

# **LA RESPONSABILITA' PENALE DEL DIRIGENTE PUBBLICO**

**Master in Management e politiche pubbliche**

**Candidata: Gina della Fazia**

**A.A. 2012/1013**

## INDICE

**1.INTRODUZIONE.....PAG. 6**

1.1-La “fisionomia del dirigente pubblico.....PAG.10

### **2. I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:**

**2.1 -PANORAMICA SU ALCUNE FATTISPECIE DI REATI.....PAG. 14**

- Il reato di peculato;.....PAG. 16

- il reato di corruzione per esercizio della funzione.....PAG. 22

### **3.LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE N. 190/2012:**

3.1-Le modifiche riguardanti il reato di concussione.....PAG. 27

3.2-Un nuovo reato: traffico di influenze illecite.....PAG. 35

[...] *Omissis*

AA.VV. *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 2012;

ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 marzo 2013;

ALVARO, *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Roma, 2006;

BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, PADOVA, 1964;

BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. trim.*, n. 3-4/2012, pagg. 5 e ss;

BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 giugno 2013;

BENUSSI, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati risponde di peculato d'uso*, Nota a Cass. Sez. un. del 20/12/2012 n. 19054, 12 maggio 2013;

BETTIOL, *In tema di interesse privato in atti d'ufficio*, in Studi Petrocelli, Milano, 1972;

BEVILACQUA, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 maggio 2013;

BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

CALCAGNILE, *Organizzazione degli uffici e riserva di amministrazione nello Stato e nelle autonomie*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), luglio, 2004;

COUNCIL OF EUROPE, *Civil law Convention on Corruption*, Strasburgo, 4 novembre 1999;

COUNCIL OF EUROPE, *Criminal Law Convention on Corruption*, Strasburgo, 27 gennaio 1999;

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2012;

FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 476; (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003;

FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. trim.*, n. 3-4/2012, pagg. 177 e ss;

GALATINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012;

GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 maggio 2013;

GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 gennaio 2013;

GRECO (GRoupe d'Etats contre la COrruption – Group of States against Corruption), *Joint First and Second Evaluation Round*, 2 luglio 2009;

GRECO, *Compliance Report on Italy*, 27 maggio 2011, Greco RC-I/II (2011) 1E;

- HINNA, Organizzazione e cambiamento nelle pubbliche amministrazioni, Roma, 2009;
- MANZINI, Trattato di diritto penale, Torino, 1963;
- MARZUOLI, Fenomeni corruttivi e P.A., più discipline un unico obiettivo, in Palazzo (a cura di), Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa, Firenze, 2011;
- MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Diritto penale contemporaneo*- Riv. trim., n. 2/2013, pagg. 88 e ss;
- MONGILLO, La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale multilivello dallo Stato-nazione alla globalizzazione, Napoli, 2012;
- PAGLIARO, PARODI, Principi di diritto penale. Parte speciale, Milano, 2008;
- PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 dicembre 2012;
- RINALDI, *La legge "anticorruzione" e la riforma dei reati contro la P.A.*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), maggio 2013;
- ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I parte, Milano, 2004;
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen.*, Milano, 2013;
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2008;
- TENORE, BUSICO, *La dirigenza pubblica. Reclutamento. Rapporto di lavoro. Diritti e doveri. Incarichi. Responsabilità. Controversie.*, Roma, 2009;
- TENORE, PALAMARA, BURATTI, *Le cinque responsabilità del dipendente pubblico*, Milano, 2013;
- VANNUCCI, *L'atlante della corruzione*, Torino, 2012;
- VIGANO', *La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione ed induzione indebita*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 febbraio 2013;
- VIGANO', *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Diritto penale contemporaneo*-Riv. trim., n.2/2013, pagg.143 e ss;

## **GIURISPRUDENZA**

- Cassazione, 15 settembre 2000, n. 9737;
- Cassazione Sezioni Unite, 20 dicembre 2012, n 19054;
- Cassazione, 21 febbraio 2013, n. 8695;
- Cassazione, 21 gennaio 2013, n. 3093;
- Cassazione, 22 gennaio 2013, n.3251;
- Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794;
- Cassazione, 15 aprile 2013, n. 17285;

Cassazione, 15 febbraio 2013, n. 7495;

Cassazione, 4 dicembre 2012, n. 8695;

Cassazione, 3 dicembre 2012, n. 325;

Corte Costituzionale, 4 novembre 2011, n. 287;

Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*;

Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. IXX/5/2013), *Concussione ed induzione indebita alla luce della legge n.190/2012*;

## 1. INTRODUZIONE.

Il tema della responsabilità penale del dirigente (e in generale del funzionario) pubblico ha da sempre rivestito i caratteri di necessità ed urgenza nella sua trattazione scientifica e legislativa. Questo sia per l'enorme sensibilità sociale che si riversa su di esso, sia per un consistente quantitativo di conseguenze che derivano da una sua disarticolazione concettuale e disciplinare.

In altre parole, esso è un tema assai "caro" alla coscienza del corpo sociale (e di qui al legislatore) in quanto da un lato il comune sentire ritiene, a ragione, che l'indifferenza riguardo ad esso sia foriera di sventure economiche e catastrofi sociali, dall'altro, effettivamente, una cattiva presa in considerazione del tema comporta effetti sociali-economici-amministrativi-sistemici devastanti.

Tutto ciò, già anche esaustivamente concettualizzato da moltissimi autori<sup>1</sup>, è cresciuto a dismisura a partire dalla seconda metà del 2007, anno in cui, come noto, ha iniziato ad imperversare la crisi economica odierna.

Infatti, in un contesto pesantemente instabile a causa della crescente impossibilità finanziaria di numerosi nuclei sociali, il dilagare di fenomeni corruttivi ha determinato una re-intensificazione della necessità, già manifesta, di risistemare il *corpus* legislativo dedicato a reprimere il malaffare.

In tal contesto trova i natali la legge n.190/2012 (detta anche "legge anticorruzione") la quale, a fronte della situazione di emergenza e ottemperando a numerosi impegni/transnazionali assunti dal nostro Paese<sup>2</sup>, introduce una serie di modifiche con l'obiettivo di rendere il sistema di prevenzione maggiormente efficiente e sicuramente efficace.

---

<sup>1</sup> Vedasi, a tal riguardo, MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e P.A., più discipline un unico obiettivo*, in Palazzo (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; BALBI, *Alcune riflessioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. Trim.*, n.3-4/2012, pagg. 5 e ss; ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 marzo 2013; FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, pag. 476; (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003; VANNUCCI, *L'atlante della corruzione*, Torino, 2012; AA.VV. *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 2012.

<sup>2</sup> Tali impegni risultano condensati in una serie di accordi quali: La Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003 (detta Convenzione di Merida) ratificata nel nostro ordinamento con legge n.116/2009, la convenzione penale del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 ratificata con legge 110/2012, nonché il rapporto GRECO -GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION che ha adottato la raccomandazione con la quale il Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati membri ad adottare un regime sanzionatorio di misure efficaci, proporzionate e dissuasive contro la corruzione, che includano sanzioni privative contro la libertà;

La riforma in questione, ovviamente e nonostante la sua giovane età, ha dato luogo a numerosi dibattiti e contributi da parte di illustri autori, i quali si sono divisi fra coloro che ritenendo l'intervento sicuramente non ambizioso lo hanno però considerato chiaro e razionale<sup>3</sup>, e coloro che, hanno più volte ribadito lo “snaturamento” della riforma stessa e dei suoi fini.

Ma a parte ciò, quel che preme rimarcare in questa sede è, ancora una volta, il fatto che come già successo in altri ambiti ordinamentali e in occasione di altre situazioni, della stessa o di minore incombenza, il legislatore abbia ritenuto l'intervento normativo necessario e, in particolare, abbia affidato al diritto penale il compito di “arginatore” dell'espansione dei fenomeni criminali.

Ciò è tanto più chiaro, quanto più si pensi che una delle modifiche principali apportate dalla riforma in questione è stata quella riguardante l'innalzamento del minimo edittale delle pene reclusive dei reati oggetto di modifica.

A parte le accorate proposte di taluni addetti ai lavori in ordine alla necessità<sup>4</sup>, oggi più viva che mai, di ricorrere a misure alternative alla detenzione, che in quanto mal eseguita nel nostro Paese, sia per inadeguatezza delle strutture già esistenti, sia per mancanza di risorse sufficienti a crearne di nuove, diventa inidonea a garantire la incisività del trattamento sanzionatorio; qui la questione è di ordine diverso e va a scomodare la teoria generale del diritto.

Infatti se è vero, come sostenuto da autorevole giurista, che “ *ciò che si richiede all'ordinamento statale non sia solo di darci un sistema di norme razionali[...] ma anche di darci realmente un ordine entro il quale, ciascuno di noi possa con almeno relativa sicurezza dispiegare la propria attività*<sup>5</sup>” viene da sé che il compito del *policy maker* sia apportare, a livello sistemico, un insieme di elementi che siano in grado di garantire alla società l'ordine stesso e ciò non soltanto con il ricorso alla normazione e tanto più a quella di stampo penale.

Impostata la questione in questi termini, ogni tipo di intervento potrebbe essere indirizzato a prevenire e reprimere il “ceppo criminoso” che si insidia nelle pieghe comportamentali della odierna società.

A tal riguardo, da più parti si è messo in luce come l'innalzamento degli standards etici alla base del reclutamento del personale e l'intervento a livello organizzativo possano fungere da validi rimedi immunizzanti.

In particolare, in tal ultimo contesto, si inseriscono le previsioni della legge n. 190/2012 che impongono al dipartimento della funzione pubblica (che funge da Autorità Nazionale

---

<sup>3</sup> BALBI, *Alcune riflessioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, cit.;

<sup>4</sup> FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv.trim.*, n.3-4/2012, pagg.177e ss;

<sup>5</sup> BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, pag. 238;

Anticorruzione) la predisposizione di un PNA (Piano Nazionale Anticorruzione) con il compito di determinare le linee guida per 1) indirizzare le P.A. alla predisposizione dei relativi piani triennali interni; 2) definire i criteri di rotazione dei dirigenti di settori particolarmente a rischio; 3) dare indicazioni sulla predisposizione dei Piani formativi per i Responsabili, nominati all'interno di ciascuna amministrazione, anticorruzione. Il dirigente, designato dal vertice politico, quale Responsabile anticorruzione della singola amministrazione, ha una serie<sup>6</sup> di compiti a suo carico, la cui inadempienza, a seconda dei casi, determina una duplice responsabilità; dirigenziale e disciplinare<sup>7</sup>.

Tutte queste previsioni, la cui bontà ed incisività (stante anche l'elevato grado di burocratizzazione che esse importano) potranno essere vagliate soltanto a livello pratico, si accompagnano alla emanazione, in veste regolamentare, del codice etico dei dipendenti delle P.A.

Il provvedimento *de quo*, emanato in attuazione dell'art. 54 D.L. vo 30 marzo 2001, n. 165, così come sostituito dall'art. 1, comma 44, n. 190/2012 ed in linea con le raccomandazioni OCSE in materia di integrità ed etica pubblica, pur non rappresentando una novità nel suo genere quanto al contenuto, è stato emanato nella forma dei regolamenti governativi e pertanto rientra a pieno titolo tra le fonti normative di cui all'art.323 della legge n. 400/88<sup>8</sup>.

In definitiva, a livello normativo, molto è stato fatto e il primo scopo del presente elaborato è appunto quello di fornire una panoramica completa (a livello dottrinale e giurisprudenziale) sui principali cambiamenti apportati dalla riforma e sui nodi problematici che essa ha contribuito a formare. Tuttavia molto resta ancora da fare e non tanto a livello normativo quanto soprattutto a livello sociale. Potrebbe sembrare la ripetizione di una frase conosciuta che risuona sulle orecchie di tutti, ma non lo è. Infatti, solo intervenendo alla base del problema ci si assicura che esso abbia soluzione soddisfacente e scarse probabilità di reiterazione. Pertanto, si siamo permessi

---

<sup>6</sup> Tali compiti consistono nel: proporre il Piano della prevenzione; definire procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione; verificare l'efficace attuazione del Piano e la sua idoneità; proporre modifiche in caso di accertamento di significative violazioni o di mutamenti dell'organizzazione amministrativa; individuare il personale da inserire nei programmi di formazione sui temi dell'etica e della legalità, organizzati dalla Scuola superiore della Pubblica Amministrazione; denunciare i fatti di rilevanza disciplinare, contabile e penale che abbia riscontrato nello svolgimento della sua attività agli organi competenti (rispettivamente: superiore e ufficio procedimenti disciplinari; Corte dei Conti; Procura della Repubblica e Autorità Nazionale Anticorruzione); pubblicare entro il 15 dicembre di ogni anno sul sito web dell'amministrazione una relazione indicante i risultati dell'attività svolta;

<sup>7</sup> BEVILACQUA, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 maggio 2013;

<sup>8</sup> BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 giugno 2013;

di far sì che secondo scopo del presente elaborato fosse appunto quello di azzardare timide proposte di intervento.

## 2.1 LA FISIONOMIA DEL DIRIGENTE PUBBLICO.

Le riforme degli ultimi anni<sup>9</sup>, hanno dato vita ad una figura di dirigente pubblico maggiormente responsabilizzata, più “manageriale” e sicuramente protagonista della conduzione dell'attività amministrativa che va a concretizzare ciò che viene deciso a livello politico<sup>10</sup>.

Ciò in veste soddisfacente di quella necessità riformatrice che nasce certamente dalle notevoli trasformazioni subite dallo stato italiano da partire dai primi anni '90 dello scorso secolo<sup>11</sup>.

Momento fondante la svolta epocale rappresentata dalla nascita del “nuovo” dirigente è quello della distinzione, effettuata a livello normativo e nel rispetto<sup>12</sup> delle reciproche vocazioni, tra competenze proprie del potere politico e competenze attribuite alla dirigenza.

Ciò che risulta tutt'ora condensato nel D.L. vo n. 165/2001 il quale, mentre nel 1° comma dell'art. 4 stabilisce che “gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi e i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni”; al 2° comma statuisce che spetta, invece, ai dirigenti “ l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante poteri autonomi di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo”.

La distinzione *de qua* ha dato adito a numerosi interrogativi che possono ben riassumersi in due questioni tra loro collegate: da un lato quella relativa al presunto avvicinamento della figura del dirigente pubblico a quella di datore di lavoro privato<sup>13</sup>, dall'altro quella che concerne la reale e

---

<sup>9</sup> Come ricorda FONDERICO, *Politici e burocrati nell'attuazione delle riforme amministrative*, in *I dirigenti pubblici e i nodi del cambiamento. Scenari e prospettive in Italia ed Europa*, Roma, 2011: “Prima della riforma del 1993, operata con D.L. vo n. 29/1993, ai ministri spettava tradurre l'indirizzo politico del governo nell'attività amministrativa dei loro dicasteri, portando dinanzi al parlamento la responsabilità politica dei risultati raggiunti. Per adempiere a tale responsabilità, l'ordinamento ha per lungo tempo attribuito ai ministri una competenza generale per tutti gli atti di gestione”;

<sup>10</sup> ALVARO, *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Roma, 2006;

<sup>11</sup> HINNA, *Organizzazione e cambiamento nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 2009;

<sup>12</sup> Tale rispetto reciproco, secondo autorevole autore, è molto evanescente nella pratica dei fatti in quanto in più di un' occasione si è registrata una volontà politica di sottomettere il potere amministrativo. In tal senso: CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati*, *Lectio magistralis* per l'inaugurazione del Master in diritto amministrativo, Napoli, 19 gennaio 2007;

<sup>13</sup> In tal senso, ALES, *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del quadro legale*, in *Lavoro p.a.*, n. 3-4/2002, pagg. 449 e segg. Il quale afferma: “dalla contrattualizzazione del rapporto di lavoro, quale operata con il D.L. vo n. 29/93, con le modifiche riconducibili alla legge n. 59/97, si è attuata una privatizzazione “a tutto tondo il cui *proprium* consiste nella centralità assunta dal diritto del lavoro a seguito del riconoscimento agli organi preposti alla gestione della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro [...]”;

possibile distinzione tra le attribuzioni del potere politico e quelle del potere amministrativo e quindi l'effettiva autonomia dei poteri di quest'ultimo.

La prima delle due questioni, può ben essere sopita, a detta di taluni, considerando che di tutte le attribuzioni della dirigenza pubblica mancano effettivamente, come si deduce dalla lettera della norma su citata, quelle inerenti la c.d. macro-organizzazione ovvero tutte quelle che permettono all'imprenditore privato di decidere come la struttura da lui guidata debba conformarsi per raggiungere gli scopi da lui stesso prefissati<sup>14</sup>.

Invece, nell'impianto legislativo odierno, il ruolo imprenditoriale viene ad essere proprio dell'organo politico-pubblica amministrazione che persegue scopi appartenenti ad una collettività, soggetto terzo rispetto ad esso<sup>15</sup>. A confutare ciò non varrebbe, secondo alcuni, quella opinione di illustri autori secondo la quale la natura relativa (*in quanto non vieta qualsiasi normazione diversa da quella legislativa*<sup>16</sup>) della riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. permetterebbe di affermare la presenza di una "riserva di amministrazione" nel senso che in certi settori sarebbe vigente una "competenza normativa dell'amministrazione" sottratta alla competenza legale<sup>17</sup>, e ciò in quanto "nel lavoro pubblico, e nell'organizzazione dei servizi pubblici, il contenuto del potere direttivo risulta comunque limitato dal ruolo organizzativo della politica [...] in base al principio democratico della scelta dei garanti organizzativi dei diritti, attuata attraverso la partecipazione politica ed elettorale"<sup>18</sup>.

Anche alla luce delle novità apportate dalla riforma del 2009<sup>19</sup>, che ha attribuito ai dirigenti nuovi poteri<sup>20</sup> in tema di gestione del personale, la presenza di una componente datoriale privatistica in capo al dirigente pubblico stesso sarebbe da escludere in quanto, in ogni caso, egli deve muoversi all'interno della cornice costruita dall'organo politico-pubblica amministrazione.

Detto ciò appare chiaro che l'organo amministrativo è titolare "soltanto" della funzione di "gestore materiale" dell'attività organizzativa (attività di c.d. micro-organizzazione), sempre nel rispetto degli obiettivi prefissati da parte politica.

---

<sup>14</sup> ALVARO, *La dirigenza statale*, cit.;

<sup>15</sup> *Ibid.*;

<sup>16</sup> Corte Costituzionale, sentenza n.221/1976;

<sup>17</sup> CALCAGNILE, *Organizzazione degli uffici e riserva di amministrazione nello Stato e nelle autonomie*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), luglio, 2004;

<sup>18</sup> ALVARO, *La dirigenza statale*, cit., pag. 8;

<sup>19</sup> GALATINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012;

<sup>20</sup> Detti nuovi poteri si condensano nella ; 1) valutazione nel merito dei propri dipendenti; 2)proposizione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di manodopera; 3)utilizzo dell'istituto della mobilità individuale secondo il criterio oggettivo della professionalità del dipendente; 4)individuazione delle eccedenze di personale ; 5) esercizio diretto del potere disciplinare per le infrazioni di minore gravità.

Da queste considerazioni è agevole introdurre e snocciolare la seconda questione, ovverosia quella relativa all'effettiva possibilità di distinzione tra le attribuzioni dell'uno e dell'altro potere.

Invero l'attività e, più in generale, le funzioni svolte dalla *pars* dirigenziale non solo devono scrupolosamente attenersi agli obiettivi e ai programmi definiti in sede politica ma trovano, in questi e negli atti che vanno a materializzarli, il loro presupposto.

Da qui necessariamente discende che è inevitabile il contatto tra sfera di competenza dell'amministrazione e sfera di competenza politica, in quanto il dirigente dà attuazione a quegli atti che esplicano le funzioni politiche ex art 4 comma 1° D.L. vo n. 165/2001, attraverso il conferimento di un incarico proveniente proprio dalla *pars* politica<sup>21</sup>.

Ma questo probabile incontro, quando viene a prodursi nella quotidianità, non deve precludere l'autonomia dell'attività amministrativa condotta dai dirigenti e ciò per assicurare l'operatività dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (che in quanto costituzionali presidiano l'amministrazione da incursioni del governo di turno e difendono la collettività dal pericolo di un'amministrazione "male amministrante"<sup>22</sup>).

A tal fine, allora, occorre che organo politico e organo amministrante siano separati e autonomi ma cooperanti.

E, ancor più, occorre che i due poteri siano consapevoli del ruolo e delle attribuzioni loro proprie e di conseguenza le esercitino con sicurezza e determinazione<sup>23</sup>.

Allora ben si comprende come la sfida stia proprio in ciò, ovverosia, nel saper assicurare un'efficiente separazione tra i due versanti (amministrativo e politico) predisponendo, però, strumenti atti a far sì che gli stessi possano cooperare, nella consapevolezza del loro essere, per il raggiungimento di quell'agognato cambiamento nella storia organizzativa della singola realtà italiana<sup>24</sup>.

Certamente apprezzabili, in tale direzione, sono le diverse previsioni legislative che affidano alla figura dirigenziale un ruolo consultivo del potere politico. Esempi in tal senso sono rappresentati

<sup>21</sup> ALVARO, *La dirigenza statale*, cit.;

<sup>22</sup> CICALA, *La privatizzazione della dirigenza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello stato*, Roma, 2005;

<sup>23</sup> Indagini svolte di recente hanno sottolineato come, da un lato, proprio la mancanza di "coraggio" nel definire gli obiettivi della riforma e di tradurli in una pianificazione strategica da parte degli organi politici, abbia determinato una flebile volontà dirigenziale nell'attuazione della riforma; dall'altro lato la mancanza di una adeguata formazione dirigenziale, in ordine alle modalità di attuazione della riforma e l'assenza di strumenti validi di valutazione delle attività dirigenziali abbia condotto a risultati poco soddisfacenti. In tal senso, ANTONELLI, *I dirigenti pubblici e le riforme amministrative* in *I dirigenti pubblici e i nodi del cambiamento*, cit., pagg 163 e segg.;

<sup>24</sup> HINNA, *Organizzazione e cambiamento*, cit.;

dalla previsione (testé citata) di cui all'artt. 16 (con riferimento ai dirigenti generali) e 17 (con riferimento ai dirigenti non generali) del D.L. vo 165/2001 lettera a ) per cui è compito dirigenziale anche la formulazione di pareri e proposte rispettivamente al ministro competente e al dirigente sovraordinato.

Infatti l'intervento consultivo ad opera del dirigente, nel momento prodromico alla formazione politica di atti a cui lo stesso dirigente dovrà dare attuazione, coagula in sé una "contiguità funzionale"<sup>25</sup> delle due figure, strumentalizzata ad una loro migliore interazione e convivenza.

Ma quanto fatto non risulta ancora sufficiente in quanto occorrerebbe operare a livello diverso da quello normativo, implementando, nelle pieghe organizzative, idee foriere di tempi diversi.

E il riuscire in ciò è estremamente importante in ordine alle questioni che in tale trattazione consideriamo, in quanto è chiaro che la responsabilità del dirigente mal può essere brandita a livello normativo se certa nelle sue forme teoriche diviene evanescente nell'applicazione pratica. Invero, quanto più la figura dirigenziale può giostrarsi autonomamente nella conduzione dell'attività amministrativa, quanto più le prerogative e i doveri ad essa spettanti sono ben chiari e precisi, tanto più, nella pratica, le varie ipotesi di responsabilità (a maggior ragione quella penale) troveranno un riscontro certo ed inequivocabile.

---

<sup>25</sup> ALVARO, *La dirigenza statale*, cit. pag. 17;

## 2. I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

### 2.1 PANORAMICA SU ALCUNE FATTISPECIE DI REATI.

Prima di esaminare nello specifico le varie fattispecie delittuose sulle quali si porrà attenzione nel presente lavoro, è d'obbligo fare una breve premessa generale ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Tre ordini di considerazioni appaiono necessarie: il primo di essi ci impone di rivolgere lo sguardo al soggetto attivo del reato.

A seguito della riforma del 1990<sup>26</sup>, la gran parte dei delitti di cui sopra potevano, e a tutt'oggi possono, essere compiuti solo da determinati soggetti.

In tale caso questi reati appartengono alla specie di quelli c.d. "propri" in quanto consumabili soltanto da coloro (e non da chiunque come avviene per la maggior parte delle figure delittuose del nostro ordinamento) che rivestono determinate qualifiche<sup>27</sup> o possiedono determinati requisiti. Quest'ultimi possono essere naturalistici (come ad esempio l'essere madre nell'infanticidio), oppure giuridici<sup>28</sup> cioè attribuiti ad un soggetto dalla legge stessa per la specifica professione – attività - funzione da questi esercitata.

I delitti contro la pubblica amministrazione, se propri, possono essere commessi soltanto da coloro che, ai fini della legge penale, siano dotati delle qualifiche di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio<sup>29</sup> ed esercente un servizio di pubblica utilità<sup>30</sup>.

Per ciò che ci riguarda ribadiamo che il dirigente pubblico è il fautore materiale e il responsabile dell'attività amministrativa, ovvero sia è colui che va, in ultima analisi, a compiere "i fini dello

---

<sup>26</sup> Per una ricostruzione storica dell'evoluzione legislativa vedasi FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Bologna, 2008;

<sup>27</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I parte, Milano, 2004;

<sup>28</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2007;

<sup>29</sup> Sono, incaricati di pubblico servizio (art. 358 c.p.) "[...] coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine e della prestazione d'opera meramente materiale";

<sup>30</sup> Rivestono la qualifica di esercenti un servizio di pubblica utilità (art.359) "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 obbligato a valersi; i privati che, non esercitando una pubblica funzione, ne prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione";

Stato”<sup>31</sup> attraverso l'adempimento sistematico di quanto fissato negli obiettivi e nei programmi dell'organo politico.

In quanto tale egli è il *dominus* della funzione amministrativa come definita dall'art. 357<sup>32</sup> c.p. comma 2° quale quella “disciplinata da norme di diritto pubblico e atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Pertanto, prendendo spunto dalla lettera della norma e dalle annose dispute dottrinali che essa ha condensato<sup>33</sup>, e ragguagliandoci infine con quanto è stato precedente detto in merito alla fisionomia del dirigente stesso, è possibile sostenere che per l'attività che svolge egli va a ricoprire le caratteristiche che la legge penale abbina alla figura pubblico ufficiale.

La nostra disciplina penale dei reati contro la pubblica amministrazione prevede che la commissione di taluni reati è possibile anche da parte di coloro che sono funzionari in Istituzioni straniere.

Infatti, l'evoluzione continua della Comunità europea e del diritto da essa prodotto ha determinato un'espansione anche del nostro diritto penale e ha reso necessario che la figura di pubblico ufficiale venisse rivestita anche da: membri delle Istituzioni europee, funzionari ed agenti delle stesse, membri ed addetti di organismi creati sulla base di trattati europei, giudici e procuratori della Corte penale internazionale e in generale da coloro che, nell'ambito di altri stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei p.u. o incaricati di pubblico servizio.

Detto ciò, è opportuno aggiungere che anche le caratteristiche del soggetto passivo (ovverosia colui che è titolare del bene tutelato dalla norme penale) determinano la possibile configurazione dei delitti *de quo* in quanto, da un lato, il fatto che tale soggetto rivesta una delle qualifiche sopra

---

<sup>31</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit.;

<sup>32</sup> L'articolo in questione recita in tal modo: “Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro che 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”;

<sup>33</sup> Vedasi TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del dipendente pubblico*, Milano, 2013, pagg. 105, dove si legge: nell'art. 357 c.p. “vengono condensate le discussioni dottrinali che, a buon titolo, hanno influenzato la formulazione stessa della norma così san-cendo, con ripercussioni sostanziali rilevanti, l'accettazione della concezione funzionale-oggettiva. Tale concezione comporta, dunque, che la titolarità dell'una e dell'altra qualifica (*incaricato di pubblico servizio*) può essere desunta non solo dall'esistenza o meno di un rapporto di dipendenza con la p.a. M, in maniera prioritaria, dai caratteri e dalle finalità dell'attività oggettivamente esercitata”;

descritte, determina il mutamento del titolo di reato commesso in danno di uno di questi<sup>34</sup>, dall'altro, in alcuni casi, proprio il fatto che il soggetto passivo rivesta una delle qualifiche suddette rileva ai fini della stessa configurabilità del reato.

Per il primo caso si consideri, ad esempio, che la violenza privata commessa in danno di un soggetto che rivesta la qualifica di p.u. o di incaricato di pubblico servizio, configura il reato di violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.) anziché quello di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. Per il secondo caso, invece, basta dire che la consumabilità di taluni reati come quello, ad esempio, di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) richiede che il soggetto passivo sia proprio un p.u. o un incaricato di pubblico servizio.

Giunti all'ultima serie di considerazioni osserviamo i beni giuridici che tali fattispecie possono ledere.

I reati *de quo* hanno, a ben vedere, una capacità plurioffensiva<sup>35</sup> in quanto ledono non solo la pubblica amministrazione, quindi tangendo i caratteri costituzionalmente stabiliti (imparzialità e buon andamento) che quest'ultima deve rivestire per l'espletamento della sua missione, ma altresì diversi beni giuridici a seconda del tipo di reato considerato (ad esempio: nel caso del delitto di peculato viene ad essere offeso anche il patrimonio pubblico o dei privati).

Per quanto concerne le nozioni di imparzialità e buon andamento possiamo dire che esse attengono alle modalità con cui l'azione amministrativa deve perpetuarsi e cioè con efficienza (buon andamento) e nel rispetto (trattando allo stesso modo situazioni identiche) di tutte le situazioni soggettive che essa va a tutelare.

\*\*\*\*

## IL REATO DI PECULATO

L' art. 314 c.p. al 1° comma stabilisce che “ Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni”.

Procedendo con ordine osserviamo innanzitutto che il soggetto attivo del reato di peculato può essere soltanto un pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), trattasi quindi di reato proprio.

---

<sup>34</sup> FINDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit.;

<sup>35</sup> ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen.*, Milano, 2013;

Il peculato costituisce un'aggressione ad un bene materiale (denaro o cosa mobile) che la norma definisce "altrui" (cioè di proprietà di altri pubblica amministrazione o privati) da parte di taluno che "per ragioni di servizio o in ragione del suo ufficio" ne ha il possesso o la disponibilità.

La lesività del reato in questione è stata posta in diretta relazione con l'aggressione a tale bene, la cui alterità fa sì che la tutela penale sia rivolta, non tanto ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'agire amministrativo che comunque vengono violati dalla sottrazione a scopo privato dell'oggetto altrui, quanto piuttosto al patrimonio della persona lesa dall'agire criminoso.

Invero anche la giurisprudenza, nonostante ribadisca sempre la natura plurioffensiva del peculato, protende infine per questa tesi, ammettendo in più di un'occasione e nel corso degli anni, che l'oggetto giuridico tutelato dalla fattispecie criminosa sia il patrimonio<sup>36</sup> dell'amministrazione o di terzi privati<sup>37</sup>.

Da questa ricostruzione, molto spesso, è derivato che il criterio discretivo tra condotte concretamente offensive e non, sia stato rintracciato, dalla giurisprudenza, nel valore del bene oggetto di sottrazione il quale, se privo di apprezzabile valore economico, ha fatto sì che la condotta di colui che se ne appropriava fosse giudicata inidonea a ledere patrimonialmente l'avente diritto<sup>38</sup> e quindi a consumare il delitto di peculato. Quanto, invece, alla condotta di

---

<sup>36</sup> La Suprema Corte, nella sua composizione più alta, ha ribadito anche recentemente questa impostazione. Infatti nella sentenza n. 19054/2012 dove era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'utilizzo, da parte di un pubblico dipendente, di un'utenza cellulare, così si esprime "la condotta del pubblico agente che, utilizzando illegittimamente per fini personali il telefono assegnatogli per ragioni di ufficio, produce un apprezzabile danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi o una concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio, è suscettibile nel delitto di peculato d'uso di cui all'art. 314, comma secondo, c. p. ";

<sup>37</sup> Infatti, in seguito all'abrogazione dell'art. 315 c.p. determinata dall'entrata in vigore della legge n.86/1990, è scomparso dal nostro ordinamento il reato di malversazione a danno di privati, e pertanto, ora, il p.u. o incaricato di pubblico servizio che si appropria di bene, di cui ha il possesso per ragione di ufficio o servizio, non appartenenti all'amministrazione risponde di peculato;

<sup>38</sup> Vedasi, a tal riguardo, le sentenze della S.C.: la n. 256/2011 dove, con riguardo alla condotta di un sotto ufficiale dell'Arma dei Carabinieri che usava a fini privati il telefono del suo ufficio per brevi chiamate, ha ritenuto insussistente il delitto di peculato ammettendo che: "l'elemento materiale è integrato allorchè la condotta di abusiva appropriazione abbia avuto a oggetto cose di valore economico intrinseco apprezzabile e tali da arrecare un reale e altrettanto apprezzabile danno patrimoniale per la pubblica amministrazione"; la n. 41709/2010 dove con riguardo all'utilizzo da parte di un dipendente pubblico delle utenze telefoniche e del collegamento ad internet presenti nel suo ufficio ha ritenuto non configurabile il peculato in quanto: "L'uso privato dell'apparecchio telefonico, di cui l'impiegato ha disponibilità per ragioni d'ufficio, comporta l'appropriazione (non restituibile) delle energie necessarie alla comunicazione e per questo l'uso smodato e non episodico del telefono aziendale per fini privati rientra nella fattispecie punita dall'art. 314 c.p."; la n. 234567/2001 dove, con riguardo alla condotta del pubblico ufficiale che aveva usato moduli pre-

appropriazione, essa deve essere tale da invertire il titolo del possesso del bene, ovvero sia il soggetto deve sottrarlo all'avente diritto per utilizzarne come se ne fosse il proprietario.<sup>39</sup>

La giurisprudenza ammette che qualunque forma di utilizzo del bene, ad opera del reo, è valida a determinarne la rilevanza e pertanto sono condotte appropriative ex art. 314 c.p. l'alienazione, la dissipazione, la distruzione, il nascondimento, il deterioramento, la ritenzione ma non la distrazione.

Infatti, la riforma del 1990 ha eliminato quest'ultima modalità di realizzazione del reato *de quo*, con l'intento di frenare le numerose alterazioni interpretative che vedevano contrapposti coloro che ritenevano sufficiente, ai fini della configurabilità del peculato per distrazione, che il bene oggetto materiale del delitto fosse utilizzato per il perseguimento di uno scopo diverso da quello cui era destinato, pur se la nuova destinazione gravitasse nell'orbita dell'interesse pubblico; e chi invece riteneva penalmente perseguibile solo la distrazione che avesse determinato la destinazione del bene verso uno scopo difforme da qualsiasi pubblica utilità, imponendo una destinazione esclusivamente privata identificantesi nel profitto dell'agente o di terzi.<sup>40</sup>

Tuttavia, poco tempo dopo la riforma del '90, ci si rese conto che l'eliminazione della condotta *de qua* dalla fattispecie di cui all'art. 314 c.p. non sopprimeva i dubbi interpretativi che essa generava, anzi parte della dottrina continuava a ritenere che tutto era rimasto immutato dopo la riforma, essendo punibile come peculato anche la condotta distrattiva che altro non è se non una particolare forma di distrazione.

Inoltre, a tutt'oggi permangono dubbi interpretativi in ordine alla definizione delle condotte distrattive e la giurisprudenza, dal canto suo, non ha contribuito al chiarimento. Infatti, a volte ha ritenuto che la condotta distrattiva dovesse essere assorbita dall'art. 323 c.p.<sup>41</sup>, altre volte ha statuito che il reato di abuso d'ufficio si configura solo nel caso di una "*condotta del pubblico dipendente che usi indebitamente il bene, senza che ciò comporti la perdita dello stesso e la*

---

stampati dell'amministrazione per la redazioni di atti falsi, ha statuito che "*Non integra il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. la condotta del pubblico ufficiale il quale utilizzi beni appartenenti alla p.a. Privi di per sé di rilevanza economica e quindi inidonei a costituire l'oggetto materiale dell'appropriazione*"; In senso opposto, invece, la sentenza della S.C. n. 26476/2010 dove, giudicando il caso dell'agente di polizia che si era appropriato, controllando le missive dirette ai detenuti, dell'importo di € 20,00 si legge: "*Il peculato si consuma nel momento in cui ha luogo l'appropriazione della res o del denaro da parte dell'agente, la quale, anche quando non arreca, per qualsiasi motivo, danno patrimoniale alla p.a. , è comunque lesiva dell'ulteriore interesse tutelato dall'art. 314 c.p. Che si identifica nella legalità, imparzialità e buon andamento del suo operato.*";

<sup>39</sup> TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit.;

<sup>40</sup> Vedasi, PAGLIARO, PARODI, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008;

<sup>41</sup> Cassazione, 25 febbraio 1992, n.573;

*conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto*", altrimenti si ricade nella fattispecie del peculato<sup>42</sup>.

Con riferimento all'oggetto materiale dell'appropriazione, esso può essere di qualsiasi genere, purché consistente in denaro in altro bene mobile dotato di valore economico apprezzabile.

La proprietà dell'oggetto *de quo* deve essere o di privato soggetto o della pubblica amministrazione e l'autore del reato deve averne il possesso o comunque la disponibilità per ragioni attinenti allo svolgimento delle sue funzioni nell'ambito della pubblica organizzazione.

Chiariamo, innanzitutto, che il discrimine tra il possesso e la disponibilità è in ciò che mentre per possesso si intende l'esercizio di fatto di un potere sul bene derivante da una materiale signoria su di esso, per disponibilità si intende che del bene o del denaro il soggetto agente deve poterne disporre (e tale possibilità deve essere tale da poter permettergli di esercitare sull'oggetto sottratto i medesimi poteri dell'avente diritto) anche se non ne ha un possesso materiale ed immediato. In altri termini per disponibilità si intende " *sua disponibilità giuridica, nel senso che il soggetto agente deve essere in grado, mediante un atto dispositivo di sua competenza o connesso a prassi e consuetudini invalse nell'ufficio, di inserirsi nel maneggio o nella disponibilità del denaro e di conseguire quanto poi oggetto di appropriazione*"<sup>43</sup>.

Per possesso, invece, per la configurabilità della fattispecie in esame rileva quello mediato (quello esercitato su di un bene custodito da altri) e quello immediato (quello esercitato su un bene di cui si ha il diretto e materiale utilizzo).

Quanto, invece, alle modalità per mezzo delle quali il possesso o la disponibilità siano pervenute all'agente, l'art. 314 dice "per ragione di ufficio o servizio", il che significa che non ogni genere di possesso (o disponibilità) giova alla configurazione del reato *de quo*, bensì solo uno in particolare, quello cagionato dall'ufficio ricoperto o servizio prestato in quel preciso istante (ravvisandosi così gli estremi del delitto anche in presenza di un possesso meramente occasionale)<sup>44</sup>, nell'ambito organizzativo della p.a.

In altre parole il possesso e la disponibilità ex art. 314 c.p. sono qualificati<sup>45</sup>, cosa che va a distinguere il peculato dalla truffa ex art. 640 c.p., in quanto la struttura di quest'ultimo reato, richiede che l'agente si procacci il possesso del bene "con artifici e raggiri."

---

<sup>42</sup> Cassazione, sentenza n. 7492/2013;

<sup>43</sup> Cassazione, 22 ottobre 2007, n. 236146;

<sup>44</sup> Vedasi, in tal senso, Cassazione, 13.5.2009, n. 20952; Cassazione, 15.4.2003, n. 227140; in senso contrario, invece: Cassazione, 4.3.2003, n. 224051;

<sup>45</sup> RESTA, voce Peculato, in *Treccani-enciclopedia italiana*, pag. 1658;

Quanto, infine, all'elemento soggettivo del reato, è sufficiente il dolo generico, ovverosia da un lato la coscienza e la volontà di realizzare gli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa, dall'altro, che tale volontà si concretizzi nei modi e nelle forme rappresentatesi alla mente dell'agente<sup>46</sup>.

Si distinguono dalla fattispecie di peculato ex comma 1° art. 314 c.p. quelle di peculato d'uso (art. 314 c.p. 2° comma) e di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.).

La prima delle due si materializza quando "il colpevole ha agito al solo scopo di fare un uso momentaneo della cosa, e questa dopo l'uso momentaneo, è stata restituita".

La volontà di utilizzare, per un arco di tempo limitato, il bene oggetto della condotta appropriativa segna il punto di distacco tra peculato e peculato d'uso (che, come reato proprio può essere consumato solo dal p.u. o dall'incaricato di pubblico servizio).

Ciò è quanto emerge anche dalla giurisprudenza della S.C., la quale è intervenuta molto di recente sulla questione in occasione della vicenda dell'utilizzo, da parte di un funzionario pubblico, del telefono in dotazione presso il suo ufficio.

A tal riguardo, numerosi erano gli indirizzi interpretativi avanzati dai magistrati, e quello maggioritario riteneva che con l'uso dell'utenza telefonica si realizzasse l'appropriazione necessaria e definitiva delle energie costituite dalle onde elettromagnetiche che permettono la trasmissione della voce e quindi si consumasse il delitto di peculato comune<sup>47</sup>.

Tuttavia, le Sezioni Unite della S.C., non hanno condiviso tale orientamento e in una recentissima pronuncia hanno precisato che, in realtà, *"le energie in questione non possono essere oggetto di appropriazione, in quanto non sono oggetto di previo possesso o disponibilità da parte dell'utente del telefono. E questo perché non preesistono all'uso dell'apparecchio, ma sono prodotte dalla sua attivazione. Oltre a ciò, sul piano intrinseco, esse si caratterizzano per il fatto di propagarsi, e non si può, quindi, procedere al loro concreto immagazzinamento, funzionale a un impiego pratico misurabile in termini economici"*.

In ogni caso, la condotta di appropriazione temporanea, per dar luogo al peculato d'uso, deve avere ad oggetto beni non deteriorabili, il cui uso non ne esaurisca, quindi, l'utilizzabilità e per un

---

<sup>46</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit.;

<sup>47</sup> Secondo questo orientamento: *"l'uso del telefono si connoterebbe non nella fruizione dell'apparecchio telefonico, in quanto tale, ma nell'utilizzazione dell'utenza telefonica, con la conseguenza che l'oggetto della condotta appropriativa sarebbe rappresentato dall'energia occorrente per le conversazioni la quale, possedendo valore economico, può costituire oggetto materiale del peculato in virtù della sua equiparazione alla "cosa mobile", con conseguente vera e definitiva appropriazione, da parte del pubblico funzionario, degli impulsi elettrici"*. A tal riguardo, Cassazione, 15 gennaio 2003, n. 10671; Cassazione 14 gennaio 2003, n. 7347;

tempo non eccedente lo scopo di “uso temporaneo”<sup>48</sup> cui la sottrazione è predeterminata nella conformazione del reato ex art. 314 comma 2° c.p.<sup>49</sup>.

Il secondo reato di cui si parla, invece, il peculato mediante profitto dell'errore altrui, consiste nel fatto del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, lucrando sull'errore altrui, riceve (o, alternativamente, ritiene) indebitamente denaro o altra utilità.

Caratteristica fondante il reato *de quo*, secondo la giurisprudenza, è che esso può consumarsi solo in presenza di un indebito avvalimento, da parte del soggetto p.u., dell'errore di altro soggetto, che appunto erroneamente, si determina nella dazione indebita<sup>50</sup>. L'errore è elemento determinante per la fattispecie delittuosa che trattiamo in quanto, da un lato, proprio sulla base dell'errore, che deve preesistere alla condotta di ricezione/ritenzione (con la conseguenza che se non fosse preesistente ma cagionato dal pubblico agente, questi risponderebbe di peculato ex art. 314 comma 1° c.p.) , il privato si determina nella dazione e, dall'altro lato, proprio lucrando sull'errore il p.u. riceve/ritiene il bene del privato.

---

<sup>48</sup> ROMANO, *I delitti contro la p.a.*, cit.;

<sup>49</sup> Cassazione, 30 maggio 2012, n. 28880, dove si legge: “L'uso costante e reiterato nel tempo di un'autovettura di servizio, da parte del pubblico ufficiale, qualora sia idoneo ad arrecare un danno patrimoniale apprezzabile all'amministrazione, non integra il reato di peculato d'uso, bensì la più grave ipotesi del peculato per appropriazione”;

<sup>50</sup> In tal senso, Cassazione, 6 marzo 1996, n. 5515, dove si legge: “Il reato di cui all'art. 316 c.p., si può configurare esclusivamente nel caso in cui l'agente profitti dell'errore in cui il soggetto passivo già spontaneamente versò, come si desume dalla dizione della norma incriminatrice; e non ricorre, pertanto, nel caso in cui l'errore sia stato invece determinato da tale condotta, ricadendo in tal caso l'appropriazione commessa dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nella più ampia e generale previsione dell'art. 314 c.p., rispetto alla quale l'art. 316 c.p. costituisce ipotesi marginale e residuale”;

## IL REATO DI CORRUZIONE PER ESERCIZIO DELLA FUNZIONE

Prima di analizzare il reato *de quo* e i mutamenti ad esso apportati dalla legge n. 190/2012 , è necessario dapprima compiere una panoramica generale sulla disciplina dei reati corruttivi.

Quest'ultimi, incriminando la condotta di coloro che instaurano un' accordo volto alla mercificazione di atti che concretizzano pubbliche funzioni, tutelano l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione dal momento che, la compravendita degli stessi, piega l'attività amministrativa ad interessi non più collettivi, ma individuali.

Invero, le istanze condensate negli interessi collettivi, una volta vanificate di fronte all'interesse di chi corrompe, annullano altresì quei valori (quali la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, la giustizia sociale ecc..) frutto di una volontà diversa anche da quella che li persegue<sup>51</sup>.

La condotta penalmente rilevante è, come sottolineato dal filone dottrinale maggioritario, la conclusione dell'accordo corruttivo e quindi il dare o promettere da un lato, e il ricevere o l'accettare la promessa dall'altro senza che a nulla rilevi il fatto che, nel caso della promessa, successivamente ad essa non vi sia un'effettiva dazione<sup>52</sup> di denaro o utilità.

In altre parole, la condotta rilevante è già nella conclusione del *pactum sceleris*, senza che occorra un' esecuzione (che può anche mancare nella realtà) dello stesso.

Invece il momento dell'adempimento rileva, aggiungono ancora gli esponenti di tale filone, in ordine alla consumazione del reato.

Infatti, mentre da un lato si afferma che l'accettazione della promessa segna il momento consumativo, dall'altro si fa coincidere questo momento con l'esecuzione della stessa (se c'è esecuzione, appunto), con la conseguenza che in caso di inadempimento la consumazione resta ancorata nell' accettazione<sup>53</sup>.

Tuttavia, contrariamente a ciò, la Corte di Cassazione, in alcune sentenze ha ritenuto che promessa e successiva dazione integrassero condotte autonome collegate dal vincolo della continuazione<sup>54</sup>.

Quanto alla struttura del reato, da più parti ci si è chiesto se si trattasse di un reato unitario o di due reati distinti, monosoggettivi: l'uno il cui protagonista fosse il privato, l'altro il pubblico ufficiale.

---

<sup>51</sup> MONTANARI, *La riforma dei delitti di corruzione: limiti della normativa vigente ed obblighi internazionali in materia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012;

<sup>52</sup> In tal senso , ROMANO, *I delitti contro la p.a.*, cit.;

<sup>53</sup> TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità*, cit.;

<sup>54</sup> Cassazione, 20 maggio 1998, n. 212003;

Parte consistente della dottrina<sup>55</sup> ritiene che il reato di corruzione richiedendo, per la sua consumazione, la presenza necessaria di almeno due soggetti, si configuri come reato unitario a struttura bilaterale<sup>56</sup>.

Tali autori fanno notare come nel reato *de quo* le condotte dei due soggetti, corrotto e corruttore, convergendo simultaneamente su uno stesso fine, vedano un concorso necessario degli stessi.

Essi sottolineano che anche se i comportamenti dei due soggetti sono diversi, ciò non vale ad escluderne la natura plurisoggettiva, la quale determina che la complementarità delle condotte sia connaturante il reato-accordo<sup>57</sup>.

Per ciò che concerne, infine, l'oggetto materiale della condotta corruttiva, la legge parla di denaro o altra utilità. Sin da subito diciamo che, al pari di quanto già sottolineato in tema di peculato, il concetto di "altra utilità" attiene non soltanto a beni di tipo materiale, ma anche a tutto ciò che possa avere un'importanza (economica o anche solo morale) per il soggetto che la riceve. In dottrina ci si è più volte interrogati sulla possibilità che una dazione di piccola entità potesse assurgere a oggetto di uno scambio corruttivo penalmente rilevante. Tuttavia mentre la giurisprudenza ha ritenuto che le piccole regalie escludessero la configurazione del reato di cui all'art. 318 c.p. ma mai quello di cui all'art. 319 c.p., la dottrina maggioritaria ha più volte sottolineato come anche per queste fattispecie delittuose, come per il peculato, si ponesse la necessità di una proporzione tra le "prestazioni" di corrotto e corruttore.

Passando ora a esaminare le recentissime modifiche che hanno investito la disciplina della corruzione annotiamo subito che la legge n. 190/2012 emanata, come è noto, sia per arginare il vasto proliferare di fenomeni di malaffare, sia per adeguare il nostro ordinamento agli accordi e agli atti internazionali sottoscritti dal nostro Paese (e alle prescrizioni europee), ne ha determinato un'ampia riconfigurazione.

In questa fase di 'rimodulazione', come sottolineato da più autori, molti orientamenti giurisprudenziali sono stati recepiti e prima della riforma il mini-sistema dei reati corruttivi era articolato in tale modo.

Innanzitutto le fattispecie corruttive si distinguevano (ma continuano e distinguersi) tra corruzione propria e corruzione impropria (la prima si ha quando l'accordo corruttivo ha per oggetto il

---

<sup>55</sup> Per un'esauritiva ricostruzione delle opposte tesi vedasi, AMISANO TESI, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012;

<sup>56</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1989; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2007; GRISPIGNI, *I delitti contro la p.a.*, ROMA, 1953;

<sup>57</sup> ROMANO, *I delitti contro la p.a.*, cit.; GROSSO, voce *Corruzione*, in *Digesto discipline penalistiche*, pag. 155;

compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio; la seconda quando l'accordo corruttivo sia finalizzato al compimento di un atto d'ufficio)

In secondo luogo entrambi i contraenti del *pactum sceleris* erano sottoposti al medesimo trattamento sanzionatorio, l'art. 321 c.p. esclude la punibilità del privato nel solo caso di corruzione impropria susseguente (ovvero quella consumata per un atto già compiuto).

In terzo luogo si affermava la differenza delle pene tra corruzione del p.u. e quella di incaricato di pubblico servizio.

Per ciò che qui interessa, diciamo sin da subito che la legge n. 190/2012 ha modificato anche il reato di corruzione impropria. L'art. 318 c.p. che ora è rubricato "corruzione per esercizio della funzione" prevede: "il pubblico ufficiale che, per esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per se o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni." Da più parti si è immediatamente rimarcato che modifica principale, nella struttura 'ossea' del reato ex art. 318 c.p., fosse il fatto che non fosse più necessario il compimento di uno specifico atto<sup>58</sup>, per la consumazione dello stesso.

Nel caso di specie il legislatore, nell'intenzione di estendere la punibilità del soggetto agente anche a casi di generale asservimento della funzione esercitata dal pubblico dipendente agli interessi privati, ha recepito quel filone giurisprudenziale<sup>59</sup> che in più di un'occasione è giunto a ritenere che integrasse il reato di corruzione l'accordo che mirava al compimento di un atto non delineato ed individuato *ab initio*, ma comunque individuabile, e quello del privato col p.u. avente come finalità l'ottenimento di generici favori presenti e futuri ad opera del secondo e a vantaggio del primo<sup>60</sup>.

Tuttavia la novella legislativa, nell'urgenza di riconfigurare la fattispecie delittuosa *de quo*, non ha considerato il fatto che, mentre il reato di corruzione propria rimane ancorato al compimento o all'omissione di un atto specifico "dell'ufficio" del soggetto agente, il reato di cui all'art. 318 c.p., come rimodulato, inerisce ad un generico mercimonio della pubblica funzione<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*; GATTA, *Sui profili di diritto intertemporale della riforma della corruzione: affermata la continuità normativa tra corruzione "impropria" e corruzione "per esercizio delle funzioni"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 gennaio 2013;

<sup>59</sup> In senso contrario, Cassazione, 19 settembre, 1997, n. 9354;

<sup>60</sup> In tal senso vedasi, Cassazione, 25 agosto 2009, n. 34834; Cassazione, 16 maggio 2012, n. 30058; Cassazione, 2 ottobre 2006, n. 2818;

<sup>61</sup> Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, *Novità legislative*, cit.;

Considerato ciò, ora per la pratica distinzione del reato di corruzione per esercizio della funzione da quello per atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p., occorre considerare che muta il parametro di riferimento tra i due reati.

Invero mentre prima della riforma bastava ragguagliarsi tra le divergenti ricostruzioni svolte da più parti della dottrina in merito alla individuazione dei criteri di contrarietà o conformità di un atto ai doveri propri del funzionario, ora ciò non è più fattibile in quanto, da un lato (in merito al reato di cui all'art. 319 c.p.) occorre ritracciare i criteri che ci indicano quando un atto possa dirsi contrario ai doveri d'ufficio<sup>62</sup>, dall'altro lato, in merito al reato *de quo*, occorre indagare invece quando il pubblico ufficiale sta esercitando le sue funzioni o i suoi poteri.

Inoltre, la riconfigurazione dell' art. 318 c.p., che svincola ormai il delitto *de quo* dal compimento di un atto specifico e l'abrogazione del secondo comma dell'art. 318 c.p., hanno fatto sì che scomparisse la distinzione tra corruzione impropria susseguente e antecedente, attiva e passiva.

Ciò ha comportato che si ponesse l'interrogativo della perdurante punibilità dei fatti di corruzione impropria commessi prima della novella dell'art. 318 c.p.

Già l'Ufficio del massimario della Suprema Corte aveva ritenuto che potesse individuarsi un rapporto di continuità normativa tra le due fattispecie criminose (considerando anche l'onnicomprensività della nuova disposizione), con la conseguente applicazione, ad un fatto commesso prima della riforma, dell'art. 318 c.p. come formulato ante riforma, in applicazione del principio del *favor rei*.

Poi la Cassazione è intervenuta precipuamente sulla questione statuendo, in una sentenza non ancora depositata ma di cui è disponibile un'informazione provvisoria, che *“i fatti di corruzione impropria per atto d'ufficio di cui all'art. 318 c.p., nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla*

---

<sup>62</sup> A tal riguardo, parte della dottrina fa notare che la contrarietà si ha allorché l'atto viola norme imperative o contrasta con un dovere cui il funzionario è precipuamente tenuto per ragioni d'ufficio, pertanto non sarebbe sufficiente ad integrare il delitto ex art. 319 c.p. la sola violazione dei principi di correttezza ed imparzialità della p.a. In tal senso vedasi, GROSSO, artt. 318-322, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Torino, 1996, pagg. 168 e ss ; In senso contrario, invece, FINDACA, MUSCO, *Diritto penale p.s.*, cit. dove si sostiene che la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio va determinata in relazione ai beni di imparzialità e buon andamento della p.a. La contrarietà ai doveri d'ufficio presuppone, secondo questa dottrina, il rinvio a quell'insieme di norme che informano l'agire amministrativo al fine di verificare la presenza di un vizio di legittimità dell'atto stesso. Infine, PAGLIARO, PARODI, *Principi di diritto penale*, cit., sottolineano come il dovere violato dall'atto incrinato debba essere innanzitutto, appunto, d'ufficio e non gravante su tutti i cittadini. In secondo luogo è pacifico che esso possa giacere in leggi, regolamenti, decreti e consuetudini e che possa essere generico o specifico.

*legge 190 del 2012, continuano ad essere penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 318 c.p. come novellato dalla detta legge che, nella sua più ampia previsione, li ricomprende integralmente".<sup>63</sup>*

In tema di modifiche va anche evidenziato anche che il riferimento dell'art. 321 c.p. 1° comma all'art. 318 c.p. è rimasto immutato, pertanto, per effetto della nuova configurazione del reato di cui si discute (infatti, come dicevamo sopra, non esiste più la differenza tra corruzione susseguente ed antecedente nell'art. 318 c.p. essendo tutto conglobato nell'unica corruzione per esercizio della funzione), il corruttore può essere punito anche per la corruzione susseguente, configurandosi, in tal modo, una nuova fattispecie incriminatoria.

Infine, la modifica operata dalla legge n. 190/2012 sull'art. 320 c.p. fa sì che anche l'incaricato di pubblico servizio possa essere soggetto attivo di uno dei reati ex artt. 318-319 c.p., e ciò anche se questo non rivesta la qualità di pubblico impiegato, tuttavia il trattamento sanzionatorio è, in questo caso, suscettibile di riduzione in misura non superiore a un terzo.

---

<sup>63</sup> Cassazione, udienza del 11.1.2013, Pres. De Roberto, Est. Cortese, ric. Abbruzzese (ric. n. 30539/12): informazione provvisoria ;

### 3.LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE N. 190/2012

#### 3.1 LE MODIFICHE RIGUARDANTI IL REATO DI CONCUSSIONE

Oltre alle modifiche intervenute, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, in tema di corruzione, passiamo a considerare gli altri interventi modificatori che si sono abbattuti sulla concussione.

Mutamento normativo notevole è quello che ha visto lo sdoppiamento del reato di concussione di cui al "vecchio" art. 317 c.p.

Ad oggi il nostro ordinamento penale annovera la concussione per costrizione, ancora regolata nell'art. 317 c.p. riformato, e la fattispecie delittuosa della concussione per induzione, di cui al nuovo art. 319-quater c.p., rubricato come "induzione indebita a dare o promettere utilità".

Anche in tal occasione, prima di procedere alla disamina delle novità che riguardano il reato in questione, passiamo in rassegna la vecchia fattispecie normativa.

A seguito della riforma del 1990, soggetti attivi della concussione potevano essere sia il p.u. che l'incaricato di pubblico servizio, i quali potevano dar vita a due reati diversi, a seconda della condotta tenuta, ma entrambi regolati dall'art. 317 c.p.

In particolare, anche nella configurazione pre-riforma dell'art. 317 c.p. trovavamo la presenza delle due condotte di costrizione e di induzione e il discrimine tra le due era individuato dalla giurisprudenza, nella prospettazione diretta ed inequivocabile al privato, nel primo caso, di un male ingiusto; in una generica suggestione del privato o nell'atteggiamento fraudolento, nel secondo caso.

Anche dopo la riforma del 2012, entrambe le condotte concussive possono essere realizzate con abuso delle qualità o dei poteri del soggetto agente<sup>64</sup> e qui la linea di confine (tra le qualità e i

---

<sup>64</sup> Anche sul significato degli elementi oggettivi della fattispecie delittuosa della concussione la dottrina non è mai stata unanime. Infatti, da un lato, la dottrina tradizionale tendeva a considerare l'abuso come un mero presupposto delle condotte di costrizione ed induzione, e tale tesi è stata sostenuta anche recentemente da parte di alcuni autori. Vedasi, a tal riguardo, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale, delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1981, per cui è inutile indagare il momento dell'abuso che altro non è se non una modalità delle condotte coercitive o induttive. Dall'altro lato, invece, taluni hanno sostenuto che il momento dell'abuso vada indagato separatamente dalle condotte, in quanto in sua assenza non si verificherebbe nemmeno l'evento. In tal senso, MARINI, voce concussione, in Enc. Giur. Treccani, vol.

poteri) è stata ravvisata, dalla giurisprudenza, nell'approfittamento della propria qualifica soggettiva nel primo caso<sup>65</sup> e nell'esercizio distorto delle attribuzioni proprie del funzionario nel secondo caso.

L'abuso dei poteri o delle qualità, deve condurre il privato alla dazione o alla promessa (in favore dello stesso pubblico agente o anche di una terza persona) le quali, come sottolineato da autorevole autore, devono essere volontarie ma non spontanee<sup>66</sup>.

La condotta dell'agente si atteggia, nell'economia del fatto criminoso, come *condicio sine qua non* della promessa o dazione indebita, nel senso che nella condotta abusiva si racchiude quella condizione per cui il privato si determina nella dazione (o promessa) stessa.

Pertanto se in qualche ipotesi il privato risultasse già determinato nella dazione prima delle condotte di concussive, si dovrebbe ravvisare una tentata concussione.<sup>67</sup>

Oggetto della dazione o promessa indebite è, anche qui, il denaro o altra utilità.

Qui è d'obbligo sottolineare come di recente il filone che si è stabilizzato in dottrina ritiene, come accade anche per gli altri reati esaminati nel presente lavoro, che per "altra utilità" non debba intendersi unicamente un bene dotato di valore economico.

Infatti, anche un vantaggio morale o comunque non patrimoniale rappresenterebbe per il pubblico agente "altra utilità" nel senso della norma<sup>68</sup>. Mentre per denaro è da intendere la moneta (anche straniera) avente corso legale di validità e le carte di pubblico credito di cui all'art. 458 c.p.

Come dicevamo poc'anzi, il significato di induzione (che in definitiva, secondo i magistrati della S.C., può essere ottenuta con i più disparati atteggiamenti) è stato dilatato grandemente dalla giurisprudenza, a tal punto che la stessa ha 'inventato' il concetto di concussione ambientale, con riferimento a quelle *"situazioni in cui - per effetto di illecite prassi stabili e diffuse in*

---

VII, pag. 5;

<sup>65</sup> In tal senso, Cassazione, 5 dicembre 2002, n. 223322 dove si legge: *"Sussiste l'ipotesi di concussione per induzione nella condotta del sottoufficiale della guardia di finanza che, in occasione di una verifica fiscale presso un esercizio commerciale di generi alimentari, induca l'esercente, abusando della propria qualità, a consegnargli gratuitamente prodotti alimentari, rappresentandogli la sistemazione di non meglio precisate irregolarità relative alla posizione assicurativa di una dipendente."*;

<sup>66</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit.;

<sup>67</sup> *Ivi*;

<sup>68</sup> Anche a tal riguardo la dottrina si è divisa tra chi sosteneva che il concetto di "altra utilità" andasse attribuito ai soli beni dotati di un interesse giuridicamente apprezzabile. In tal senso veda, MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1963. Altri ancora hanno affiancato il concetto *de qua* a quelle utilità che inerissero a vantaggi di natura esclusivamente patrimoniale. In tal senso, BETTIOL, *In tema di interesse privato in atti d'ufficio*, in Studi Petrocelli, Milano, 1972, pag. 279. Infine taluni definivano "altra utilità" come beni e non comportamenti umani;

*determinati settori della pubblica amministrazione - la costrizione o induzione riconducibile al pubblico ufficiale agente diviene il portato di un deviante quadro di riferimento di quel settore (e, quindi, di quella specifica sfera 'ambientale')"*<sup>69</sup>.

Tuttavia, le larghe (a volte anche vaghe) interpretazioni sulle condotte concussivo-induttive, le nascenti incertezze in merito alla distinzione di queste dalle condotte corruttive e le difficoltà probatorie che ne derivano, hanno fatto sì che parte della dottrina avanzasse ipotesi di abolizione della figura della concussione<sup>70</sup>.

In particolare poi, alcuni organismi internazionali e *in primis* l'OCSE, hanno "rimproverato" il nostro Paese sulla scia di due considerazioni di fondo.

Da un lato, infatti, esigenze di uguaglianza in tema di trattamento normativo della fattispecie della corruzione internazionale imponevano il medesimo trattamento sanzionatorio, nei vari ordinamenti giuridici statali, delle situazioni che vedevano il privato elargire una somma al funzionario pubblico; dall'altro, il fatto che, in ogni caso, il privato che paga il pubblico dipendente deve rispondere di corruzione, a prescindere dal fatto che sia presente o meno una coazione di quest'ultimo nei confronti del primo.

Sulla base di tali considerazioni anche l'OCSE sottolineava come, in realtà, la fattispecie della concussione dovesse essere almeno rivisitata nel nostro ordinamento, e ciò perché il privato che retribuisce un dipendente pubblico è, sempre e comunque, un corruttore<sup>71</sup>.

A tutti è noto che il reato di concussione è tipico soltanto del nostro ordinamento e il nostro legislatore, nella volontà di continuare a tutelare il privato vittima di un uso alterato e nocivo delle funzioni pubbliche, non ha seguito la via dell'abolizione *tout court* del reato *de quo*.

Tuttavia, per avallare le richieste internazionali, ha scorporato dall'originario art. 317 c.p.<sup>72</sup> la fattispecie di concussione per induzione che ora integra l'omonimo reato disciplinato dall'art. 319-quater c.p.<sup>73</sup> conformando la struttura di questo in modo tale da avvicinarlo ad una corruzione

---

<sup>69</sup> Cassazione, 14 settembre 2012, n. 35269;

<sup>70</sup> Vedasi, a tal riguardo, SPENA, *Per una critica dell'art. 319- quater c.p. Una terza via tra corruzione e concussione?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 marzo 2013; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv.trim.*, n. 2/2013; DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione (testo aggiornato alla luce dell'emendamento presentato dal governo)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 aprile 2012;

<sup>71</sup> VIGANO', *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv.Trim.*, n.2/2013, pagg. 143 e segg.;

<sup>72</sup> Il quale prevede: "Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni."

dove “la stipula” del patto corruttivo vedesse l’iniziativa (sempre sotto forma di abuso ma non con coercizione) del pubblico agente.

La nuova disciplina della concussione ora posa su tre “pilastri” fondamentali. Innanzitutto la fattispecie di concussione per costrizione, vede come suo soggetto attivo unicamente il pubblico ufficiale e non più l'incaricato di pubblico servizio, mentre la concussione per induzione è consumabile anche dall'incaricato di pubblico servizio<sup>74</sup>.

In secondo luogo, nel caso del reato ex art. 319-quater c.p., il privato assurge ad una posizione di “co-responsabilità”<sup>75</sup> insieme al pubblico ufficiale e pertanto viene anch'egli punito, sebbene in maniera minore .

In terzo luogo, in considerazione della diversa gravità delle due condotte (l'una di vera e propria costrizione, l'altra sempre di abuso ma più “blando”), il legislatore ha deciso di punire più gravemente il reato di cui all'art. 317 c.p.<sup>76</sup>.

Molti problemi ha suscitato (e continua a suscitare) la scelta del legislatore di separare le due condotte concussive. Il principale di questi è sicuramente rappresentato dalla ricerca di criteri inequivocabili, certi e chiari di distinzione delle due condotte concussive. In giurisprudenza, a tal riguardo, tre sono gli orientamenti formati.

Il primo di essi <sup>77</sup>, dopo aver ribadito più volte che la riforma ha solo operato una suddivisione di quanto già ricompreso nell'art. 317 c.p. (e che pertanto bisogna utilizzare le stesse ricostruzioni operate dalla giurisprudenza pre-riforma), ri-attribuisce il significato di minaccia alla costrizione e quello di persuasione-suggestione all'induzione.

Quindi, gli esponenti di questa ricostruzione, ritengono che la condotta delittuosa nei reati di concussione si concretizzi in una pressione psichica relativa (la violenza tout court è esclusa del

---

<sup>73</sup> Il nuovo articolo recita: “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando delle sue qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni.”

<sup>74</sup>Parte della dottrina si è chiesta cosa ne sarebbe qualora un incaricato di pubblico servizio si rendesse responsabile del reato *de quo*, e la soluzione cui è pervenuta è quella che contempla l'applicabilità del reato di estorsione aggravata. Soluzione, questa, che peraltro non convince altra parte della dottrina in considerazione del fatto che quest'ultimo reato è punito più gravemente dell'altro. In tal senso vedasi, TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità*, cit.;

<sup>75</sup> SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit.;

<sup>76</sup> Ciò provoca delle notevoli conseguenze per quel che concerne i termini di prescrizione, in seguito a dette modifiche, sono rispettivamente aumentati fino a quindici anni per il delitto di concussione per costrizione e fino a dieci anni per l'induzione.

<sup>77</sup> Cassazione, 21 gennaio 2013, n. 3093, Cassazione, 21 febbraio 2013, n.8695;

tutto dalle fattispecie considerate) di diversa entità, più blanda se ci troviamo di fronte all'induzione ex art. 319-quater c.p., la quale determina nel destinatario la volontà della dazione. Secondo un altro orientamento<sup>78</sup>, invece, il discrimine è da ravvisarsi nella illiceità/liceità del vantaggio che il privato mira ad ottenere col pagamento o con la promessa del denaro o dell'utilità. Infatti, se il privato di fronte alla prospettazione di un male ingiusto derivante dall'applicazione di disposizioni di legge, per ottenere un beneficio che comunque non gli spetterebbe, dà o promette denaro o utilità si ricade nella fattispecie di cui all' art. 319-quater c.p. Invece, se il privato è vittima di un sopruso da parte del pubblico agente che gli prospetta il pagamento o la promessa indebita pena un ingiusto pregiudizio (o se il privato è vittima di una vera e propria costrizione anche in assenza di alcuna prospettazione) si rientra nella fattispecie dell'art. 317 c.p.<sup>79</sup>.

Infine, il terzo orientamento, effettua un doppio ragionamento. Dapprima colloca la distinzione a livello dell'effetto che sulla psiche del privato genera la condotta del pubblico agente. Invero questo orientamento sottolinea che nel caso della costrizione vera e propria il privato è decurtato di ogni possibile auto-determinazione in ordine alla dazione, onde l'applicabilità dell'art. 317 c.p.; invece, nel caso dell'induzione egli è comunque libero di auto-determinarsi in ordine alla dazione indebita. Poi aggiunge che il privato è certamente persona offesa del reato di concussione per

---

<sup>78</sup> Cassazione, 22 gennaio 2013, n. 3251; Cassazione, 15 febbraio 2013, n. 7495; Cassazione, 21 marzo 2013, n.13047;

<sup>79</sup> Anche parte consistente della dottrina ha aderito a questa ricostruzione. In particolare vedasi VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., pag. 136-137 che sostiene: "rileverà ex art. 317 c.p. il fatto del p.a. che prospetti un male ingiusto che il privato preferisca evitare senza ricavare nessun beneficio indebito" invece "l'art. 319-quater dovrebbe essere circoscritto alle ipotesi di corruzione 'impari' ossia ai casi in cui il concerto, pur essendo sfalzato dall'abuso funzionale, contempra un effetto vantaggioso per il privato, magari in alternativa al male ingiusto"; dello stesso avviso è MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale multilivello dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012; Infine, anche Garofoli, *Concussione ed indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successori*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 maggio 2013, sostiene che ben tre ordini di argomentazioni supportano la ricostruzione suddetta. Dal punto di vista storico, le ragioni che hanno indotto il nostro legislatore a scorre le fattispecie concussive, ci indicano che l'esigenza di evitare il rischio di esonerare da pene gli effettivi corruttori, impongono la punibilità di chi perseguendo un illecito guadagno effettivamente si comporta come tale e non è vittima di concussione; dal punto di vista costituzionale, l'art. 27 Cost. Impone che per poter punire il privato, come fa l'art. 319-quater c.p., occorre che ad esso possa addebitarsi una condotta riprovevole, dunque il privato deve assurgere a correo nell'ambito di una "performance" delittuosa che lo vede perseguire un indebito vantaggio; infine, ragioni di ordine topografico, ovvero di collocazione della norma nel codice penale, fanno propendere per la bontà della tesi *de qua*. Infatti, sottolinea Garofali, l'ubicazione del delitto ex art. 319-quater c.p. è avvenuta in calce ai delitti di corruzione, ciò come a testimoniarne implicitamente la struttura essenziale;

costrizione se, oltre alla impossibilità di autodeterminarsi, è anche motivato alla dazione indebita per evitare il pregiudizio ingiusto minacciato<sup>80</sup>.

Le incertezze sussistenti circa la chiara definizione delle due condotte concussive, e le conseguenze che da esse derivano, hanno determinato due distinte decisioni della S.C.

La prima di esse concerne la rimessione, alle Sezioni Unite, del compito di definire tale distinzione<sup>81</sup>, (n tale occasione le S.U. dovranno altresì decidere se sussiste, come uniformemente sostenuto dalla Cassazione<sup>82</sup>, un rapporto di continuità normativa ex art. 2 comma 4 c.p. la cui risoluzione è di vitale importanza per molte questioni di cui appresso).

La seconda, invece, concerne la possibilità di riqualificazione d'ufficio di un fatto dapprima qualificato come concussione per induzione ex art. 319-quater c.p. e poi ritenuto integrante il reato di cui all'art. 317 c.p. (oppure della riqualificazione delle qualità soggettive dell'agente che dapprima è ritenuto incaricato di pubblico servizio e poi viene inquadrato come pubblico ufficiale).

Recentemente la Suprema Corte<sup>83</sup> è giunta a dare soluzione positiva al quesito di cui sopra sulla scorta di due precisazioni di fondo. La prima prende spunto dal fatto che ai sensi dell'art. 521 c.p.p. la (prima) formulazione linguistica dell'imputazione non può considerarsi definitiva. E tale disposizione procedurale è vista, dai giudici di legittimità, come una sorta di antidoto a eventuali errati inquadramenti di determinate condotte e ciò anche considerando che le due fattispecie delittuose, che prima erano disciplinate nella fattispecie di cui all'art. 317 c.p., ora giacciono in due distinte norme che prevedono trattamenti sanzionatori totalmente diversi. Tuttavia, i giudici della S.C. hanno cura di rimarcare che la riqualificazione è ammissibile purché il fatto oggetto di giudizio integri realmente i presupposti della fattispecie delittuosa di cui all'art. 317 c.p. Si aggiunga a ciò che i principi del giusto processo, (condensati anche nella CEDU ratificata dal nostro Paese il 4 agosto 1955 con la legge n. 848), impongono che, come statuito nella sentenza della Corte EDU Drassich vs Italia del 11 dicembre 2007 e ripetuto anche dalla nostra Cassazione, l'imputato deve essere preavvertito dal giudice della fase di merito della possibilità che il fatto da lui commesso

---

<sup>80</sup> Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794;

<sup>81</sup> Con notizia di decisione n. 11/2013 la Corte ha in tal modo disposto, l'udienza avanti le sezioni unite è fissata per il 24 ottobre 2013;

<sup>82</sup> Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, *Novità legislative*, cit.;

<sup>83</sup> Di questa decisione della S.C. è disponibile 'solo' un'informazione provvisoria relativa ad una prima decisione di un ricorso dove la stessa ha rinviato il processo a nuovo ruolo appunto per consentire all'imputato, in ottemperanza a quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, di discutere in merito agli elementi della fattispecie delittuosa travolti da riqualificazione.

venga riqualificato diversamente da quanto sinora contestatogli , al fine di garantirgli in tal modo, la possibilità di discutere in merito ad una tale riqualificazione.

Della possibilità di riqualificazione, la Corte di Cassazione si è occupata anche con riferimento alla “trasmigrazione” della qualificazione di un fatto da concussione per induzione, ai sensi del previgente art. 317 c.p., ad induzione indebita a dare o promettere di cui al neo art. 319-quater c.p.

In particolare, in una pronuncia recente<sup>84</sup> di cui è disponibile solo un'informazione provvisoria, riaffermando ciò che anche in precedenza, sia in altre pronunce sia nella relazione dell'Ufficio del massimario<sup>85</sup> la S.C. aveva statuito, ha evidenziato che fosse possibile la riqualificazione di cui sopra proprio in considerazione del fatto che *“l'induzione richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319-quater c.p. 1° comma, non è diversa sotto il profilo strutturale da quella del previgente art. 317 c.p. e, pertanto, quanto all'induzione, vi è continuità normativa tra le due disposizioni, essendo formulate in termini del tutto identici”*.<sup>86</sup>

Su tale base la Corte ha ritenuto che la vittima, costituitasi parte civile nell'originario processo per concussione per induzione di cui al “vecchio” art. 317 c.p. conservasse, anche dopo la riqualificazione del fatto, la legittimazione all'azione civile per il risarcimento del danno e le restituzioni.

Tuttavia, stante la decisività del problema che riguarda la continuità normativa tra le ipotesi di concussione , come disciplinate prima della riforma, e quelle ora vigenti è necessario, come più sopra ricordato, che sulla questione si pronunci la S.C. nella sua composizione più alta.

Ciò soprattutto considerando che per la prima volta viene affermata , nel caso della concussione per induzione, la punibilità del privato che da vittima diviene il co-autore del reato in questione.

A tal ultimo riguardo, anche parte della dottrina<sup>87</sup> ha sottolineato come la tesi che propende per la continuità normativa sia la più esatta e ciò nonostante la novità, non trascurabile, dell'intervenuta punibilità del privato. Ciò in quanto, come sostenuto in giurisprudenza, è perdurante l'identità strutturale delle fattispecie concussive ora vigenti, con quelle di cui al “vecchio” art. 317 c.p.

Nell'attesa di un'ulteriore pronuncia, su questo importante e delicato tema, ad opera dei giudici di legittimità possiamo ad analizzare l'ultimo argomento inerente questo paragrafo, ovvero le differenze esistenti, alla luce delle recenti modifiche, tra il reato di corruzione e quello di concussione (e stante le recenti modifiche quello tra corruzione e quello ex art. 319-quater c.p.).

---

<sup>84</sup> Cassazione, sezione VI, ud. 25 gennaio 2013, ric. Ferretti, informazione provvisoria;

<sup>85</sup> Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, 3 maggio 2013, n.19;

<sup>86</sup> Cassazione, 4 dicembre 2012, n. 33669;

<sup>87</sup> GAROFOLI, *Concussione ed indebita induzione*, cit.;

Prima dell'intervenuto mutamento legislativo, in dottrina si prospettavano tre diversi criteri<sup>88</sup> per giungere alla distinzione *de qua*. Il primo e più risalente prende spunto da chi dei soggetti, nella dinamica delittuosa prende iniziativa ravvisando, quindi, la concussione laddove questa provenisse dal pubblico agente, la corruzione nel caso inverso. Questo orientamento è stato da tempo superato in considerazione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, dell'art. 322 c.p. che ai commi 2 e 3 prevede che anche il privato possa sollecitare la dazione, con il reato di istigazione alla corruzione attiva.

Respinto il criterio di cui sopra, la giurisprudenza, incominciò a far leva sull'analisi del processo che determina il privato alla dazione illecita ravvisando la concussione laddove detta determinazione permetteva al privato di evitare un danno ingiusto (*certat de damno vitando*), la corruzione dove lo stesso mirasse ad ottenere un ingiusto vantaggio (*certat de lucro captando*). Infine un terzo criterio, facendo perno sul concetto di *metus publicae potestatis*, riteneva sussistente la concussione laddove il privato, per timore, si determinava nella dazione indebita.

Tuttavia la prassi ha più volte smentito quest'ultimo criterio, dimostrando, invece, la sussistenza del reato di concussione anche laddove non vi fosse timore o paura da parte del privato,<sup>89</sup> e ciò ha indotto la Cassazione a ritenere sussistente il reato di concussione *“anche qualora il privato acconsenta alla richiesta non per timore del pubblico ufficiale, ma esclusivamente per evitare maggiori danni e per non avere noie”*.<sup>90</sup>

Stante la varietà dei criteri proposti, al fine di giungere ad una distinzione concreta tra le due fattispecie, parte della dottrina<sup>91</sup>, in considerazione che a seguito della riforma del 2012 che ha visto sia il reato di corruzione impropria trasformarsi in corruzione per esercizio della funzione che lo spaccettamento (come sopra detto) dei reati di cui al precedente art. 317 c.p., ha ritenuto opportuno suggerire quello che potremmo chiamare “quarto criterio”. Invero, si sottolinea come ad oggi, la distinzione non possa risolversi se non con l'indagare l'esistenza o meno dell'abuso della qualità o dei poteri richiesto dal nuovo art. 319-quater c.p.

Sulla stessa linea sembra assestarsi anche la S.C. quando sostiene che i reati corruttivi necessitano di *“una parità tra i due soggetti e una volontà comune al do ut des; connotazioni estranee alle due diverse forme di “costrizione” o “induzione”, il cui denominatore comune è l'abuso di poter o delle qualità”*.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Ivi;

<sup>89</sup> TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità*, cit.;

<sup>90</sup> Cassazione, 15 settembre 2000, n.9737;

<sup>91</sup> GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 maggio 2013;

<sup>92</sup> Cassazione, 21 febbraio 2013, n. 8695;

### 3.2 I NUOVI REATI: IL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE.

La riforma del 2012 ha introdotto, nel nostro sistema di disciplina degli illeciti contro la p.a., un nuovo reato, con l'art 346 -bis c.p., rubricato "traffico di influenze illecite". Quest'ultimo è consumato da *"Chiunque, fuori dei casi di concorso di cui agli artt. 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale."*<sup>93</sup>

Si tratta di una fattispecie delittuosa il cui inserimento è stato dettato da una molteplicità di fattori.

Infatti, da un lato, la necessità di punire condotte nocive prodromiche al patto corruttivo (anche poste in essere da chi, non pubblico agente, comunque sfruttasse una "vicinanza" ad uno di essi per favorire taluno, in cambio di una remunerazione illecita e quindi fomentando i futuri accordi corruttivi) diveniva sempre più impellente, dall'altro le disposizioni di natura sovranazionale provenienti da Convenzioni ratificate anche dal nostro Paese<sup>94</sup> richiedevano un intervento in tal

---

<sup>93</sup>Lo stesso articolo prosegue *"la pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o per altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita."*;

<sup>94</sup>La necessità di prevedere una punibilità del c.d. *trading in influence* è stata prospettata nella Convenzione di Merida firmata il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009 n.116 la quale all'art. 18 dispone che gli Stati debbano *"conferire il carattere di illecito penale, quando tali atti sono stati commessi intenzionalmente: a) al fatto di promettere, offrire o concedere a un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona usi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un' autorità pubblica dello Stato, parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o di ogni altra persona; b) al fatto per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona, al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da una pubblica amministrazione o da un'autorità dello Stato parte"*.

Stessa necessità è stata condensata nelle disposizioni della Convenzione penale di Strasburgo firmata in seno al Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999 e ratificata nel nostro Paese con legge 28 giugno 2012 n. 110. Detta Convenzione, all'art. 12, prevede che *"Ciascuna parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, il fatto di*

senso, dall'altro ancora la necessità di arginare prassi giurisprudenziali, volte a dilatare eccessivamente la figura delittuosa del millantato credito (art. 346 c.p.), al fine di sanzionare determinate condotte che altrimenti sarebbero rimaste impunte, suggeriva di colmare detta lacuna con un intervento normativo.

Esigenze di tale gravità hanno dato vita a questa figura delittuosa che nel nostro ordinamento si sviluppa in tali direzioni.

Parte dei primi commentatori della riforma sottolineano che questo reato si consuma allorché l'intermediario fa dare, a sé o ad altri, come corrispettivo della propria mediazione con la *pars* pubblica denaro o altro vantaggio patrimoniale<sup>95</sup>. Lo scopo di lucro diviene, pertanto, "colonna" portante della struttura delittuosa e, secondo questa ricostruzione, assurge ad elemento oggettivo del reato stesso (ovvero l'evento) e non si colloca "solo" a livello di dolo specifico.<sup>96</sup> Da ciò ne discende che lo scopo di lucro deve necessariamente essere presente nella *performance* delittuosa, in quanto ciò che nell'art. 346-bis c.p. viene sanzionato è, appunto, il mercimonio di una posizione (quella dell'intermediario) di vicinanza a determinati soggetti.

A nulla rileva, si sottolinea, che al di là del patto di intermediazione non vi sia null'altro, in quanto se l'interposto si prodigasse successivamente con il pubblico agente egli consumerebbe, assieme a quest'ultimo, un autonomo reato di corruzione.

E' agevole comprendere, allora, che il reato di traffico di influenze illecite è a concorso necessario, in quanto abbisogna delle condotte di due soggetti che sono sanzionate, tralaltro, con la medesima pena<sup>97</sup>. Quanto all'elemento soggettivo, invece, il delitto di cui si parla è di tipo doloso ed il dolo è generico, quindi per la sua configurabilità occorre che il soggetto conosca come certamente probabili gli elementi del fatto ed agisca in relazioni ad essi per la consumazione del reato. In altre parole è necessario che il soggetto attivo del reato sia consapevole dell'illiceità dell'interferenza che gli viene remunerata e che con essa va a tangere il normale andamento dell'attività amministrativa.

---

*proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi indebito vantaggio a titolo di remunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere stato in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate negli artt. 2, 4, 6-9, 11";*

<sup>95</sup>Del fatto che la norma parli esclusivamente di "denaro o altro vantaggio patrimoniale" si è interrogata parte della dottrina lamentando il fatto che, in tal modo, rimangono fuori dallo scudo normativo gravi fatti di intermediazione illecita retribuiti con utilità di altro genere;

<sup>96</sup>PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it), 20 dicembre 2012;

<sup>97</sup>La pena è aumentata se uno dei protagonisti è p.u. o incaricato di pubblico servizio e se l'accordo di intermediazione riguarda l'esercizio di attività giudiziarie;

Il traffico di influenze illecite è stato posizionato, nella topografia codicistica, immediatamente dopo il reato di millantato credito, di cui ne costituisce una sorta di ausiliario laddove il primo non arrivi. E ciò è stato il frutto di una scelta precisa del legislatore il quale ha agito proprio in funzione di “arginatore” di quelle prassi giurisprudenziali che forzavano, sfruttando anche la poca nitidezza delle definizioni teoriche e relative applicazioni pratiche della condotta del millantatore, i limiti normativi dell'art. 346 c.p. Invero, il reato ex art. 346 c.p., punendo colui che millanta (ovvero vanta, si fregia) un credito presso un pubblico agente, si presta (e si prestava) a numerosi interrogativi relativi al come si materializzi una condotta simile. Ciò ha comportato che, prima della riforma del 2012, la condotta del millantatore se da un lato, certamente veniva ricondotta in capo a chi, vantando ciò (qualità o relazioni) che in realtà non possedeva imbrogliava un terzo, inducendolo ad una dazione; dall'altro, parte della giurisprudenza<sup>98</sup>, “appioppava” detta condotta anche a chi si vantasse di relazioni con pubblici agenti poi rivelatesi reali ed esistenti, con ciò svuotando il reato ex art. 346 c.p. della componente fraudolenta che lo caratterizzava.

Ora, a seguito dell'introduzione della nuova fattispecie delittuosa, possiamo dire che la condotta di millantato credito arriva a comprendere tutte quelle situazioni in cui le relazioni vantate dal mediatore (sia esso un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio o un soggetto che non rivesta alcuna qualifica) siano mendaci. Infatti proprio in ciò è la linea di discriminazione tra la figura delittuosa ex art. 346 c.p. e il traffico di influenze illecite in quanto nel nuovo reato la relazione deve essere realmente esistente<sup>99</sup>. Inoltre, il reato previsto all' art. 346-bis c.p., collocandosi temporalmente prima del patto corruttivo, e tentando quindi di intervenire alla base del fenomeno di malaffare, tutela gli stessi beni giuridici. Per contro, invece, la tutela del reato di millantato credito concerne il prestigio della p.a. e gli interessi del privato vittima dell'imbroglione.

Questi i rapporti tra la nuova figura delittuosa e il millantato credito, passiamo ora ad analizzare quelli tra questo reato e quelli corruttivi.

La fattispecie di cui si discute mira, come già detto, a colpire situazioni prodromiche agli accordi di malaffare foriere, tuttavia, di quegli elementi che costituiscono l'*humus* delle più gravi condotte corruttive. Ed in effetti la norma fa espressamente salvi “*i casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319-ter c.p.*” con ciò quasi a sottolineare appunto che la condotta della nuova fattispecie si colloca al di fuori della condotta conclusiva del *pactum sceleris*.

---

<sup>98</sup>In tal senso, Cassazione, n. 9044/1975 in CED, Riv. n. 130863; Cassazione, n. 6511/1983 in CED, Riv. n. 159912, Cassazione, n. 880/1966, in Riv. n. 102294;

<sup>99</sup>Così, DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo* - Riv. Trim., n. 1/2012, pagg. 239 e seg; MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PRETE, *Prime riflessioni*, cit.;

Quindi laddove questa abbia luogo, in quanto il pubblico ufficiale accetta la promessa o la dazione patrimoniale indebita da parte dell'intermediario, dovrà ritenersi consumato un autonomo reato corruttivo che vede il concorso dei tre soggetti (appunto privato, intermediario e pubblico agente)<sup>100</sup> e di cui, la precedente intermediazione, ne costituisce antefatto non punibile<sup>101</sup>. Tuttavia, altra parte della dottrina, sottolinea che la norma *de qua* si biforca in due condotte: appunto quella dell'intermediario che si fa dare o promettere (a sé o ad altri) denaro a altri vantaggi patrimoniali come remunerazione per la mediazione svolta, e quella dell'intermediario che fa dare o promettere (sempre a sé o ad altri) denaro o altri vantaggi patrimoniali per remunerare il pubblico agente. Da ciò fa discendere l'esistenza di due tipi di mediazione: l'una c.d. «onerosa» (quando, appunto, l'intermediario trattiene il denaro per sé), e l'altra «gratuita» quando il faccendiere funge da traghettatore del denaro al pubblico agente. Qui appare logico che i rapporti con i reati corruttivi, stante questa ricostruzione, si conformano in maniera diversa in quanto nel caso della mediazione «gratuita» sussisterà la possibilità di concorso con i reati di cui agli artt. 319 c.p. e 319-ter c.p.; invece, nel caso della mediazione «onerosa» il compimento del successivo atto da parte del pubblico agente, in seguito alle pressioni esercitate dall'interposto, integrerà un reato a se stante<sup>102</sup>. Invece, per i sostenitori della prima ricostruzione, il pubblico ufficiale non può mai prendere per sé il denaro o il vantaggio patrimoniale nella *performance* delittuosa ex art. 346-bis c.p. (altrimenti si configurerà il reato di corruzione) e l'incoerenza con la seconda sottofattispecie di mediazione illecita si recupera ipotizzando che l'intermediario non abbia mai corrisposto il denaro al pubblico agente. Dunque la mediazione non può mai essere gratuita e se è tale si configura il reato più grave di corruzione e quindi l'applicabilità degli artt. 319 e 319-ter c.p., se è onerosa, invece, il privato e l'intermediario risponderanno di traffico di influenze illecite, il pubblico agente del reato che va a consumare col successivo compimento dell'atto (abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio ecc..) e il privato risponderà altresì di corruzione, magari in rapporto di continuazione con il traffico di influenze illecite.

Ma a prescindere dalla conformazione delle relazioni tra corruzione e traffico di influenze illecite, il cui presentarsi nella pratica quotidiana fornirà occasione alla giurisprudenza di approfondire anche i relativi rapporti, quello che occorre qui rimarcare è che fulcro della fattispecie in esame è l'elemento di illiceità speciale indiziato dall'avverbio «indebitamente». In effetti, è evidente che il carattere illecito della mediazione realizzata dal faccendiere trova la sua ragion d'essere in un altro terreno che non è quello penale, bensì quello amministrativo.

---

<sup>100</sup> In tal senso, GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, cit.;

<sup>101</sup> In tal senso, PRETE, *Prime riflessioni*, cit.;

<sup>102</sup> MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit.;

L'indebito pagamento destinato a remunerare una mediazione, che altro non può essere se non illecita, trova la sua spiegazione nel fatto che l'intervento del pubblico agente a cui il traffico mira, abbia come scopo di intaccare quello che dovrebbe essere il normale e corretto andamento dell'attività amministrativa. Ma per indagare quando una mediazione possa dirsi illecita e quindi indebitamente remunerata occorre individuare le norme extrapenalistiche che di volta in volta disciplinano il settore di intervento del pubblico agente.

Ora, anche qui, i commentatori della riforma si dividono tra chi, riferendo il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio (di cui parla la norma nel secondo passaggio del primo comma) tanto al primo tipo di condotta quanto al secondo<sup>103</sup>, àncora a tale atto il disvalore (e quindi l'elemento di tipicità della condotta *de qua*) che rende illecita la mediazione<sup>104</sup>; e chi, relazionando il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio unicamente al secondo tipo di condotta appunto fa perno unicamente sul carattere illecito (come indiziato dalle norme di settore) della mediazione sulla quale l'interposto intende lucrare indebitamente<sup>105</sup>.

Noi riteniamo che, in attesa di maggiori sviluppi giurisprudenziali, la questione possa essere risolta facendo attenzione al dato letterale della norma. Invero, basta guardare al fatto che il legislatore abbia collegato solo alla condotta remunerativa il compimento di uno specifico atto e che invece abbia lasciato indeterminato il compimento di un qualcosa per la condotta di pura mediazione. Quel che certo, però, è che nell'uno e nell'altro caso ciò che viene ad essere intriso di disvalore è che la mediazione del soggetto interposto è illecita in quanto mira a far compiere al pubblico agente un qualcosa che, per leggi di settore, non è possibile. Quindi l'atto amministrativo e la sua illegittimità di certo rilevano ai fini della connaturazione di una mediazione come illecita, ma non sono gli unici elementi. Infatti, se nel secondo tipo di condotta bisogna necessariamente riferirci alle leggi dell'ambito amministrativo da cui l'atto compiuto (omesso o ritardato) sorge, nella prima sottofattispecie occorre anche prescindere da esso perché magari, oggetto della mediazione illecita e quindi della successiva pressione sul pubblico agente, non sarà un atto.

---

<sup>103</sup>In particolare MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., sostiene: «l'atto contrario ai doveri d'ufficio ha un ruolo centrale nella struttura del fatto incriminato, in quanto elemento che di per sé esprime il disvalore del patto illecito, sia nei casi di "mediazione a titolo oneroso" – quando il mediatore trattiene per sé il corrispettivo – sia in quelli di "mediazione a titolo gratuito" – quando il compenso è versato per remunerare il p.a.»;

<sup>104</sup>In tal senso, VIGANO', *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Trieste, 2013; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, cit.

<sup>105</sup> In tal senso, invece, PRETE, *Prime riflessioni*, cit.;

Giunti alla fine di questo percorso, non resta che aggiungere in merito ai profili di diritto intertemporale relativi al neo reato. E' indubbio che trattandosi di nuova incriminazione troverà applicazione il principio successorio di cui all'art. 2 comma 1° c.p.<sup>106</sup> [OMISSIS...]

---

<sup>106</sup>Più nello specifico GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, cit., sostiene anche che «Una continuità normativa – con gli effetti di cui all'art. 2, co. 4, c.p., e conseguente applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui al nuovo art. 346-bis c.p. – può viceversa ravvisarsi rispetto alle condotte dell'intermediario che riceve la dazione o la promessa di denaro o altra utilità, in presenza di tutti i requisiti posti dalla nuova norma, nella misura in cui si ritenga che tali condotte fossero già abbracciate dalla fattispecie di millantato credito; tanto sull'assunto, sostenuto da una parte almeno della dottrina e della giurisprudenza pre-riforma, secondo cui l'art. 346 c.p. era già riferibile anche alle ipotesi in cui l'agente si facesse dare o promettere denaro o altra utilità non già prospettando falsamente di avere relazioni con pubblici funzionari, bensì vantando (e dunque avvalendosi) di proprie relazioni reali con pubblici funzionari, amplificandole artificiosamente»;

