

Tipicità e soggetto attivo: reati comuni e reati propri

Nozione di **fatto tipico**: il fatto è **tipico**, e dunque **penalmente rilevante**, quando presente tutti gli elementi oggettivi e soggettivi richiesti dalla norma incriminatrice

L'elemento principale è rappresentato dalla **condotta**. Ad essa si può legare un **evento**, in base ad un **nesso di causalità**. Gli altri elementi sono rappresentati dall'**autore** (o **soggetto attivo**), dall'**oggetto materiale** e dal **soggetto passivo**

A seconda della rilevanza o meno delle qualifiche soggettive ai fini della tipicità del fatto si distingue tra:

► **reato comune**: chiunque può realizzare il fatto tipico, a prescindere dalle caratteristiche personali o dalla qualifica

► **reato proprio**: è necessaria una particolare qualifica sogg.



Esclusivo (o di **mano propria**): se manca la qualifica soggettiva, il fatto è penalmente irrilevante (es. abuso di ufficio)

Non esclusivo: se manca la qualifica soggettiva, la condotta è comunque penalmente rilevante, ma come reato comune (es. peculato; concussione)

Se non rileva ai fini della tipicità, la qualifica soggettiva potrebbe comunque rilevare come **circostanza** (art. 61, n. 9 c.p.).

Le qualifiche rilevanti nei delitti contro la P.a.: Pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, esercente un servizio di pubblica necessità

Il legislatore si affida a **Clausole generali**: versatili, ma allo stesso tempo rischiose rispetto alla determinatezza della norma incriminatrice

Con specifico riferimento alle **qualifiche pubblicistiche**, il problema risulta aggravato dall'eterogeneità della legislazione amministrativa e dalle peculiarità dei modelli di condotta previsti dalle singole norme incriminatrici. Il raffronto tra clausola generale e singola ipotesi di reato è sempre necessario (non esiste dunque una soluzione valida sempre e comunque in astratto), ma il rischio è quello di una **eccessiva discrezionalità** o di una **elencazione casistica**

► P.u. → art. 357 c.p.

► I.p.s. → art. 358*

► E.s.p.n. → art. 359

* In alcune circostanze è richiesto che l'i.p.s. sia anche **pubblico impiegato** (a riprova dell'adozione, da parte del codice del criterio oggettivo-funzionale)

Criterio soggettivo-formale ed oggettivo-funzionale

► Criterio **soggettivo-formale***: secondo tale concezione «determinante per la qualifica pubblicistica», erano «la pubblicità dell'ente e la natura della funzione genericamente attribuita al soggetto in forza del rapporto di impiego». Di talché «se ne deduceva [...] in maniera pressoché automatica, che il possesso di una determinata qualifica impiegatizia comportasse la qualità di pubblico ufficiale (o di incaricato di pubblico servizio) (Fiandaca-Musco)

*L'art. 207 del codice Zanardelli stabiliva, ad esempio, che «*per gli effetti della legge penale sono considerati pubblici ufficiali:*

1) coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle provincie o dei comuni, o di un istituto sottoposto per la legge alla tutela dello Stato, di una provincia, di un comune;

2) i notai;

3) gli agenti della forza pubblica e gli uscieri addetti all'Ordine giudiziario

Ai pubblici ufficiali sono equiparati, per gli stessi effetti, i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni, durante il tempo in cui sono richiamati ad esercitare le loro funzioni».

Altre leggi speciali riconoscevano la qualifica di pubblico ufficiale ad intere categorie di soggetti, come, ad esempio, gli addetti alle ferrovie (in base alla legge 22 aprile 1905, n. 137, e poi successivamente la legge 7 luglio 1907, n. 429 ed il T.U. 9 maggio 1912, n. 1447) o ai servizi telegrafici, telefonici, radiotelegrafici (l. 20 dicembre 1923, n. 2863

► Criterio **oggettivo funzionale**: lo statuto identificativo delle qualifiche soggettive si ricollega al *tipo di attività* svolta dagli agenti pubblici e non al requisito formale del tipo di *rapporto* con la P.A., di per sé solo meramente orientativo

L'originaria formulazione degli artt. 357 e 358 c.p.

- **Art. 357 c.p.** → *“agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria; ogni altra persona che esercita, permanentemente temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria”.*
- **Art. 358 c.p.** → *“agli effetti della legge penale, sono i.p.s.: 1) gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; 2) ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio”.*

Le definizioni sono evidentemente **tautologiche**. Inoltre Si ‘ibridano’ la concezione formale e quella funzionale, dando vita ad un vero e proprio **“caos interpretativo”** (Fiandaca-Musco)

Un’ulteriore fattore di incertezza è rappresentato **dall’evoluzione** dell’organizzazione dello Stato e delle sue attività: **pubblicizzazione (interventismo) vs. privatizzazione (deregulation)**. → casi problematici: operatori bancari; attività degli enti pubblici economici; attività delle società a partecipazione pubblica. La tendenza della giurisprudenza è **espansiva** (ci si preoccupa di riaffermare **valori ‘etici’**)

La riforma del '90 e le definizioni attualmente vigenti:

- **Art. 357:** *«Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.
Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi»*
- **Art. 358:** *«Agli effetti della legge penale, sono incaricati di pubblico servizio 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 di ordine e della prestazione di opera meramente materiale»*
- **Art. 359** *«Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:
1. i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;
2. i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione»*

Consacrazione della teoria funzionale-oggettiva: ma il formale rapporto di impiego **non smette di avere rilevanza**

La pubblica funzione ed il pubblico servizio:

- **Pubblica funzione legislativa:** poco problematica, ma va rapportata al problema della responsabilità per i voti e le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni (art. 68, co, 1 Cost) → parlamentari, consiglieri regionali e delle province autonome, i membri del governo (quando esercitano una funzione legislativa); membri della Commissione e del parlamento europeo; anche i **presidenti dei gruppi consiliari** (poiché collaborano all'organizzazione dei lavori del Consiglio regionale e partecipano alla formazione delle commissioni consiliari); non rientrano gli impiegati delle camere che dirigono uffici o esplicano attività di segretari o mansioni analoghe
- **Pubblica funzione giudiziaria:** nel testo varato nel '90 si faceva riferimento all'attività giurisdizionale (che formalmente avrebbe dovuto escludere i pubblici ministeri); anche se la prassi non ha mai negato la loro natura di pubblici ufficiali, nel 92 si è deciso di correggere l'imperfezione linguistica; in essa vanno ricomprese anche le attività amministrative legate allo *iusdicere* (*cancellieri, segretari, ecc*)
- **Pubblica funzione amministrativa:** limiti esterni (rispetto ad attività non pubbliche) ed interni (rispetto al pubblico servizio)
- **Pubblico servizio:** limite superiore (rispetto alla pubblica funzione) e limite inferiore (rispetto alle mere mansioni d'ordine)

Il confine tra pubblica funzione e pubblico servizio è divenuto, col tempo, meno impegnativo: di fatto il legislatore ha ormai affiancato le due figure soggettive in tutte le principali ipotesi criminose (diventa quindi un problema non più di tipicità del fatto, ma, al limite, di gravità dello stesso).

La pubblica funzione

I limiti esterni → valgono sia per la funzione pubblica che per il pubblico servizio. Essi individuano un criterio formale (di disciplina) e non di contenuto, per cui sono pubbliche le attività disciplinate da **norme di diritto pubblico** o da **atti autoritativi**

- gli atti autoritativi → valgono sia come limite esterno che come limite interno, ma non per questo vanno confusi. In un primo caso rappresentano un criterio di disciplina (problema di fonti, riferibile sia alla funzione che al servizio), nel secondo un criterio contenutistico (modi di estrinsecazione esclusivi della pubblica funzione) - si pensi alle attività svolte in regime di concessione, ove l'atto che trasferisce le pubbliche potestà stabilisce anche un potere di controllo sull'attività conferita al privato)

Cosa vuol dire atti autoritativi? Bisogna attenersi alle definizioni emanate nell'ambito delle discipline giuspubblicistiche:

- **Atti di imperio:** atti attraverso i quali il pubblico potere è in una posizione di preminenza, ed è in grado di costituire, modificare o estinguere l'altrui situazione giuridica soggettiva a prescindere dal destinatario dell'atto (contrapposti agli atti paritetici)
- **Atti caratterizzati da una certa autoritarità:** atti caratterizzati da una certa intensità in virtù di particolari disposizioni di legge (come ad esempio, le *certificazioni*)

L'ordinamento penale, in questo caso, non deve andare alla ricerca di un'autonoma definizione di atto autoritativo

La pubblica funzione

I limiti esterni (segue)

► **Le norme di diritto pubblico** → uno dei temi più complessi della teoria generale del diritto, ovvero la distinzione tra norme di diritto privato e norme di diritto pubblico. Esistono due principali filoni entro i quali possono essere raggruppate le possibili impostazioni teoriche:

1) Quelle a base **sostanziale-contenutistica** → cercano di individuare la differenza attraverso criteri *di essenza*, che attengono ai contenuti ed alle finalità dell'attività svolta: è pubblica la norma destinata a disciplinare interessi di natura pubblica. Se l'interesse è pubblico, tale sarà anche l'attività posta in essere per realizzarlo

2) Quelle a base **oggettivo-formale** → cercano di individuare la differenza attraverso criteri di disciplina, ovvero sui modi di produzione o sulla diversa posizione che insiste tra chi pone la norma ed il suo destinatario

Le prime sono rischiose, poiché svincolate da precisi parametri, lasciando in definitiva all'interprete l'ultima parola su quale possa essere ritenuto un pubblico interesse (sempre presente, in verità, quando si parla di attività della p.a.)

Tra le seconde si annoverano:

2a) quelle che distinguono le norme a soggetto vincolato da quelle a soggetto libero (le prime attribuiscono solo a determinati soggetti il potere di compiere determinati atti)

2b) quelle che si riferiscono ai meccanismi sanzionatori: pubbliche se di ufficio, private se su istanza di parte

2c) quelle che fanno riferimento al meccanismo *autocratico* o meno con cui esse si impongono alla collettività: quelle pubbliche non sono derogabili dai loro destinatari, quelle private lasciano ampia autonomia normativa, poiché i soggetti (anche pubblici) sono posti in posizione paritaria.

La pubblica funzione/il pubblico servizio

I limiti interni

Tre parametri, da intendersi in maniera alternativa e non cumulativa:

1) Formazione e manifestazione della volontà.

Due ordini di problemi:

1a) – gli atti endo-procedimentali e le attività strumentali e preparatorie

1b) – la manifestazione della volontà non può riguardare la semplice ‘trasmissione’ verso l’esterno di una volontà la cui formazione è imputabile ad altri soggetti ed alla quale in nessuna maniera si è contribuito

2) Poteri autoritativi: attività che permettono alla p.a. di realizzare i suoi fini mediante *comandi*, in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dei terzi. Essi ricomprendono i poteri di coazione (arresto, perquisizione, ecc), di accertamento delle violazioni di legge, di supremazia gerarchica all’interno dei pubblici uffici

3) Poteri certificativi: poteri in grado di rappresentare come *certa* una determinata situazione sottoposta alla cognizione del pubblico agente

Nel pubblico servizio, tali parametri non devono essere presenti (limite superiore), ma non si deve trattare di mere mansioni d’ordine (limite inferiore)

Casistica

I pubblici ufficiali nella prassi:

Dipendenti dello Stato e degli enti territoriali (Regioni, provincie, comuni, Consorzi e Comunità montane)

In generale, l'attività contrattuale e negoziale, anche se svolta con tipici schemi privatistici, è sempre soggetta a disciplina pubblicistica, poiché si tratta comunque di una tipica forma di formazione e manifestazione della volontà dell'ente; sono p.u.: il consigliere comunale, la segretaria particolare del Sindaco o quella del direttore di una delle direzioni del segretariato generale di un Comune (gli ultimi due, casi dubbi, in base alla giurisprudenza parteciperebbero – mediante attività istruttoria e preparatoria, alla formazione della volontà); il geometra incaricato dal sindaco di apporre i sigilli ad un cantiere edile; i membri della commissione edilizia; il messo comunale addetto alle notifiche; il dipendente comunale addetto alle pratiche riguardanti l'occupazione di suolo pubblico; insegnanti di scuole statali; il dirigente scolastico; insegnanti di scuole parificate; i docenti universitari;*

Altri enti pubblici

Il funzionario della camera di commercio incaricato della compilazione del registro dei protesti; le persone addette all'organizzazione, direzione, insegnamento e vigilanza nei corsi di addestramento o qualificazione professionale di cui alla l. 264/1949; in genere tutti i segretari amministrativi, i direttori ed i funzionari di enti pubblici; anche nelle aziende municipalizzate trasformate in spa con capitale totalmente o prevalentemente pubblico, la tendenza è quella di riconoscere la qualifica pubblicistica ai soggetti in posizione di vertice

*per altri soggetti pubblici, l'attività negoziale – in particolare la scelta del contraente, va valutata come pubblica o privata a seconda dell'assoggettamento o meno al d.lg. 2006/163 (codice dei contratti pubblici, aggiornato alla l. 12 luglio 2011, n. 106), ovvero alla disciplina della legge di contabilità dello stato e del suo regolamento esecutivo; non dovrebbero rientrare nel novero delle attività assoggettate a disciplina pubblicistiche, quelle previste dall'art. 11 della l. 241/90 e gli approvvigionamenti effettuati tramite l'ufficio economato.