traslativa, possono e pretendono altresì svolgersi *«in modo tale che la concessione operi come investitura del concessionario ad operare nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della p.a.»*.

2. La disarmonia innescata dall'impostazione del ricorso scaturisce dunque dalla configurazione della consumazione della truffa in danno della sola società per azioni concessionaria, e non anche del Comune, dipinto quale destinatario di un danno di natura meramente "indiretta". Tanto perimetra l'analisi del Giudice amputandogli la possibilità di affrontare in modo sistematico i termini significanti della questione presupposta, alla ricerca del filtro che lasci attestare l'assunzione di una funzione pubblicistica invece di una attività di carattere privato.

Nondimeno, la "stretta" motivazione delle Sezioni unite va apprezzata a fondo, e in queste prime battute va presa a punto d'appoggio per dilatare l'area di riflessione ben oltre lo spettro delle circostanze (aggravanti) dell'illecito penale - qui chiamate in causa - e ben oltre la qualifica "personalistica" della

vittima del reato. Col richiamarsi al concetto (-attività) e alla relazione di “pubblico servizio”, il Giudice di Legittimità puntella infatti un possibile sviluppo del ragionamento attorno alle connessioni che intercorrono tra le qualità dell'autore ed il piano strutturale dell'illecito criminale (che assume dunque le vesti del c.d. reato proprio). La forza concettuale espressa dal *decisum* del Supremo Giudice si racchiude del resto nella conclusiva quanto “pervasiva” assegnazione della titolarità della qualifica pubblicistica, e delle connesse responsabilità, in capo a chi esercita la funzione (trasferita) esprimendola e concretizzandola per il tramite degli implicati poteri e doveri (i medesimi spettanti all'organo diretto che il trasferimento ha operato).

Prima di precedere oltre va però fatto un passo indietro, confrontando col pensiero della Corte altre applicazioni della nozione di ente pubblico-vittima di illecito penale.

La circostanza aggravante che siede sulla scena dell'imputato delitto di truffa (se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico), prescrivendo un inasprimento sanzionatorio che incide sul regime della procedibilità, consente invero di passare in rassegna cursoria alcuni pronunciamenti giurisprudenziali in materia, che hanno lasciato implicita la questione del procedimento ermeneutico di assegnazione all'ente di una qualifica pubblicistico-penale. Alla fine dei conti siffatta qualità rimane comunque assegnata a soggetti esercitanti una funzione-attività riconducibile ad un apparato amministrativo pubblico. Si è così ritenuta configurabile la fattispecie circostanziata in discorso non solo nel caso in cui una cittadina extracomunitaria, previa esibizione della propria carta d'identità, abbia dichiarato falsamente all'addetto dell'ufficio postale di essere in possesso dei requisiti previsti per ottenere il “bonus bebè”<sup>1</sup>; ma anche nel fatto di chi, mediante dichiarazioni false, indebitamente abbia ottenuto prestazioni erogate da istituti previdenziali o assistenziali – nell'ipotesi INPS – così indotti in errore<sup>2</sup>.

Agevola in quest'ottica ricostruttiva “sostanziale” anche l'analisi sintetica del rapporto corrente tra il delitto di truffa *tout court* e quello normativizzato all'art. 640-*bis* c.p.: segnatamente, il delitto di “truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche ai danni dello Stato” si compone dei medesimi tasselli strutturali del delitto di truffa di cui all'art. 640 c.p., come del resto emerge dal richiamo *per relationem* operato dal legislatore penale; il compendio degli elementi richiamati risulta arricchito da due ulteriori connotati, che vanno a specializzare la figura delittuosa: il soggetto passivo del reato e l'oggetto della

<sup>1</sup> Cass., Sez. II, 25 novembre 2008, H.I.N., in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>2</sup> Cass., Sez. II, 5 novembre 2008, G.T.N., in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

condotta fraudolenta. Per quanto di interesse, a soggetti passivi del reato compaiono lo Stato, gli enti pubblici e le Comunità europee, sicché uno sguardo un poco più attento lascia osservare come l'elemento specializzante in richiamo non risulti, per il vero, estraneo all'economia della fattispecie di cui all'art. 640 c.p. Ed in effetti, se come rimarcato nella sua forma di manifestazione aggravata di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 c.p., il delitto vede quali vittime della condotta aggressiva sia lo Stato che gli enti pubblici, la giurisprudenza venuta a formarsi nel tempo ha esteso l'ambito di operatività della fattispecie aggravata in parola anche alla CEE ed agli altri organi comunitari<sup>3</sup>, pacificamente intesi a parte dell'apparato pubblico sovranazionale esercitando attività di pubblico interesse.

Ancora al proposito, la parallela analisi riguardante la fattispecie delittuosa di cui all'art. 316-ter c.p. conferma come questi soggetti extra-nazionali siano ricompresi in una lata dimensione della pubblica amministrazione: in questa sede difatti si conclude come il delitto miri a contrastare la dispersione e lo sviamento del denaro pubblico di provenienza interna o comunitaria da parte dei beneficiari delle somme erogate, tutelando in tal modo l'intera attività di programmazione economica attuata dagli Enti pubblici (nazionali e sopranazionali) in parola<sup>4</sup>. In dottrina, esattamente, si sottolinea tutelata anche la libera formazione della volontà della P.A. o dell'UE in ordine all'erogazione delle risorse economiche, che presuppone la veridicità delle informazioni fornite dal soggetto richiedente, e la loro destinazione a fini di interesse generale<sup>5</sup>.

Si giunge da qui ad una prima chiosa: è sull'attività di competenza, e quindi sulla funzione spettante ed esercitata, che dovrà portarsi l'attenzione per identificare l'esatto confine penale del "soggetto pubblico". Una scelta di sistema, che la pronuncia delle Sezioni unite rimarca rigorosa, sottesamente invocando il rispetto dei fondamentali principi di certezza e garanzia che alimentano il lato penale dell'ordinamento giuridico.

**3.** Le ragioni ed i riflessi della compenetrazione tra Soggetto e Fatto di reato sono del resto questioni che l'attualità conosce e di cui discute, sia sul piano del diritto che sul piano della politica criminale. Lo dimostra l'osservazione "empirica", dove si tocca la progressiva estensione del perimetro del reato

<sup>3</sup> V. sul tema Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, C.G., in *Dir. pen. proc.*, 2007, 746; Id., Sez. un., 16 dicembre 2010, P.G.E., in *Dir. pen. contemp.*, 2011.

<sup>4</sup> SEMINARA, *Art. 316-ter c.p.*, in *Comm. breve c.p.*, a cura Crespi, Forti, Zuccalà, Milano, 2008, p. 763.

<sup>5</sup> V. per tutti, BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 555; SEMERARO, *Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2565.

proprio, quale tipologia di fattispecie criminose che secondo l'inquadramento tradizionale postula 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, in giustapposizione a quelle qualificazioni soggettive – così l'imputabilità – che rappresentano *status* soggettivi (riferibili all'autore) indipendenti dalla struttura tipica; e che fondano il reato di specie, ancora a detta dell'attuale comune sentire, «*sul decisivo rilievo della peculiare relazione che lega il soggetto al bene giuridico tutelato e che lo mette in condizione di realizzare specifiche e insidiose condotte offensive di tale bene; rilievo da cui scaturisce quindi l'esigenza di assicurare, sotto questo profilo, una più adeguata o più intensa tutela al bene stesso*»<sup>6</sup>.

Nella portata – limitata – di queste riflessioni il campo di osservazione si proietta nella storia moderna del diritto penale, per verificare la pertinenza della nozione “funzionale-sostanziale” sagacemente tratteggiata dalla Corte all'adattamento che il fattore “qualifica soggettiva” penalmente rilevante ha vissuto col superamento dell'atmosfera culturale in cui si era originariamente immersa la codificazione penale dello scorso secolo, e con l'affermarsi dei nuovi principi e valori dettati dalla Carta costituzionale.

In particolare, il cruciale richiamo che la motivazione della decisione opera rispetto al “servizio pubblico”, trasferito alla, ed esercitato (tramite i poteri ed i doveri spettanti) dalla, società concessionaria - a questa condizione qualificabile come organo indiretto della pubblica amministrazione e quindi “ente pubblico” - sposta l'obiettivo sulla più dibattuta qualifica pubblica del soggetto autore del reato. Crisi e metamorfosi del concetto-categoria delle qualifiche soggettive penali indirizzano difatti su un versante che è uguale e contrario rispetto alla tematica della natura pubblica dell'ente vessato dal comportamento truffaldino: l'*exemplum*, in sostanza, sta nella generale tematica del “pubblico agente”.

Pensare diacronicamente alle qualifiche soggettive nei delitti contro la Pubblica Amministrazione, dal prima al dopo della riforma del 1990, già fa osservare l'evoluzione concettuale cui rimanda la stesura della sentenza in commento, illustrando un transito dalla “forma” alla “sostanza” delle nozioni.

La regolamentazione penale, in questa frangia, ha difatti messo in chiaro il progressivo distaccamento da una logica paternalistico-autoritaria di relazioni verticali, che dallo Stato-istituzione discendano sull'individuo imponendogli, viepiù se trattasi di soggetto “qualificato”, una doverosa (e magari “speciale”)

---

<sup>6</sup> BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, p. 151.

obbedienza. Le relazioni umane dell'epoca contemporanea, per come le osserva il diritto - anche quello della criminalità - si improntano piuttosto secondo una logica di doverosa collaborazione orizzontale, ispirata ai doveri/poteri di solidarietà sociale, di attenzione e protezione rispetto agli altrui diritti avanti a gestibili situazioni di pericolo: poteri e doveri che si specificano a seconda delle categorie dei soggetti destinatari.

La svolta, epocale, che ridisegna così il tessuto della collettività, sia civile che istituzionale, impatta sulla vicenda umana violativa del precetto penale "proprio", mutandone l'aspetto e la qualificazione. Essa non è più un fatto di disobbedienza, foss'anche solo ideologica: è, invece, un fatto che materializza la rottura del "ruolo" e dei "compiti" assunti dal reo nell'ordinamento (in rapporto agli altri consociati), e con ciò dimostra l'integrazione di quell'avvenimento che in astratto "annuncia" l'offensività selezionata dal legislatore penale, da verificare in concreto.

La riscrittura delle qualifiche soggettive legate allo svolgimento di una c.d. attività pubblica accompagna questo ragionamento.

La panoramica sul tema scorre a partire dall'entrata in vigore del codice Rocco, data in cui si compiva un processo di definizione generale, agli effetti penali, del pubblico agente, infine distinto nelle qualifiche soggettive pubblicistiche del pubblico ufficiale (art. 357 c.p.), dell'incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.), e dell'esercente un servizio di pubblica necessità, figura introdotta proprio dalla codificazione del novecento (all'art. 359 c.p.) ed ivi ulteriormente distinta a seconda dell'essere o meno questi un pubblico impiegato.

Coerente con il primitivo modello della doverosa obbedienza, l'originario art. 357 c.p. considerava pubblico ufficiale l'impiegato dello Stato o di altro ente pubblico che esercitasse una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria, nonché ogni altra persona che, a diverso titolo, esercitasse le medesime funzioni. Quanto all'incaricato di pubblico servizio, invece, la versione originaria dell'art. 358 c.p. rinveniva la relativa qualifica soggettiva nell'impiegato dello Stato o di altro ente pubblico che prestasse, a diverso titolo, un pubblico servizio e in ogni altra persona che, a diverso titolo, prestasse un servizio della medesima natura.

L'accento si poneva quindi, d'immediato, sul rapporto di impiego - più esattamente di servizio - incoraggiando a definire il pubblico agente secondo un criterio soggettivo, centrato sulla dipendenza di questi dalla pubblica amministrazione, o comunque sul rapporto di appartenenza del pubblico agente alla struttura preposta all'espletamento della particolare funzione: vale a dire, sulla

logica formale del dovere (disatteso) discendente ed implicato dal rapporto de quo. Al contempo, la definizione si concludeva con un necessario e cumulativo riferimento alla “funzione esercitata” o al “servizio prestato”, già dimostrando la “capacità” del sistema di assumere a reale fondamento un criterio oggettivo di definizione del pubblico agente, da considerarsi consistente – e quindi sintomatizzato – nel potere (pubblico) che dà il contenuto specifico e sostanziale all’attività svolta.

Se fin dai primi commenti si era in generale spostata la forza ricognitiva delle riferite nozioni sul secondo dei ricordati criteri<sup>7</sup>, era in particolare il concetto di pubblico ufficiale che riusciva a rinvenire un contenuto sufficientemente affidabile nel concreto svolgimento della funzione pubblica, caratterizzata da quell’espressione di sovranità che, nel ramo amministrativo, si specificava nell’esercizio del potere autoritativo, certificativo, oppure del potere (deliberativo) di contribuire alla formazione della volontà della pubblica amministrazione. Col porre l’accento esegetico-applicativo sulla manifestazione del potere sovrano, la nozione di pubblico ufficiale assumeva difatti un deciso significato oggettivo-funzionale, che la metteva al riparo dalle più forti torsioni interpretative innescate dalla neo affermazione dei principi costituzionali del diritto penale, dalla legalità alla determinatezza, dalla frammentarietà alla proporzione<sup>8</sup>.

Accanto, si dipanava la travagliata vicenda ermeneutica legata alla figura dell’incaricato di pubblico servizio<sup>9</sup>: la prima giurisprudenza ha teso a decifrare l’art. 358 impiegando la chiave della residualità della mansione svolta dal pubblico agente, così da farvi rientrare una qualsiasi attività propria della pubblica amministrazione che non avesse i caratteri della pubblica funzione, con l’esclusione - non pacifica - delle mansioni meramente esecutive o materiali, con ciò accogliendo vistosamente un criterio di definizione soggettivo, in cui a contare è il rapporto di dipendenza dell’agente dalla struttura amministrativa pubblica. È in un secondo momento che la magistratura giudicante mostra di leggere l’art. 358 attraverso un criterio oggettivo. Muovendo da un approccio teleologico-ontologico il fuoco della riflessione interpretativa si sposta sulla natura della mansione svolta dal soggetto da qualificare, riguarda-

<sup>7</sup> V. DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Stile, Napoli 1987, p. 29 ss.; FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano 1992, p. 563 ss.

<sup>8</sup> In tema v. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: commentario sistematico*, II, Art. 336-360 c.p., Milano, 2008, p. 249.

<sup>9</sup> Cfr. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010, p. 8 ss.

ta nel fine pubblico ritenuto immanente oppure nel suo contenuto, connotato da un pubblico interesse, secondo una concezione c.d. oggettiva impropria del servizio pubblico in funzione della quale la giurisprudenza aveva individuato una serie di “indici sintomatici”, ovvero segni caratterizzanti l’attività di pubblico interesse: tra gli altri, la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell’ente pubblico; l’esercizio dell’attività in regime di monopolio; l’assoggettamento a poteri di controllo e indirizzo; la proprietà delle quote azionarie e l’apporto finanziario da parte dello Stato; la presenza di una concessione<sup>10</sup>.

La vivace critica inizialmente portata contro una simile impostazione si è comunque tradotta in un *trend* di oggettivizzazione che, dopo aver contrassegnato la vicenda ideologica del concetto già a partire dal secondo dopoguerra, con il progressivo acuirsi della crisi della nozione di ente pubblico, e dopo aver ricevuto un’ulteriore spinta dal ridimensionamento dell’intervento statale nell’economia attuato attraverso le privatizzazioni, ha trovato espressione nella liberalizzazione dei mercati<sup>11</sup>.

La riforma siglata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, ha accolto da qui, sulla spinta delle nuove pulsioni giuridico-sociali, una nozione oggettivo-funzionale, a cui premessa tacita sta comunque un ineliminabile riferimento soggettivo, per il contenuto di imperio che contrassegna la pubblica funzione e ne riconduce l’esercizio alla volontà dello Stato<sup>12</sup>. Proprio questo profilo è sembrato del resto tornare protagonista in quelle ipotesi in cui la sistematica penale, pur eleggendo a soggetto attivo il pubblico ufficiale, nella cornice fattuale inquadrata dalla norma incriminatrice poi non pretende l’esercizio concreto delle prerogative pubblicistiche, stando il fatto che a volte la descrizione legale dei delitti contro la pubblica amministrazione contempla non tanto e non solo la distorsione dello *status* o lo sfruttamento della posizione occupata – come nel delitto di peculato<sup>13</sup> – ma anche il semplice abuso delle qualità. Si pensi, per tutte, alla fattispecie di concussione, nel testo di cui all’art. 317 c.p.

Va nondimeno considerata una plausibile ed eterodossa lettura di questa condotta alternativa, che la tratteggi in termini modali pur sempre oggettivo/funzionali: quelli consistenti nella prospettazione anticipata dell’esercizio

<sup>10</sup> Riferimenti in BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, diretto da Marinucci, Dolcini, Padova, 2001, p. 101.

<sup>11</sup> V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., p. 153 ss.

<sup>12</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 249 s.; cfr. anche PICOTTI, *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 316.

<sup>13</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 258.

“deviato” del potere, ovvero nella minaccia (esplicita o implicita che sia) di un comportamento tipizzato dall’uso distorto dei poteri caratterizzanti il ruolo pubblicistico di specie, quale condotta pur sempre dotata di cogenza costrittiva secondo la nuova veste della fattispecie delittuosa<sup>14</sup>.

Rimane peraltro coerente con tali rilievi ravvisare nelle norme “di diritto pubblico”, che disegnano (in uno con la nozione di “atti autoritativi”) la fonte valevole a c.d. confine esterno della pubblica funzione amministrativa (ed anche del pubblico servizio), norme “di relazione e di organizzazione”, cioè norme che attribuiscono un potere tipico individuandone l’ufficio (l’organo) titolare<sup>15</sup>. Ciò discende dalla consapevolezza dell’attuale volto del pubblico servizio, atteggiandosi oramai a mansione il cui affidamento (*rectius*: ottenimento) ed il cui esercizio sono regolati da schemi nei quali il ruolo del momento provvedimentale-autoritativo via via diminuisce, schemi dunque sempre più irriducibili ad idealtipi pubblicistici. Il tutto, a dare ragione del fatto che si sia al di fuori della tradizionale visione dell’essenza del diritto pubblico, quale espressione della posizione di supremazia di una delle parti del rapporto giuridico. Anche il significato del concetto di atto autoritativo, pur sempre richiamato in sede di delimitazione esterna della qualifica soggettiva acquista una fisionomia precipua proprio in forza della propugnata chiave di lettura oggettivo-funzionale. Dalla prospettiva della pubblica funzione, gli atti autoritativi, lungi dal costituire criterio di disciplina – non tutte le pubbliche funzioni, infatti, sono regolate da simili provvedimenti – sembrano piuttosto ben rappresentare i momenti espressivi dell’attività<sup>16</sup>. Quanto a dire che il dettato normativo, con il richiamo congiunto ai due diversi parametri di disciplina nel senso della loro necessaria coesistenza, esplica l’indefettibilità del requisito di c.d. delimitazione interna, cioè un richiamo all’esercizio di uno dei poteri pubblicistici tipici, appunto quello autoritativo<sup>17</sup>, e la necessità che esso si materializzi per l’integrarsi in concreto della astratta fattispecie criminosa. Così è secondo l’opinione di quanti argomentano dallo scopo ultimo dell’intervento penale a tutela della Pubblica amministrazione, scopo individuato nel regola-

---

<sup>14</sup> Cfr. GATTA, *Sulla minaccia dell’esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e ‘induzione indebita’ (aspettando le Sezioni Unite)*, in [www.penalecomtemporaneo.it](http://www.penalecomtemporaneo.it), che condivide l’impostazione generale della minaccia quale modalità comportamentale, concludendo nondimeno nell’opposto senso della atipicità di essa rispetto al delitto della concussione.

<sup>15</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 282.

<sup>16</sup> BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 46.

<sup>17</sup> V. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Bondi, Di Martino, Fornasari, Torino, 2004, p. 69 s.

re funzionamento dell'attività amministrativa: con ciò, si intende "pubblica" quella disciplina che vincola concretamente una determinata attività per indirizzarla autoritativamente verso una pubblica utilità, regolando i contenuti e/o i modi delle scelte di chi tale attività esercita<sup>18</sup>.

4. Brevemente, una volta messe a fuoco queste coordinate di sistema, ci si sofferma su un più generale quadro d'analisi.

A guida della nozione, e a segnale di riconoscimento della qualifica d'autore "pubblico", si porta in sostanza un unico e caratterizzante "limite", che "interno" è nel senso che rimane tracciato attraverso l'esercizio dei poteri tipici dell'autore nominato: l'esercizio dei detti poteri è ciò che vale non solo a "personalizzare" il fatto d'autore ma anche a distinguere le varie figure di pubblico agente. Ponendo l'accento sullo svolgimento della mansione tipizzata, può dunque trovare legittimazione non solo il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la qualifica di pubblico ufficiale spetta anche al funzionario di fatto<sup>19</sup>, cioè a colui che esercita la pubblica funzione nell'assenza di una valida investitura potendo nondimeno contare sulla volontà espressa o tacita, ancorché nulla, della pubblica amministrazione<sup>20</sup>. Il concetto "dell'autore pubblico" difatti si presta ad abbracciare anche chi "usurpatore" di pubbliche funzioni<sup>21</sup>, se ed in quanto costui "appaia" - in termini di verificabilità empirica e dimostrabilità processuale - nell'esercizio di almeno uno dei poteri tipici, per condiviso orientamento conteggiabili in: deliberativo, rappresentativo («...caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione»), autoritativo e certificativo («o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»)<sup>22</sup>; in effetti tutti aventi a sfondo (modale) necessario il riferimento al potere (rappresentativo)<sup>23</sup> di agire all'esterno in nome e per conto della PA, incidendo così sulla sua sfe-

<sup>18</sup> È dunque disciplina "di diritto pubblico" quella che escluda la libera discrezionalità dell'esercente nel prestare o rifiutare il proprio servizio, ovvero nello stabilire prezzi o prestazioni differenziate, sottraendo l'esercizio dell'attività alle leggi del mercato, in modo tale da assicurarne la fruibilità all'intera collettività, cfr. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, nota a Cass., Sez. un., 28 settembre 2006, n. 3 del 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 359; cfr. anche PICOTTI, *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, cit., p. 311.

<sup>19</sup> SEMINARA, *Art. 357 c.p.*, in, *Comm. breve c.p.*, a cura di Crespi, Forti, Zuccalà Milano, 2008, p. 865.

<sup>20</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 271.

<sup>21</sup> V. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 17.

<sup>22</sup> V. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., p. 57 s., p. 67 s.

<sup>23</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 13; cfr. anche VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 36.

ra giuridica (come lo intende la prevalente giurisprudenza)<sup>24</sup>.

Lo stesso schema di pensiero rimane avallabile in campo di definizione della prestazione di un pubblico servizio, il cui “incaricato”<sup>25</sup> si veste, attraverso il suo comportamento materiale, di un potere pur sempre tipico e tipizzato alla stregua del relativo conferimento attraverso norme di diritto pubblico ed atti autoritativi<sup>26</sup>. Tale è comunque eterogeneo rispetto a quello connotante la pubblica funzione<sup>27</sup>, dotato di una fisionomia profondamente toccata e ritracciata all’indomani dell’apertura al mercato dei diversi servizi pubblici - cioè di quelle attività propriamente imprenditoriali tese a soddisfare esigenze fondamentali della collettività - che si è imposta con la progressiva affermazione della disciplina della Comunità europea nei vari contesti nazionali, con ciò determinandosi un “nuovo” statuto normativo, in diversi settori delle *public utilities*, caratterizzato dal suo estrinsecarsi secondo schemi privatistici (esclusa dall’ultima parte del capoverso dell’art. 358 la mansione semplicemente esecutiva)<sup>28</sup>. Questi tratti “general” di oggettività funzionale non precludono comunque la evenienza, entro i confini del sistema penale, pure di una contrapposta prospettiva soggettivo-individuale della qualifica: là dove il codice intenda offrirla interviene sancendo espressamente il “cambio di rotta”, così al momento in cui contempla l’incaricato di pubblico servizio che sia anche pubblico impiegato, basandone l’identificazione “anche” su di un (addizionale) diretto collegamento di lavoro tra la persona fisica e la Pubblica Amministrazione<sup>29</sup>. È il caso dell’impiegata di sesto livello dell’Agenzia delle entrate che rivela a terzi dati personali sensibili collegandosi alle banche dati

<sup>24</sup> Lo intende come potere di rappresentanza in senso stretto, cioè come facoltà di conferire rilevanza esterna a decisioni prese all’interno dell’istituzione, attribuendo loro concreta efficacia, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 285 ss.

<sup>25</sup> Al riguardo SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, p. 514.

<sup>26</sup> Da ultimo cfr. Cass., Sez. VI, 12 giugno 2013, D.C.V., in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it): «In base alla formulazione dell’art. 358 c.p., è incaricato di pubblico servizio chi in concreto lo esercita, indipendentemente anche da qualsiasi rapporto di impiego con un determinato ente pubblico. Il servizio pubblico di riscossione delle tasse automobilistiche rimane disciplinato da una normativa pubblicistica e persegue finalità pubbliche anche se attuato per il tramite di strumenti privatistici. La dedotta natura privatistica del rapporto dell’incaricato alla riscossione con l’Ente pubblico non incide sul carattere pubblicistico dell’attività posta in essere nell’espletamento del servizio (confermata, nella specie, la responsabilità a titolo di peculato per l’imputato che, nella qualità di incaricato di pubblico servizio in quanto mandatario dell’ACI per la riscossione delle tasse automobilistiche, si era appropriato di ingenti importi riscossi a detto titolo)».

<sup>27</sup> Per una ampia riflessione sul tema, si rinvia a MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., p. 91 ss., p. 99 ss.

<sup>28</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 312 ss.

<sup>29</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 315 ss.

dell'anagrafe tributaria<sup>30</sup>.

L'ennesima cartina al tornasole della "regola" - rispetto alla sopradde-  
tta "eccezione" - sta peraltro nella definizione dell'esercente il servizio di pubblica  
necessità, al quale la legge (anche rinviando ad un atto della pubblica ammini-  
strazione che quel servizio dichiara di pubblica necessità, ex art. 359, n. 2 c.p.)  
attribuisce uno specifico compito di "cura": solo con riguardo a un simile  
compito, normativamente regolato (si pensi alla difesa tecnica da parte  
dell'avvocato o all'accertamento del decesso da compiersi ad opera del medi-  
co), il professionista acquista la qualifica pubblicistica in considerazione<sup>31</sup>.

La scelta di sistema che evolutivamente se ne può trarre, si plasma quindi at-  
torno alla validità oggettiva della qualifica soggettiva, nel senso che la "classifi-  
cazione del soggetto" esige di avere riflesso sulla specifica tipicità del compor-  
tamento: esso prende forma col modularsi attraverso l'esercizio dei poteri  
tipici connessi a quel ruolo; e a seconda dei casi avrà il nome del comporta-  
mento punito, ove si tratti della condotta tipizzata del soggetto agente, ovvero  
del comportamento manifestato in concreto nella realtà della vicenda tipizzata  
ove si tratti di soggetto vittima del reato.

È del resto la visione della realtà umana ad attestare come ogni individuo cre-  
sca in un determinato ambiente ed entri in un ruolo sociale in virtù del quale  
ci si aspettano da lui determinate prestazioni<sup>32</sup>: l'individuo è bensì libero di  
compiere delle scelte, ma la sua libertà rimane tuttavia in un certo senso con-  
dizionata dalla esistente struttura sociale. Lo sguardo che le teorie funzionali-  
stiche - *id est*, la teoria dei "ruoli" - getta alla società non sembra dunque così  
lontano rispetto a quello assunto dal legislatore penale, seppure nella limitata  
misura in cui le prime come il secondo "leggono" il comportamento  
dell'individuo in base allo "status" che occupa in uno dei determinati sottosi-  
stemi che compongono il sistema sociale. I ruoli sono difatti strutture norma-  
tive che determinano le aspettative, vale a dire l'insieme dei diritti e doveri,  
nei confronti di chi occupa una determinata posizione sociale. Quando sono  
noti i ruoli che un individuo svolge, c'è già - allora - una immagine "ideale ed  
astratta" dei contorni che si assegnano al suo comportamento in quel dato  
contesto, e che quel comportamento rendono riconoscibile, "apparentando-  
lo" al determinato soggetto. Quando il ruolo sta scritto nella norma penale,

<sup>30</sup> Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2008, L.M.P., in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>31</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 326.

<sup>32</sup> Senza con ciò avere pretese di approfondimento delle teorie sociologiche che si rifanno al paradigma  
della struttura, si vedano i modelli di spiegazione utilizzati da Marx e da Durkheim - *Les règles de la  
méthode sociologique* (1895) - ed in generale la tradizione della sociologia positivista francese (che da  
Comte attraverso Durkheim arriverà poi fino all'antropologia di Lévi-Strauss).

non v'è allora sforzo nel cogliere il rilievo ed il riflesso sulla tipicità oggettiva che a quel ruolo si assegna, conferendo una speciale “certezza” alla fattispecie incriminatrice *mercè* la precisazione letterale-fenomenica del fatto punito e la determinatezza dell'avvenimento destinata a riflettersi nella sua verifica e dimostrazione processuale.

**DANIELA FALCINELLI**