

LA CORRUZIONE E GLI ALTRI REATI CONTRO LA P.A.

PREMESSA

Il *capo I* del *titolo II* del *libro II* del codice penale (artt. 314-335 c.p.) disciplina i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione.

Pertanto, è anzitutto necessario soffermarsi sulle nozioni penalistiche di Pubblica Amministrazione (a) e di pubblico ufficiale (b).

(A) LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il nostro codice penale, quando fa riferimento alla P.A., vuole indicare tutte le pubbliche funzioni imputabili allo Stato o ad altro ente pubblico; non, quindi, la sola funzione amministrativa, ma anche quella legislativa e giudiziaria.

Peraltro, sulla delimitazione della nozione penalistica di P.A. ha di recente influito anche l'evoluzione dell'ordinamento della Unione Europea.

Infatti, tramite direttiva n. 92/50, l'UE ha per la prima volta dato una definizione della categoria del c.d. organismo di diritto pubblico – poi recepita dall'art. 3 lett. d) D.lgs. n. 50/2016 – come “qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- 1) *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2) *dotato di personalità giuridica;*
- 3) *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 al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o 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”.*

TUTTAVIA...LA NOZIONE DI ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO È STATA IN REALTÀ DELINEATA PER INDIVIDUARE I SOGGETTI OBBLIGATI AD INDIRE UNA PROCEDURA DI EVIDENZA PUBBLICA PER SELEZIONARE I PROPRI CONTRAENTI, PER CUI:

Secondo alcuni la nozione di organismo di diritto pubblico non rientra nella nozione penalistica di P.A., in quanto l'assimilazione di enti privati a soggetti pubblici sarebbe stata disposta limitatamente al settore degli appalti pubblici.

Secondo altri, invece, il fatto che tale nozione sia stata definita in relazione alla disciplina degli appalti pubblici non osterebbe comunque alla equiparazione degli organismi di diritto pubblico alla P.A. in senso penalistico, almeno con riferimento alla attività da essi espletata nella veste di stazione appaltante.

Ebbene, il bene giuridico c.d. di categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. coincide con il buon andamento e l'imparzialità della P.A., come poc'anzi definita.

L'art. 97 co. I Cost. individua, infatti, nel buon andamento e nell'imparzialità della amministrazione le garanzie costituzionali che devono essere assicurate dai pubblici uffici.

Tuttavia, come si vedrà, in qualche caso (ad es. in caso di peculato o di concussione mediante costrizione) i delitti in esame si presentano come plurioffensivi (ad es.: nel peculato è leso anche il patrimonio; nella concussione mediante costrizione è lesa anche la libertà di autodeterminazione del privato cittadino concusso).

(B) IL PUBBLICO UFFICIALE

Com'è noto, con la riforma del 1990 (L. n. 86/1990) è stato riscritto l'art. 357 c.p. ed è stato sancito il definitivo passaggio dalla impostazione soggettiva (focalizzata sull'inquadramento del soggetto in un ente di natura pubblica) a quella oggettiva (focalizzata, invece, sulle caratteristiche obiettive della funzione esercitata).

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 357 c.p., infatti, *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti, è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”*.

È chiaro che, se non sorgono particolari problemi per la individuazione dei soggetti che esercitano una pubblica funzione legislativa o giudiziaria, è sicuramente più complessa la individuazione dei soggetti chiamati ad esercitare una pubblica funzione amministrativa.

Non è un caso, infatti, che lo stesso legislatore senta l'esigenza di individuare le direttrici lungo cui si snoda la pubblica funzione amministrativa.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 357 co. 2 c.p., deve essere:

- da un lato, disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi (anche se la parte maggioritaria della dottrina ritiene che le norme di diritto pubblico e gli atti autoritativi vadano letti in chiave alternativa);
- dall'altro lato, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

Pertanto, si è in presenza di una pubblica funzione amministrativa laddove una certa funzione:

- trovi la sua disciplina in norme di diritto pubblico (ad es. le norme che disciplinano l'attività dei docenti delle scuole, dei dipendenti di enti pubblici territoriali, del personale di strutture sanitarie pubbliche) e in atti autoritativi (ad es. i provvedimenti amministrativi con cui vengono disciplinate le funzioni dei professionisti incaricati nella esecuzione di opere pubbliche);
- e si risolva nell'esercizio di un potere:
 - o deliberativo e rappresentativo (ad es. funzioni svolte dai componenti di una commissione di concorso);
 - o autoritativo (ad es. funzioni svolte dalle Forze armate);
 - o certificativo (ad es. funzioni svolte dal notaio o dal sacerdote durante la celebrazione del matrimonio).

CASISTICA: chi è pubblico ufficiale?

A titolo meramente esemplificativo, sono p.u.:

- i presidenti degli ordini professionali, in quanto enti pubblici deputati alla tutela degli interessi della categoria che rappresentano;
- i dirigenti scolastici;
- i dirigenti amministrativi, pur dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti;
- i dipendenti universitari che siano muniti di potestà certificativa e/o autorizzativa.

A quest'ultimo proposito, vanno segnalati i principi enucleati in una, pur risalente, sentenza della Suprema Corte, secondo cui:

“Anche a seguito della l. 9 maggio 1989 n. 168, che ha attribuito autonomia organizzativa, finanziaria e contabile alle università, che peraltro si è limitata a regolamentare lo statuto di autonomia che tali enti godevano fin dalla loro formazione, deve riconoscersi alle università la natura di enti pubblici. Le finalità di preminente e generale interesse perseguite dalle università sia nel campo didattico sia in quello della ricerca scientifica e tecnologica; la natura dei servizi resi agli studenti e alla collettività in generale; le forme del loro finanziamento; i controlli sulla spesa delle somme finanziate, affidati a organi dello Stato, comprovano chiaramente la natura pubblicistica delle medesime. Ne consegue che la qualità di pubblico ufficiale va affermata in capo a un dipendente di una università munito per gli affari di sua competenza di potestà certificatoria e autorizzativa, esercitata, immediatamente, anche in funzione della produzione di documenti di spesa soggetti a controllo dello Stato e, mediamente, in funzione della formazione e della manifestazione della volontà dell'ente relativamente alle opere e alle spese relative alla realizzazione di queste” (Cass. Pen., Sez.VI, n. 4955/1997).

Ora, mentre la *disciplina* (art. 357 co. 2 c.p., primo periodo) ha la funzione di delimitare dall'esterno la pubblica funzione amministrativa per distinguerla da ciò che tale non è, la *caratterizzazione* (art. 357 co. 2 c.p., secondo periodo), invece, delimita, all'interno della pubblica funzione amministrativa, la attività del pubblico ufficiale da quella dell'incaricato di pubblico servizio.

Tra le qualifiche soggettive rilevanti ai fini dei reati compresi nel *capo I* in esame rientrano, infatti, anche gli incaricati di pubblico servizio e gli esercenti un servizio di pubblica necessità.

Persona incaricata di pubblico servizio
(art. 358 c.p.):

“Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi una 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 di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

Persona esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.):

“Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:

- 1) 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;*
- 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”.*

PERTANTO...

La persona incaricata di pubblico servizio si identifica in via residuale rispetto a quella di pubblico ufficiale.

Come si ricava chiaramente dal disposto di cui all'art. 358 c.p., il pubblico servizio si distingue dalla pubblica funzione per la **mancanza dei poteri tipici di quest'ultima** (deliberativi, rappresentativi, autoritativi, certificativi), pur essendo **disciplinato nelle stesse forme** (norme di diritto pubblico e atti autoritativi). Ad esempio, quindi, può esser qualificato come "persona incaricata di pubblico servizio" il dipendente di enti che svolgono un pubblico servizio, come ad esempio le Ferrovie (il capotreno e il controllore, però – ad es. – sono pubblici ufficiali perché hanno poteri autoritativi e certificativi), le società autostradali, il CONI ecc...

Peraltro, come si evince dall'espressione "*a qualunque titolo*", il pubblico servizio può essere esercitato sia da pubblici impiegati che da semplici privati, **purché** non si tratti di semplici mansioni d'ordine o di prestazione d'opera meramente materiale: occorre, cioè, un minimo di potere decisionale autonomo.

Nel concetto di "persona esercente un servizio di pubblica necessità" rientrano due categorie di soggetti:

- i privati che esercitano determinate professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione e della cui opera il pubblico sia per legge obbligato a valersi (non avendo altre alternative): ad es. l'avvocato, il farmacista ecc...
- i privati che, non svolgendo una pubblica funzione né un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della P.A.: ad es., l'attività di assicurazione del rischio della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli.

Talvolta non è semplice differenziare il pubblico servizio dal servizio di pubblica necessità: in linea di massima può dirsi che, mentre il pubblico servizio presuppone una vera e propria concessione amministrativa, il servizio di pubblica necessità richiede una mera autorizzazione.

LE TAPPE LEGISLATIVE IN MATERIA DI REATI CONTRO LA P.A. FINO ALLA RECENTE RIFORMA: LA L. 3/2019

Il settore dei delitti contro la P.A. ha visto continui interventi da parte del legislatore. Basti pensare che, negli ultimi trent'anni si sono susseguite cinque riforme fondamentali:

- 1) Con la L. n. 86/1990 è stato riformulato l'abuso d'ufficio ed è stata fatta chiarezza sulle qualifiche pubblicistiche di cui agli artt. 357, 358 e 359 c.p.
- 2) Con la L. 234/1997 è stato introdotto il peculato d'uso e sono stati risolti i problemi di scarsa tassatività relativi alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.
- 3) Con la L. 190/2012 si è fatto luogo ad una riforma organica dei reati contro la P.A., tramite lo “sdoppiamento” delle fattispecie concussive (non più riunite entro l'art. 317 c.p.), le modifiche in materia di corruzione c.d. propria e impropria, e l'introduzione del delitto di traffico di influenze illecite.
- 4) Con la L. 69/2015 sono state aumentate sensibilmente le pene edittali per alcuni delitti (peculato, corruzione, corruzione in atti giudiziari e induzione indebita); è stato reintrodotta tra i soggetti attivi del reato di concussione anche l'incaricato di pubblico servizio (che la L. 90/2012 aveva espunto dal novero dei soggetti attivi); è stata introdotta l'attenuante speciale del ravvedimento operoso (art. 323-bis comma 2 c.p.); è stata modellata una sanzione pecuniaria riparatoria in caso di condanna per i delitti di peculato, concussione e corruzione (art. 322-quater c.p.), la quale peraltro si pone come *condicio sine qua non* per accedere alla sospensione condizionale della pena (art. 165, nuovo comma 4 c.p.) e al patteggiamento (art. 444 nuovo comma 1 ter c.p.p.).
- 5) ... →

...LE PRINCIPALI NOVITÀ DELLA L. 3/2019 IN TEMA DI REATI CONTRO LA P.A.

Di seguito le principali novità introdotte dalla L. 3/2019 (*“Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”*) **nel codice penale:**

- il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-ter c.p. è aggravato se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri;
- il reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. ha subito un innalzamento di pena (adesso da 3 a 8 anni di reclusione);
- introduzione della custodia giudiziale dei beni sequestrati (nuovo art. 322-ter I c.p.);
- è stata introdotta – all'art. 323-ter c.p. – una causa di non punibilità – subordinata alla restituzione della utilità percepita (in caso di impossibilità alla restituzione dell'utilità, la restituzione di una somma equivalente o comunque la indicazione di elementi concreti che consentano di individuare il beneficiario effettivo) – per chi, prima di avere conoscenza di indagini nei suoi confronti (e comunque entro 4 mesi dalla commissione del fatto) denuncia volontariamente uno dei reati corruttivi di cui agli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis (limitatamente ai delitti di corruzione e induzione indebita ivi indicati), 353, 353-bis, 354 c.p. e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili; tuttavia, la causa di non punibilità non si applica quando la denuncia è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato;
- introduzione della possibilità, per il giudice, di non estendere la sospensione condizionale alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la P.A. (nuovo art. 166 co. I c.p.);
- abrogazione del reato di millantato credito e modifica del reato di traffico di influenze illecite;
- estensione dell'ambito di operatività delle pene accessorie di cui all'art. 32-quater c.p. e all'art. 317-bis c.p. ad altri reati.

...LE PRINCIPALI NOVITÀ DELLA L. 3/2019 IN TEMA DI REATI CONTRO LA P.A.

Di seguito le principali novità introdotte dalla L. 3/2019 (*“Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”*) **nel codice di procedura penale:**

- estensione della disciplina “agevolata” delle intercettazioni per i reati di stampo mafioso ai gravi reati corruttivi (ossia quelli con pena superiore nel massimo a 5 anni di reclusione);
- estensione a tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni della possibilità di procedere ad intercettazioni ambientali mediante captatore informatico (c.d. virus *trojan*);
- introduzione, in materia di patteggiamento per i reati di cui agli artt. 314 comma 1, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater comma 1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis c.p., della possibilità per il giudice – in deroga al disposto di cui al comma 1-bis dell’art. 445 c.p.p. – di applicare le pene accessorie previste dall’art. 317-bis c.p. (nuovo comma 1-ter, art. 445 c.p.p.);
- introduzione, in materia di patteggiamento per gli stessi reati di cui sopra, della possibilità, per la parte, di subordinare la richiesta di patteggiamento all’esonero dalle pene accessorie di cui all’art. 317-bis c.p. o all’estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie (nuovo comma 3-bis, art. 444 c.p.p.).

...LE PRINCIPALI NOVITÀ DELLA L. 3/2019 IN TEMA DI REATI CONTRO LA P.A.

Di seguito le principali novità introdotte dalla L. 3/2019 (*“Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”*) **nell’ordinamento penitenziario e nel D.lgs. 231/2001**:

- introduzione, tra i reati ostativi alla concessione delle misure alternative alla detenzione di cui all’art. 4-bis Ord. Pen., delle fattispecie di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis c.p.;
- aggravamento delle sanzioni pecuniarie e interdittive – previste dal D.lgs. 231/2001 – in relazione alla commissione dei reati di cui agli artt. 318, 321, 322 (commi 1 e 3) e 346-bis c.p.

PENE ACCESSORIE E CONFISCA

La condanna per un delitto dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, oltre alla sanzione della reclusione prevista per ciascuno di essi, comporta ulteriori conseguenze penali:

- 1) la condanna per i delitti di cui agli artt. 314 co. I, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater co. I e 320 c.p. per un tempo non inferiore a due anni comporta l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego (**art. 32-quinquies c.p.**);
- 2) la condanna per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater co. I, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis c.p. importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (**art. 317-bis c.p.**); tuttavia, se per circostanze attenuanti viene inflitta la pena della reclusione per un tempo inferiore a due anni o se ricorre l'attenuante di cui al 323-bis co. I c.p., la condanna importa l'interdizione temporanea (tra 5 e 7 anni; tra I e 5 anni ove ricorra l'attenuante del 323-bis co. 2);
- 3) la condanna per i delitti di cui agli articoli 314 comma I, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis c.p. (e altri) commessi in danno o in vantaggio di una attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa importa la incapacità di contrattare con la P.A. (**art. 32-quater c.p.**);
- 4) la condanna per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis c.p. implica sempre il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del p.u. o dell'i.p.s. (**art. 322-quater c.p.**);
- 5) la condanna o il patteggiamento per uno dei delitti di cui agli artt. 314-320 c.p. importa la confisca (anche per equivalente) dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo (in caso di corruzione attiva, ossia quella commessa dal privato corruttore ex art. 321 c.p., la confisca è limitata al solo profitto), salvo che appartengano a persona estranea al reato (**art. 322-ter c.p.**).

PECULATO (ART. 314, COMMA I, C.P.)

“Il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi”.

BENE GIURIDICO E SOGGETTI ATTIVI

Il delitto in esame costituisce un esempio di *reato plurioffensivo*: oggetto di tutela non è solo il regolare funzionamento e prestigio della P.A., ma anche gli interessi patrimoniali di quest'ultima.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza si tratta di un *plurioffensivo improprio*, per la integrazione del quale, quindi, non è necessariamente richiesta la lesione di entrambi i beni giuridici tutelati (sul punto v. Cass. Pen., Sez. VI, n. 34940/2018, secondo cui *“integra il reato di cui all'art. 314 cod. pen. la condotta del pubblico agente che consenta a terzi l'utilizzo di un bene pubblico per finalità personali qualora ciò determini una lesione dell'interesse al buon andamento della P.A., anche se la condotta non ha determinato alcun danno patrimoniale per l'ente”*).

Si tratta di un *reato proprio non esclusivo*:

- “*proprio*” perché può essere commesso esclusivamente da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio;
- “*non esclusivo*” perché il medesimo fatto, se commesso da soggetto privo della qualifica richiesta, manterrebbe comunque una penale rilevanza, ai sensi dell'art. 646 c.p.

Tuttavia, non basta – ai fini della integrazione del reato in parola – rivestire le qualifiche pubblicistiche richieste, occorrendo, altresì, un rapporto giuridico e di causalità tra la qualifica e l'oggetto dell'appropriazione: l'agente deve avere il possesso o la disponibilità della cosa **a causa e in ragione** dell'ufficio o servizio.

Peraltro, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, la “ragione dell'ufficio o del servizio” va interpretata in senso lato, tale per cui la cosa posseduta (o di cui si ha la disponibilità) può anche essere non strettamente funzionale all'ufficio o al servizio ricoperto, potendo essa derivare da prassi, consuetudini o – secondo taluni – situazioni di mera occasionalità, purché riconducibili in qualche modo all'ufficio o al servizio (ad es., secondo Cass. Pen., Sez. VI, n. 27850/2001, integra gli estremi del reato di cui all'art. 314 co. 1 c.p. la condotta dell'ausiliario socio-sanitario dell'ASL che si appropri di alcune siringhe monouso, rientranti nella dotazione del reparto presso cui lavora ed al quale ha libero accesso, in ragione del ruolo rivestito, a prescindere dalla responsabilità della formale custodia del materiale sanitario, di competenza di altro soggetto della struttura).

CONDOTTA TIPICA

La condotta si sviluppa in due momenti fondamentali:

- il presupposto della condotta, che richiede che il soggetto attivo abbia il **possesso** (inteso come mera relazione di fatto con il bene, quindi in senso molto più ampio rispetto al possesso civilistico di cui all'art. 1140 c.c.) o la **disponibilità** (intesa come disponibilità giuridica, ossia come potere di disporre del bene materialmente detenuto da altri: v. Cass. Pen., Sez. VI, n. 52662/2018) del denaro o altra cosa mobile altrui (nel concetto di "cosa mobile" rientrano anche i beni immateriali, purché gli stessi abbiano un diretto e intrinseco valore economicamente apprezzabile, come ad esempio una banca dati o l'energia: sul punto v. Cass. Pen., Sez. VI, n. 33031/2018);
- la condotta tipica in senso stretto, consistente nell'**appropriazione** del denaro o di altra cosa mobile altrui di cui si ha il possesso o la disponibilità. La condotta appropriativa consiste, in particolare, in un comportamento *uti dominus* dell'agente nei confronti della cosa, che si materializzi in atti incompatibili con il titolo per cui si possiede (o si ha la disponibilità) così da realizzare l'*interversio possessionis*, che si perfeziona in presenza del seguente duplice requisito:
 - l'"espropriazione" del proprietario dal rapporto con la cosa;
 - l'"impropriazione", ossia la creazione della signoria di fatto tra il soggetto attivo del peculato e la cosa stessa.

FOCUS SULLA CONDOTTA

La L. n. 86/1990 ha abrogato la figura del c.d. peculato per distrazione (che, fino al 1990, era alternativa a quella di appropriazione), facendola rientrare – ove ricorrano tutti gli altri presupposti – nel delitto di abuso d'ufficio.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non ritiene condivisibile l'opinione secondo cui tutte le forme distrattive sarebbero state espulse dall'art. 314 co. I c.p.

Infatti, laddove la distrazione consista nel compimento di atti di disposizione con cui la cosa viene destinata ad una finalità di carattere privatistico (ad esclusivo profitto proprio o altrui) assolutamente incompatibile con le ragioni pubbliche che giustificavano il possesso, non v'è dubbio – secondo la Suprema Corte – che tale forma di distrazione si risolva in una appropriazione a profitto proprio o altrui.

Ad es., secondo Cass. Pen., Sez. VI, n. 45003/2018, *“integra il delitto di peculato la **distrazione** dei fondi pubblici, percepiti quali contributi dai gruppi consiliari regionali, al fine di realizzare attività di promozione politica ed elettorale, attività che deve invece essere fronteggiata esclusivamente con impiego del trattamento economico personale”*.

ELEMENTO SOGGETTIVO

Il reato è a **dolo generico**, essendo richiesta la mera consapevolezza di possedere la cosa (o di averne la disponibilità) per ragioni di ufficio o di servizio e nella volontà di appropriarsene.

CONSUMAZIONE E TENTATIVO

Si tratta di un **delitto istantaneo**, che si consuma nel momento e nel luogo in cui l'agente pone in essere la condotta appropriativa, come poc'anzi definita.

È configurabile il tentativo allorquando la condotta del soggetto, per una circostanza estranea ad una sua libera scelta, si interrompe nel momento in cui ha già posto in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco all'appropriazione (si pensi al caso di scuola del funzionario di un pubblico ufficio che viene fermato mentre si accinge ad allontanarsi dall'ufficio con i soldi in borsa, e quindi prima che l'*interversio possessionis* si sia perfezionata: in un caso del genere, infatti, si è perfezionata l'espropriazione, ma non la piena signoria di fatto sul bene).

RAPPORTI CON IL DELITTO DI TRUFFA AGGRAVATA EX ART. 61 N.9 C.P.

Non è sempre agevole la distinzione tra il peculato e la truffa aggravata dall'aver commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, specialmente quando artifici o raggiri vengono di fatto adoperati anche dal soggetto attivo del reato di peculato.

Per consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cass. Pen., n. 11735/2012; Cass. Pen., n. 5087/2014; di recente v. Cass. Pen., n. 38535/2018) la linea di demarcazione tra le due fattispecie va individuata nelle **modalità di acquisizione del possesso**: la truffa è integrata quando gli artifici o raggiri sono posti in essere per conseguire la disponibilità del denaro o della cosa mobile; ricorre, invece, il peculato quando l'agente, avendo già tale disponibilità, utilizza gli artifici o i raggiri per occultare l'illecita appropriazione.

RAPPORTI CON IL DELITTO DI APPROPRIAZIONE INDEBITA AGGRAVATA EX ART. 61 N. 9 C.P.

Ancor più sottile è la linea di confine esistente tra il delitto di peculato e il delitto di appropriazione indebita aggravata dall'aver commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio.

La differenza tra le due fattispecie consiste nella **ragione giustificatrice e, quindi, nel titolo di legittimazione della disponibilità della cosa**: nel caso del peculato, infatti, a differenza che nell'appropriazione indebita aggravata ex art. 61 n.9 c.p., il possesso o la disponibilità della cosa di cui ci si appropria deve essere giustificato da ragioni di ufficio o di servizio. (Cass. Pen., Sez. VI, n. 34884/2007).

RAPPORTI CON IL PECULATO D'USO (ART. 314 CO. 2 C.P.)

L'art. 314 co. 2 c.p. prevede che *“Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”*.

Quanto alla sua natura giuridica, l'orientamento prevalente ritiene che il peculato d'uso integri una autonoma figura di reato (e non una mera attenuante), il cui elemento specializzante va rinvenuto nel **dolo specifico** consistente nello scopo di usare temporaneamente la cosa sottratta.

Fatta eccezione per l'elemento soggettivo, gli altri elementi costitutivi sono analoghi (per la definizione condotta tipica si ha un rinvio tacito alla fattispecie di cui al primo comma).

FOCUS: l'oggetto materiale del reato di peculato d'uso.

Sull'oggetto materiale della condotta si ravvisano due diverse teorie:

- 1) Secondo certuni (tesi prevalente), il peculato d'uso può avere ad oggetto solo cose di specie e non anche le cose di genere (come ad es. il denaro), dal momento che queste ultime, una volta utilizzate, non sarebbero suscettibili di essere restituite se non nel *tantundem*;
- 2) Secondo altri (tesi minoritaria), atteso il tenore letterale della norma – e, quindi, il tacito rinvio al comma primo dell'art. 314 c.p. –, il peculato d'uso può avere ad oggetto denaro o altra cosa mobile altrui.

Pertanto, avallando la tesi 1) – seguita dalla giurisprudenza dominante – si concluderà che il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che si appropriano momentaneamente di somme di denaro della pubblica amministrazione rispondono ai sensi dell'art. 314 co. 1 c.p. e non per peculato d'uso.

Segue...

L'orientamento dominante è stato peraltro condiviso dalle stesse Sezioni Unite (SS.UU. n. 19054/2013), le quali hanno risolto l'annoso contrasto giurisprudenziale in tema di utilizzo per fini personali della utenza telefonica assegnata al P.U. per ragioni di ufficio.

Le SS.UU., proprio valorizzando l'oggetto materiale della condotta, hanno concluso per la configurabilità del peculato d'uso.

In particolare:

- un primo orientamento sosteneva la ricorrenza nel caso di specie dell'art. 314 co. 1 c.p. perché oggetto materiale della condotta appropriativa sarebbe stato individuabile nell'energia elettrica (non suscettibile, appunto, di restituzione);
- un secondo orientamento – condiviso dalle SS.UU. – invece sosteneva la ricorrenza del peculato d'uso proprio sul presupposto del diverso oggetto materiale della condotta (da individuarsi nel telefono e non nella energia).

Le SS.UU. hanno osservato che le energie costituite dalle onde elettromagnetiche che permettono la trasmissione della voce non possono essere oggetto di appropriazione autonoma rispetto al bene da cui promanano: le energie in questione non preesistono all'uso dell'apparecchio, ma sono prodotte dalla sua attivazione. Pertanto, l'utilizzo per fini personali della utenza telefonica assegnata al p.u. per ragioni di ufficio integra una ipotesi di peculato d'uso e non comune.

FOCUS: la configurabilità del tentativo nel peculato d'uso.

Altro aspetto problematico in tema di peculato d'uso è la configurabilità del tentativo.

Infatti, osserva la giurisprudenza:

- se non c'è restituzione del bene, allora c'è peculato comune;
- se la condotta appropriativa del bene non viene portata a compimento per cause esterne alla volontà dell'agente, allora c'è peculato comune tentato.

Secondo – però – parte della dottrina, dovrebbe ammettersi la figura del peculato d'uso tentato tutte le volte in cui la mancata restituzione è dovuta a *vis maior* o *casus fortuitus* (ad es. per perimento del bene).

RAPPORTI CON IL PECULATO MEDIANTE PROFITTO DELL'ERRORE ALTRUI

L'art. 316 c.p. prevede che *“Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”*.

La peculiarità di questa fattispecie di reato è rintracciabile nelle **modalità tramite cui il p.u. o l'incaricato di pubblico servizio entrano indebitamente in contatto con la cosa o mantengono indebitamente il possesso della cosa**, per loro stessi o per un terzo: si tratta delle ipotesi in cui è il soggetto passivo stesso (che può essere un altro p.u. o un privato cittadino) a consegnare spontaneamente una cosa ritenendo erroneamente che sia dovuta (errore nell'*an debeatur*) o che sia dovuta in quella quantità (errore nel *quantum debeatur*).

CORRUZIONE

PREMESSA

Le ipotesi di corruzione sono trattate dal legislatore in diversi articoli del codice penale: dall'art. 318 all'art. 322.

Il tratto caratterizzante il delitto di corruzione consiste nell'accordo (*pactum sceleris*) tra il pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio (anche quest'ultimo, infatti, rientra tra i soggetti attivi, in forza dell'art. 320 c.p.) e il privato, avente ad oggetto il compimento di determinati atti da parte del primo in cambio della dazione o della promessa di denaro o altra utilità da parte del secondo.

La corruzione configura una tipica ipotesi di "reato-contratto": il legislatore incrimina la stessa stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive tra corrotto e corruttore, che presenta in sé profili di marcata illiceità dell'oggetto, a fronte del principio generale di incommerciabilità delle funzioni pubbliche.

Si tratta, quindi, di un reato plurisoggettivo proprio (o a concorso necessario) di carattere unitario il cui elemento materiale è dato dalle condotte convergenti del p.u. e del privato (al quale si applicano le stesse pene previste per il p.u., in forza dell'art. 321 c.p.). Proprio la convergenza su base paritaria delle due volontà rappresenta l'elemento fattuale che differenzia la corruzione dalla concussione (in cui il rapporto tra il soggetto pubblico e il privato è caratterizzato da un forte squilibrio) e dalla induzione indebita a dare o promettere utilità (in cui il rapporto tra il soggetto pubblico e il privato è caratterizzato da uno squilibrio, sia pur meno marcato di quello del 317 c.p.).

CLASSIFICAZIONI

A SECONDA DEL MOMENTO TEMPORALE IN CUI IL P.U. O L'I.P.S. RICEVE IL DENARO O ALTRA UTILITA' O ACCETTA LA RELATIVA PROMESSA, si distingue tra:

- **corruzione antecedente**, se l'agente pubblico riceve il denaro o accetta la promessa per un atto che deve ancora compiere;
- **corruzione susseguente**, se l'agente pubblico riceve il denaro o accetta la promessa per un atto che ha già compiuto.

n.b.: dubbi sulla configurabilità della corruzione susseguente in atti giudiziari (anche se le SS.UU. Mills del 2010 l'hanno riconosciuta, sostenendo che il fine di favorire una parte in un processo civile, penale o amministrativo finalizza la tipicità degli atti e non l'elemento soggettivo, che dunque si risolverà nel dolo specifico in caso di corruzione antecedente, nel dolo generico in caso di corruzione susseguente).

A SECONDA DEL SOGGETTO PRESO IN CONSIDERAZIONE, si distingue tra:

- **corruzione attiva**, che sta ad indicare la condotta del privato che dà o promette all'agente pubblico la retribuzione non dovuta;
- **corruzione passiva**, che sta ad indicare la condotta dell'agente pubblico che riceve la retribuzione indebita o ne accetta la promessa per compiere o per aver già compiuto un determinato atto.

A SECONDA DEL TIPO DI ATTIVITA' RICHIESTA AL P.U. O ALL'I.P.S., si distingue tra:

- **corruzione per esercizio della funzione** (art. 318 c.p., c.d. "corruzione impropria");
- **corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio** (art. 319 c.p., c.d. "corruzione propria").

CORRUZIONE PER ESERCIZIO DELLA FUNZIONE (ART. 318 C.P.)

“Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da tre ad otto anni”.

Il legislatore della riforma del 2012 ha radicalmente modificato la struttura della fattispecie in esame:

- è stato eliminato il riferimento all'atto conforme ai doveri d'ufficio: l'attenzione si è spostata dall'atto alla funzione;
- è stata eliminata ogni distinzione, anche sotto il profilo sanzionatorio, tra corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente;
- è stata inasprita la sanzione (oggi, peraltro, innalzata ulteriormente con la recentissima L. 3/2019).

BENE GIURIDICO E SOGGETTI ATTIVI

Il reato è *monoffensivo*, essendo tutelato il solo buon andamento e imparzialità della P.A.

Come detto, si tratta di un *reato a concorso necessario*, in cui i soggetti attivi sono il p.u. (per espressa previsione dell'art. 318 c.p.) o l'i.p.s. (per espressa previsione dell'art. 320 c.p., che però prevede delle riduzioni di pena) e il privato (per espressa previsione dell'art. 321 c.p.).

CONDOTTA TIPICA

Sul versante passivo (art. 318 c.p.) le condotte incriminate consistono nella *ricezione del denaro o di altra utilità* o nella *accettazione della relativa promessa* (n.b.: il reato è a forma libera, pertanto ricezione o accettazione non richiedono particolari formule sacramentali né una dichiarazione espressa, ben potendo risultare anche da un comportamento concludente delle parti); sul versante attivo (art. 321 c.p.) le condotte incriminate consistono nella *dazione o nella promessa di denaro o altra utilità*.

Perché ricorra, però, la tipicità del reato in esame è necessario che la dazione/ricezione o la promessa/accettazione facciano parte dello schema sinallagmatico tipico dei reati di corruzione, rappresentando quindi la controprestazione del privato rispetto alla prestazione del pubblico agente, la quale deve consistere nell'*esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*.

Prestazione – quest'ultima – che, stando alla giurisprudenza della Suprema Corte, può succedere o anche precedere la ricezione del denaro o la accettazione della relativa promessa (configurando, quindi, nel primo caso una corruzione antecedente e, nel secondo, una corruzione susseguente).

FOCUS: la prestazione del privato

“dare o promettere denaro o altra utilità”

In primo luogo, è ovviamente necessario che la prestazione del privato **non sia dovuta** (nell'*an* e nel *quantum*).

Secondariamente, pur essendo stato eliminato il riferimento normativo alla “retribuzione”, si ritiene tuttora necessario il carattere della **proporzionalità**, nel senso di escludere la rilevanza dei piccoli doni occasionali.

Per quanto concerne la nozione di “altra utilità”, in essa vi rientra **qualsivoglia vantaggio** materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale (ad es. onorificenze), che abbia valore per il pubblico agente (persino una prestazione di non fare potrebbe rientrare nel concetto di altra utilità), a nulla rilevando, inoltre, che lo stesso venga corrisposto a distanza di tempo dall'accordo corruttivo (v. ad es. Cass. Pen., Sez. VI, n. 45847/2014 e n. 29789/2013).

FOCUS: la prestazione del p.u o dell'i.p.s.

“esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri”

Il novellato art. 318 c.p. non fa più riferimento al “*compimento di un atto dell'ufficio*”.

Risulta evidente l'originario intento del legislatore del 2012: “sganciare” la corruzione impropria dallo svolgimento di uno specifico atto legato all'ufficio ed esimere l'autorità giudiziaria dall'individuare l'atto determinato oggetto del *pactum sceleris*.

Il riferimento all'esercizio delle funzioni o dei poteri lascerebbe ritenere che il legislatore abbia inteso sanzionare entro l'area dell'art. 318 c.p. i casi in cui lo scambio sia preordinato non ad un unico atto, bensì alla funzione in generale.

Tuttavia, per evitare la paradossale e irragionevole conseguenza di assoggettare al più grave regime sanzionatorio di cui all'art. 319 c.p. chi compia un solo atto contrario all'ufficio e al più tenue regime di cui al 318 c.p. chi operi stabilmente in tal senso, mercificando l'intera funzione, la giurisprudenza di legittimità – contravvenendo al dato letterale dell'art. 318 c.p. – ha di recente affermato che “*configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 318 cod. pen. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali*” (Cass. Pen., Sez. VI, n. 29267/2018; allo stesso modo, Cass. Pen., Sez. VI, n. 46492/2017, relativa ad una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittima la qualificazione ai sensi degli artt. 319 e 321 c.p. della condotta di un rappresentante farmaceutico che aveva corrisposto denaro ad un primario ospedaliero in cambio dell'impegno di quest'ultimo a prescrivere a tutti i pazienti un determinato farmaco antitumorale, rilevando che la relativa prescrizione doveva essere il frutto di un meditato apprezzamento del quadro clinico del paziente nonché di una valutazione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla terapia farmacologica).

Segue...

Il 318 c.p., quindi, ricorre senz'altro in presenza di atti dell'ufficio formalmente legittimi e predeterminati nei contenuti.

Tuttavia, la giurisprudenza puntualizza che l'art. 318 c.p. è configurabile non solo con riguardo agli atti d'ufficio vincolati del p.u., ma anche con riguardo a quelli discrezionali (ossia quelli rispetto ai quali viene lasciato un margine di scelta in ordine all'*an, quando, quomodo*). Con riferimento a questi ultimi, infatti:

- quando l'indebita dazione o promessa sono finalizzate a far sì che la facoltà discrezionale sia esercitata in modo difforme da quanto suggerito dalla equilibrata e disinteressata valutazione della situazione concreta, si sarà in presenza di una corruzione propria;
- quando, invece, l'atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale è stato determinato dall'esclusivo interesse della P.A. e, pertanto, sarebbe stato adottato comunque con il medesimo contenuto e le stesse modalità anche a prescindere dalla indebita retribuzione, si sarà in presenza di corruzione impropria.

...segue...

Peraltro, secondo la giurisprudenza di legittimità, la nozione di atto d'ufficio è molto ampia, non si limita ai soli formali atti amministrativi, legislativi o giudiziari, ma *“comprende una vasta gamma di comportamenti umani, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato, rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene ed in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto”* (Cass. Pen., Sez.VI, n. 7903/2018).

Ad esempio, alla corruzione per l'esercizio della funzione sono stati ricondotti anche i casi in cui il pubblico ufficiale, dietro compenso, si impegna ad agevolare e velocizzare un procedimento amministrativo, poiché l'accettazione di una indebita retribuzione, pur se riferita ad un atto legittimo, configura comunque una violazione del principio di imparzialità (Cass. Pen., Sez.VI, n. 22707/2014).

ELEMENTO SOGGETTIVO E MOMENTO CONSUMATIVO

Benché la L. 190/2012 abbia eliminato il riferimento testuale alla corruzione impropria susseguente (ossia la ricezione di denaro o altra utilità o l'accettazione della relativa promessa per aver già compiuto un atto d'ufficio), la giurisprudenza ritiene pacificamente configurabile il reato di cui all'art. 318 sia nella forma antecedente che conseguente.

Tale impostazione ha delle forti ripercussioni in tema di elemento soggettivo; infatti, il dolo del delitto di corruzione impropria (ma lo stesso vale per la corruzione propria) è – per così dire – “cangiante”, e in particolare:

- **specifico**, nel caso di corruzione impropria antecedente, ossia nel caso in cui il *pactum sceleris* è precedente all'esercizio della funzione o dei poteri da parte del p.u. o dell'i.p.s.;
- **generico**, nel caso di corruzione impropria susseguente, ossia nel caso in cui il *pactum sceleris* è successivo all'esercizio della funzione o dei poteri da parte del p.u. o dell'i.p.s.

Quanto al momento consumativo, si tratta di un reato c.d. “a duplice schema”: la mera promessa accettata (sia nel caso di corruzione antecedente, che susseguente) è sufficiente a determinare la consumazione del reato; tuttavia, il momento consumativo si sposta in avanti (con conseguente differimento dell'inizio del termine prescrizione) laddove la promessa venga adempiuta e sia, quindi, seguita dalla dazione.

Questo vuol dire che, anche laddove la promessa accettata non venga poi mantenuta, non si ricadrà nell'ambito del tentativo (*rectius*, istigazione alla corruzione), in quanto il delitto di corruzione sarà comunque giunto alla soglia della consumazione per il sol fatto della promessa accettata.

TENTATIVO

Il tentativo è, di fatto, configurabile (anche se non in forza del disposto di cui all'art. 56 c.p.).

Il legislatore ha dettato una norma *ad hoc* – che si frappone tra la corruzione e il traffico di influenze illecite – proprio per punire tutte le condotte prodromiche ai fatti corruttivi: l'art. 322 c.p. (che prevede la riduzione di un terzo della pena prevista per la fattispecie consumata).

I commi relativi all'istigazione alla corruzione impropria sono il 1° e il 3° e, in particolare:

- il comma 1° punisce l'istigazione alla corruzione **su iniziativa del privato**, ossia l'ipotesi in cui il privato offre o promette denaro/altra utilità per l'esercizio delle funzioni o dei poteri, ma l'offerta o la promessa non è accettata dal p.u./i.p.s.;
- il comma 3° punisce, invece, l'istigazione alla corruzione **su iniziativa del p.u./i.p.s.**, ossia l'ipotesi in cui il pubblico agente sollecita il privato a offrire o promettere denaro/altra utilità per l'esercizio delle funzioni o dei poteri.

È evidente che questa ultima ipotesi sia quasi sovrapponibile al tentativo di induzione indebita a dare o a promettere (ex artt. 319-quater e 56 c.p.): tuttavia un discrimine c'è, ed è dato dal fatto che nell'art. 322 co. 3 c.p. la sollecitazione del pubblico agente non è eseguita mediante abuso della qualità o dei poteri (come invece accade nel 319-quater c.p.) e quindi il rapporto pubblico-privato resta assolutamente paritario.

CORRUZIONE PER ATTO CONTRARIO AI DOVERI D'UFFICIO (ART. 319 C.P.)

“Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni”.

Per quanto concerne bene giuridico, soggetti attivi, elemento soggettivo, momento consumativo e tentativo valgono le stesse considerazioni svolte per la corruzione impropria.

Le peculiarità dell'art. 319 c.p. possono individuarsi sul terreno della condotta tipica e, in particolare, sull'oggetto del rapporto sinallagmatico. →...

CONDOTTA TIPICA

Anche qui le condotte incriminate consistono:

- sul versante passivo (art. 319 c.p.), nella *ricezione del denaro o di altra utilità* o nella *accettazione della relativa promessa*;
- specularmente, sul versante attivo (art. 321 c.p.), nella *dazione o nella promessa di denaro o altra utilità*.

Ciò che cambia è la **prestazione del p.u./i.p.s.** in relazione alla quale (in caso di corruzione propria susseguente) o in vista della quale (in caso di corruzione propria antecedente) viene eseguita la prestazione del privato e che deve concretizzarsi:

- nel compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio;
 - o
- nell'omissione di un atto dell'ufficio;
 - o
- nel ritardo nel compimento di un atto dell'ufficio.

FOCUS: l'atto contrario ai doveri d'ufficio.

In primo luogo, va precisato che la fonte dei doveri d'ufficio rispetto a cui va valutata la contrarietà può essere individuata nella legge, nei regolamenti, nelle circolari, nelle istruzioni e linee guida del capo dell'ufficio e nelle norme consuetudinarie.

Posto ciò, devono considerarsi contrari ai doveri d'ufficio non solo gli **atti illeciti** (cioè vietati da norme imperative) e gli **atti illegittimi** (cioè contrari alle norme che ne disciplinano la loro validità ed efficacia), ma anche **quelli che, pur formalmente regolari, prescindono dall'osservanza dei doveri istituzionali di fedeltà, obbedienza, segretezza e vigilanza** espressi in norme di qualsivoglia rango inerenti al pubblico ufficio ricoperto.

Ora, il nuovo art. 318 c.p., nella sua portata generale, svincolata da un ancoraggio ad atti pubblici specifici, dovrebbe teoricamente e di conseguenza innescare una interpretazione più rigorosa degli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 319 c.p., il quale non potrebbe più prescindere dalla individuazione specifica dell'atto contrario ai doveri d'ufficio (tenendo conto che la contrarietà ai doveri di ufficio va valutata non solo in relazione al **contenuto** dell'atto, ma anche in relazione al **metodo** tramite cui si perviene ad esso).

Tuttavia, la giurisprudenza – come anticipato in tema di corruzione impropria - continua a ricondurre nell'alveo dell'art. 319 c.p. (probabilmente per le ragioni di congruità sanzionatoria prima illustrate) anche le ipotesi di asservimento della funzione.

Ad esempio, secondo Cass. Pen., Sez. VI, n. 33881/2014, l'art. 319 c.p. è integrato anche dalla mera disponibilità mostrata dal p.u. a compiere in futuro atti contrari ai doveri del proprio ufficio, ancorché non specificamente individuati.

In definitiva, gli stessi giudici di legittimità oscillano nella individuazione dei confini tra le fattispecie corruttive di cui agli artt. 318 e 319 c.p. (oggi, peraltro, ravvicinate sotto il profilo del trattamento sanzionatorio).

ABUSO D'UFFICIO (ART. 323 C.P.)

“Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”.

PREMESSA

La disciplina dell'abuso d'ufficio è stata oggetto di una duplice riforma da parte del legislatore, intervenuto dapprima con la L. 86/1990 e, poi, con la L. 234/1997 (la L. 190/2012, invece, ha investito il solo profilo sanzionatorio).

- Modifiche apportate con L. 86/1990:
 - introduzione del requisito della ingiustizia del vantaggio o del danno;
 - introduzione della natura patrimoniale del vantaggio.

Tuttavia, nonostante la riforma del 1990, l'art. 323 c.p. non indicava espressamente quali fossero i parametri per stabilire la natura abusiva della condotta del pubblico agente.

Proprio al fine di sopperire alle pericolose lacune (in termini di scarsa tassatività della fattispecie) e – quindi – di scongiurare le indebite “incursioni” del giudice penale nelle aree riservate alla discrezionalità della P.A., il legislatore con la riforma del 1997 ha profondamente modificato la struttura del delitto in esame:

- anzitutto, ne è stata cambiata la natura: da reato di pericolo e a dolo specifico è divenuto un reato di danno e a dolo generico-intenzionale (ciò ha comportato una netta innovazione sul piano del momento consumativo del reato: non basta porre in essere la condotta abusiva con il fine di ottenere un vantaggio o arrecare un danno ingiusto, ma occorre la necessaria realizzazione del vantaggio/danno, supportata dalla intenzionalità nel raggiungimento di tale obiettivo).
- secondariamente, sono stati definiti i parametri per consentire al giudice penale la valutazione della abusività della condotta: la violazione di norme di legge o di regolamento o l'agire in conflitto di interessi.

BENE GIURIDICO E SOGGETTI ATTIVI

Secondo una prima impostazione, il bene tutelato sarebbe solo il buon andamento e l'imparzialità della P.A.

Tuttavia, va affermandosi l'indirizzo giurisprudenziale (v. ad es. Cass. Pen. n. 13179/2012) secondo cui il reato avrebbe natura plurioffensiva, rientrando tra i beni tutelati anche l'interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti costituzionalmente garantiti a seguito del comportamento illegittimo dei pubblici agenti.

Soggetti attivi del reato sono il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio (reato c.d. proprio), ma solo quando operano nella loro veste di pubblici agenti (il legislatore, infatti, utilizza l'espressione "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*"): è da escludere, quindi, che l'art. 323 c.p. contempra anche quelle forme di abuso realizzate dall'agente senza servirsi in alcun modo della attività funzionale da lui svolta, ossia mediante usurpazione o semplice sfruttamento della qualifica soggettiva e/o della sua posizione (in tali casi, al più, potrebbe ricorrere l'abuso della qualità o dei poteri di cui all'art. 317 c.p.).

ELEMENTO MATERIALE

Come accennato, l'abuso d'ufficio è un reato di danno e di evento a forma vincolata: il legislatore, infatti, ha specificato qual è la condotta tipica (individuando con precisione le modalità tramite le quali essa deve esser posta in essere per assumere penale rilevanza ai sensi dell'art. 323 c.p.) e quali sono gli eventi – alternativi – che devono stare in rapporto di stretta causalità con la condotta abusiva.

L'elemento materiale del reato consiste, per l'appunto, nella *summa* tra condotta, evento e nesso di causalità tra gli stessi:

- **condotta tipica:** è la condotta “abusiva”, che ricorre in presenza di violazione di norme di legge o di regolamento oppure in caso di mancata astensione da parte dell'agente in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.
- **evento:** la predetta condotta deve procurare all'agente o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare ad altri un danno ingiusto.

In presenza di questi presupposti, potrà dirsi integrato l'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 323 c.p.

FOCUS: i parametri introdotti dal legislatore al fine di valutare la abusività della condotta.

La riforma del 1997 ha avuto il merito di introdurre i parametri per consentire al giudice penale di stabilire quando la condotta può dirsi abusiva. Tale ultima circostanza ricorre:

- a) nel caso in cui vi sia stata violazione di norme di legge o di regolamento;
oppure
- b) nel caso in cui vi sia stata violazione dell'obbligo di astensione del pubblico agente "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti".

[Queste violazioni, tuttavia, in tanto possono divenire penalmente rilevanti, in quanto assumano efficacia causale rispetto all'evento].

- a) La violazione di legge o di regolamento ricorre quando:
 - la condotta del soggetto attivo contrasta con le norme che regolano l'esercizio del potere (violazione formale), **oppure**
 - la condotta è finalizzata a realizzare esclusivamente un interesse antitetico con quello per il quale il potere è stato conferito (SS.UU. N. 155/2011) (violazione sostanziale).

[Ora, con riferimento alla "violazione di legge", la Suprema Corte, in un recentissimo arresto, ha stabilito che *"il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dalla inosservanza dei doveri funzionali del pubblico dipendente che traggono fondamento dall'art. 13 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, norma ancora in vigore con riguardo ai docenti universitari, per i quali la contrattazione collettiva non ha mai disciplinato diversamente il rapporto di impiego"* (Cass. Pen., Sez. VI, n. 38546/2018). (Fattispecie relativa a docenti universitari accusati del reato di cui all'art. 323 cod. pen. per aver favorito illecitamente alcuni candidati, preventivamente individuati, nell'assegnazione di borse di studio)].

- b) L'inosservanza di un obbligo di astensione si ha quando:
 - esiste una specifica disciplina dell'astensione in relazione al procedimento per il quale l'agente svolge le funzioni o il servizio, cioè in tutti quei casi in cui una norma giuridica imponga l'obbligo dell'astensione e l'agente lo violi, **oppure**
 - l'esercizio del potere pubblico è contaminato dagli interessi privati dell'agente, versando quest'ultimo in una situazione di conflitto di interessi determinato dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

FOCUS: l'ingiustizia del vantaggio e del danno e la patrimonialità del solo vantaggio.

Come detto, sia il vantaggio sia il danno (eventi alternativi del reato in parola), per essere penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 323 c.p., devono essere **ingiusti**, ossia:

- *contra ius* (cioè prodotti in violazione dell'ordinamento giuridico);
- *non iure* (cioè non scriminati da cause di giustificazione).

Se entrambi gli eventi devono essere ingiusti, tuttavia, solo l'evento di vantaggio deve avere natura **patrimoniale** (e la patrimonialità sussiste non solo quando la condotta procuri al soggetto favorito beni materiali, ma anche quando la stessa arrechi un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere, riferendosi il vantaggio al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale, sul punto v. Cass. Pen., Sez. III, n. 4140/2018).

Sin dai primi anni 2000, infatti, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'evento di danno ha un ambito di operatività molto più ampio dell'evento di vantaggio, estendendosi – appunto – anche al di fuori dei danni strettamente patrimoniali: *“Realizza l'evento del danno ingiusto ogni comportamento che determini una aggressione ingiusta alla sfera della personalità, così come tutelata dai principi costituzionali”* (Cass. Pen., Sez. VI, n. 4945/2004).

ELEMENTO SOGGETTIVO

A seguito della riforma del 1997, l'elemento soggettivo del reato in parola coincide con il dolo generico (non più specifico, con conseguenze, pertanto, sul piano del momento consumativo).

Tuttavia, il legislatore, restringendo l'area del penalmente rilevante, puntualizza espressamente quale deve essere il grado di intensità dolosa necessario ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 323 c.p. per il tramite dell'avverbio "intenzionalmente".

Ciò implica che non basta – ai fini della penale rilevanza – aver la consapevolezza e la volontà di procurare un vantaggio patrimoniale ingiusto (o di arrecare un danno ingiusto): l'evento del reato deve porsi come conseguenza immediata e diretta del fatto tipico e deve essere l'obiettivo unico ed esclusivo (o comunque, se non esclusivo, prevalente) che determina il soggetto a porre in essere la condotta tipica.

Come precisato dalla Cassazione, il dolo intenzionale non è escluso dal perseguimento di una finalità pubblicistica quando quest'ultima non costituisca il fine primario dell'agente e rappresenti solo una mera occasione per perseguire la precisa finalità di procurare, in via immediata, un danno ingiusto ad altri o un vantaggio patrimoniale ingiusto per sé o per altri (Cass. Pen., Sez. III, n. 10810/2014).

CONSUMAZIONE E TENTATIVO

Proprio a seguito delle modifiche strutturali del 1997, il momento consumativo coincide con il verificarsi di almeno uno dei due eventi contemplati dalla norma (vantaggio patrimoniale ingiusto o danno ingiusto).

Il tentativo è configurabile.

LA RESIDUALITÀ DEL DELITTO DI ABUSO D'UFFICIO

Proprio in forza della *clausola di sussidiarietà espressa* utilizzata dal legislatore (“*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato*”), può affermarsi che il reato di abuso d’ufficio rivesta – nel tessuto dei reati contro la P.A. – una funzione del tutto residuale.

Il criterio della sussidiarietà espressa, infatti, come ricordato dalle SS.UU. Stalla del 2017, è proprio uno di quei criteri – posti dal legislatore – risolutivi (insieme al principio di specialità e all’art. 84 c.p.) delle ipotesi di concorso apparente di norme cui l’art. 15 c.p. lascia spazio in forza della clausola finale “*salvo che sia altrimenti stabilito*”.