

Vincenzo Lopilato

Manuale di diritto amministrativo

Volume II

Obbligazioni, contratti e responsabilità

Parte speciale

Giustizia amministrativa

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

38. Responsabilità dirigenziale: rinvio

Un'ulteriore forma particolare di responsabilità "interna", aggiuntiva a quelle esaminate, è quella dei dirigenti che è strettamente connessa all'attività e al ruolo svolto dai dirigenti stessi [cap. 8, par. 25].

39. Responsabilità disciplinare: rinvio

Infine, tutti i dipendenti pubblici possono incorrere in responsabilità disciplinare, che è stata esaminata nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico [cap. 8, par. 14].

40. Responsabilità penale del funzionario

Il diritto penale viene in rilievo nel settore in esame al solo fine di valutare quali siano le particolari tipologie di reati che possono commettere i dipendenti pubblici.

Nell'analisi del soggetto attivo del reato, che è colui che pone in essere un fatto penalmente illecito, occorre distinguere: *i*) i reati comuni, che possono essere commessi da chiunque; *ii*) i reati propri, che possono essere commessi soltanto da soggetti con particolari qualifiche soggettive³⁷⁵.

In questa sede, interessa la qualifica soggettiva pubblicistica di "pubblico ufficiale".

L'art. 357 cod. pen. fornisce la seguente definizione di «*pubblico ufficiale*»: *i*) «agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa» (comma 1); *ii*) «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» (comma 2).

L'art. 358 cod. pen. fornisce la seguente nozione di «*persona incaricata di un pubblico servizio*»: *i*) «agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio» (comma 1); *ii*) «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

³⁷⁵ F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2017, 108, che, nell'ambito dei reati propri, distingue: *i*) i reati propri non esclusivi, costituiti da fatti che, senza la qualifica soggettiva, pur sempre costituirebbero illecito extrapenale o resterebbero, comunque, offensivi di altrui interessi (ad esempio, fatti pregiudizievoli ai creditori, che diventano reato di bancarotta se posti in essere da un imprenditore); *ii*) i reati propri semiesclusivi, costituiti da fatti che, senza la qualifica soggettiva, costituirebbero un diverso reato, più grave o meno grave (ad esempio, appropriazione indebita anziché peculato); *iii*) i reati propri esclusivi, costituiti da fatti che, senza la qualifica, sarebbero inoffensivi di qualsiasi bene e, perciò, giuridicamente leciti (ad esempio, il reato di incesto).

esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale» (comma 2).

La normativa penale sopra riportata ha un ambito applicativo molto ampio, che deve essere analizzato in rapporto con le nozioni e gli istituti di diritto amministrativo.

Deve, innanzitutto, chiarirsi che, agli effetti della legge penale, i concetti in esame si riferiscono a tutti i poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario), e non solo alla pubblica amministrazione.

Nell'espressione "reati contro la pubblica amministrazione" sono, pertanto, ricompresi i reati che ledono le funzioni legislative, amministrative e giudiziali³⁷⁶.

Occorre analizzare le funzioni amministrative.

L'art. 357 cod. pen. indica un parametro esterno e uno interno di delimitazione.

Il parametro esterno è rappresentato dall'esistenza di una norma di diritto pubblico e di atti autoritativi. Quest'ultimo riferimento non è, invero, necessario in quanto, comunque, il principio di legalità impone che vi sia una norma di legge che conferisca la funzione. Il parametro interno attiene alle modalità di esercizio delle funzioni.

Il legislatore, come rilevato dalla giurisprudenza³⁷⁷, ha seguito una impostazione oggettivo-funzionale e non soggettiva. Non è, pertanto, necessario che l'agente sia dipendente di una pubblica amministrazione, anche se normalmente lo è.

L'elemento variabile attiene, infatti, all'inquadramento dell'agente in una organizzazione. Per fini di schematizzazione si possono distinguere le seguenti fattispecie di agente che può avere un rapporto: *i)* con una pubblica amministrazione, intesa in senso tradizionale; *ii)* con una società a partecipazione pubblica risultata dal processo di privatizzazione; *iii)* con una società privata; *iv)* con nessuna persona giuridica, potendo essere anche una persona fisica (ad esempio, un notaio) che esercita funzioni amministrative.

L'elemento costante e determinante è che tali soggetti svolgano attività che abbiano i connotati oggettivi delle funzioni amministrative. Se tali funzioni vengono esercitate da un soggetto privato si è nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni [cap. 7, par. 2]. Rispetto alle nozioni pubblicistiche, la giurisprudenza penale segue quindi un orientamento più estensivo in quanto fa rientrare nel perimetro applicativo della norma anche i casi in cui esiste un privato ma non un vero procedimento, come accade nella ipotesi del notaio che svolge funzioni amministrative³⁷⁸.

A questo scopo, il legislatore penale valorizza il momento deliberativo, autoritativo e certificativo.

Anche in questo ambito la giurisprudenza segue un orientamento più estensivo. Ad esempio, con riguardo al momento deliberativo, vi fa rientrare qualsiasi apporto contributivo, anche da parte di agenti che non sono quelli legittimati a manife-

³⁷⁶M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 6-17.

³⁷⁷Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2017, n. 15482.

³⁷⁸M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 31.

stare all'esterno la volontà della pubblica amministrazione. Allo stesso modo, la giurisprudenza ha fornito una nozione allargata di potere certificativo, che comprende qualsiasi attestazione, pure interna all'ufficio, posta in essere da un pubblico agente³⁷⁹.

Per quanto attiene alla nozione di servizio, in questo caso la concezione oggettivo-funzionale e, dunque, la non necessità che l'attività venga ricondotta ad una pubblica amministrazione è coerente con la concezione oggettiva di servizio pubblico, che valorizza le caratteristiche oggettive dell'attività. Nel periodo in cui era la pubblica amministrazione a svolgere quella determinata attività in regime di monopolio vi era una indistinzione tra attività di impresa e attività di servizio pubblico [l'analisi di questo concetto è stato svolto nel cap. 13]³⁸⁰.

Parte Quinta

Responsabilità amministrativa da reato

41. Responsabilità amministrativa da reato degli enti: inquadramento generale

Per lungo tempo ha costituito affermazione pacifica quella per cui la persona giuridica, per sua natura, non potesse commettere reati: *“societas delinquere non potest”*.

Nella maggior parte dei Paesi europei si è, però, posta l'esigenza di fronteggiare il fenomeno diffuso della cd. criminalità economica di impresa mediante la previsione di forme di punibilità anche degli enti.

Nel nostro ordinamento, il fenomeno in esame è stato disciplinato con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300).

Si tratta di un istituto che si pone al confine tra il diritto amministrativo e il diritto penale. L'interesse per il diritto amministrativo deriva sia per la possibile estensione del campo di applicazione di tale normativa alle società a partecipazione pub-

³⁷⁹M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 35.

³⁸⁰Nel settore bancario, gli operatori, normalmente, non rivestono la qualifica soggettiva pubblica (Cass. pen., sez. un., 23 maggio 1987, n. 8342); Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2016, n. 10875 ha ritenuto, con riferimento alle cd. funzioni bancoposta, che: *«in tema di qualificazione soggettiva degli addetti ai servizi postali con funzioni di tipo bancario (cd. bancoposta), riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio il dipendente di Poste italiane che si occupi della raccolta e dell'impiego del risparmio postale, atteso che tale specifica attività è per legge volta al perseguimento di primari interessi pubblici e va distinta dall'ordinaria raccolta di risparmio tra il pubblico, con la conseguenza che l'appropriazione di somme dei risparmiatori integra in detta ipotesi il reato di peculato e non quello di appropriazione indebita»*.