

*Aggiornamenti giurisprudenziali in materia di reati collegati
all'amministrazione della Res publica.*

Avv. Caterina Di Marzio

1. Corte Costituzionale sent. n. 8/2022 – depositata il 18.1.2022, pubblicata in G.U. il 19.1.2022: art. 323, abuso d'ufficio. 2. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 8 luglio 2021, n. 40518. Traffico di influenze illecite. 3. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 14 ottobre 2021, n. 1182. Traffico di influenze illecite e misure cautelari per acquisto mascherine sotto l'egida del d.l. n. 18 del 2020, conv. in legge n. 27 del 2020. 4. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 17 novembre 2020, n. 6605. Turbativa d'asta e divulgazione di segreti d'ufficio. 5. Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza 20 settembre 2019, n. 3223. Turbativa d'asta nell'attribuzione dei punteggi e falso ideologico nel verbale di gara.

1. Corte Costituzionale sent. n. 8/2022 – depositata il 18.1.2022, pubblicata in G.U. il 19.1.2022: art. 323, abuso d'ufficio.

La Corte viene chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale postale in merito all'art. 323 cod. pen., reato di abuso d'ufficio, come novellato dal decreto semplificazioni, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge n. 120 del 2020.

In ragione delle questioni rimesse alla sua attenzione, il Giudice delle leggi ritiene non fondata la q.l.c. del vigente art. 323 cod. pen. attese le seguenti osservazioni.

1. Il d.l. n. 76 del 2020, seppur contenente un agglomerato di norme di diversa natura, ha come unico fine la ripresa economica del Paese attraverso lo sblocco del freno posto alle attività produttive e determinato (anche) dalla c.d. "burocrazia difensiva" od "amministrazione difensiva", quale conseguenza della "paura della firma" indotta dal timore – dei pubblici funzionari – di una imputazione per abuso d'ufficio.

2. La recente modifica del contenuto normativo si è resa necessaria per evitare interpretazioni estensive del reato anche nel campo di competenza della discrezionalità amministrativa, ingerenza che, nel passato, anche recente, è andata a scapito dell'efficienza ed imparzialità della pubblica amministrazione.

3. La richiesta di sindacato dell'attuale art. 323 cod. pen. (sindacato *in malam partem*) mira a ripristinare una norma abrogata: operazione preclusa alla Corte.

Conseguentemente, il vigente art. 323 cod. pen. é legittimo nella sua formulazione e nel prescrivere il realizzarsi della fattispecie penale (abuso d'ufficio) qualora si ravvisi la violazione di una regola di condotta specificamente ed espressamente prevista da una legge od un atto avente forza di legge (ma non da un regolamento) sempre che la regola violata non lasci spazi di discrezionalità.

2. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 8 luglio 2021, n. 40518. Traffico di influenze illecite.

La Corte di Cassazione analizza il contenuto dell'art. 346 bis c.p. riguardante il reato di traffico di influenze illecite stabilendo che la norma individua "il nucleo dell'antigiuridicità della condotta penalmente sanzionata non nel mero sfruttamento (vero o vantato) di relazioni con il pubblico agente", "bensì in tutte quelle forme di intermediazione che abbiano come finalità "l'influenza illecita" sulla attività della pubblica amministrazione". Tuttavia, poiché il legislatore non individua quale tipologia di influenza illecita determini una mediazione illecita, così come non stabilisce quali siano i presupposti per una mediazione legittima con la pubblica amministrazione (c.d. lobbying), a colmare il vuoto normativo, al fine di evitare che le più svariate forme di relazione oscure od opache siano attratte nella sfera penale, interviene la giurisprudenza.

Così, guardando allo scopo, è considerata illecita quella mediazione "finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente", ed il reato si configura anche qualora i vantaggi non siano giunti a destinazione.

3. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 14 ottobre 2021, n. 1182. Traffico di influenze illecite e misure cautelari per acquisto mascherine sotto l'egida del d.l. n. 18 del 2020, conv. in legge n. 27 del 2020.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 10 marzo 2021 escludeva ogni coinvolgimento illecito da parte del committente in merito all'approvvigionamento di mascherine, sebbene, tra mediatore e committente, ci fossero stati ben 1.282 contatti telefonici. Ciò in quanto, ai sensi del d.l. n. 18 del 2020, conv. in legge n. 27 del 2020, per l'acquisto di materiale medico e l'approvvigionamento di farmaci e dispositivi di protezione, si è esenti dal rispetto della normativa in materia di appalti pubblici (nella fattispecie) di forniture, considerato il periodo di emergenza nazionale.

Nel contempo, tuttavia, confermava il decreto nei confronti del mediatore, con cui veniva disposto il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca dei saldi attivi, esistenti sui rapporti finanziari e/o bancari fino a concorrenza dell'importo di € 212.000, quale prezzo del reato di concorso in traffico di influenze illecite.

La questione portata all'evidenza della Corte attiene all'esistenza del reato nel momento in cui la misura cautelare è disposta e, quindi, all'accertamento ed alla presenza del *fumus*, a prescindere da eventuali sviluppi investigativi.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha affermato la "necessità di individuare il presupposto del sequestro preventivo nella concretezza degli indizi di reato", quindi, ritiene la Corte, un reato deve essere configurabile e non apparire meramente formale ed astratto.

Spetta al Giudice un controllo di garanzia tenendo nel debito conto le tesi difensive anche attraverso il bilanciamento tra gli interessi in conflitto (come previsto dalla Corte Costituzionale, sentt. n. 85 del 2013 e n. 20 del 2017). Al Giudice "spetta il dovere di accertare la sussistenza del c.d. "fumus commissi delicti", che, pur ricondotto nel campo

dell'astrattezza, va sempre riferito ad un'ipotesi, ascrivibile alla "realtà effettuale" e non a quella "virtuale".

Allo stato dell'arte, si tratta di a) verificare e valutare le condotte dell'intermediario, b) considerare l'effettiva capacità di influenza del mediatore sul pubblico ufficiale, c) valutare l'effettivo potere di incidenza sull'altrui volontà tramite il rapporto esistente tra i soggetti, d) verificare la reale esistenza del rapporto nel momento in cui l'influenza viene venduta, e) accertare la possibilità che l'influenza possa concretizzare la compravendita, f) verificare che - effettivamente - esista un rapporto di influenze o che, in realtà, siano sfruttate relazioni seppur esistenti ma di grado inferiore.

Nel caso in esame si è in presenza di una mediazione onerosa, che può dirsi illecita nel caso in cui l'accordo tra mediatore e committente sia originato dalla possibilità di sfruttare una relazione con il pubblico agente, che può essere reale od indotta dalla ostentazione di relazioni, in tutto od in parte, non effettive, diretta ad influenzare l'operato del pubblico agente "bersaglio", al di là del raggiungimento del risultato.

All'uopo la Corte ha evidenziato che:

il contratto in sé e per sé non può essere oggetto di incriminazione, ancorché non risulti costituito secondo il contenuto tipico di cui all'art. 1754 c.c. La mediazione illecita di cui all'art. 346 bis c.p. fa riferimento ad un "sistema" di relazioni informali fondate su "opacità diffuse" e "scarsa trasparenza";

il mero uso di una relazione personale non può assumere rilievo per la fattispecie incriminatrice (diversamente, ogni relazione sarebbe potenzialmente soggetta ad incriminazione).

La mediazione è illecita se vi è la "intenzione di inquinare l'esercizio della funzione del pubblico agente, di condizionare, di alterare la comparazione degli interessi, di compromettere l'uso del potere discrezionale".

In questa visione il profilo giuridico va verificato caso per caso e considerato alla luce degli elementi probatori che, processualmente, emergono. Assumeranno, così, rilievo le aspettative del committente, il movente della condotta del privato compratore, la portata ed il tempo della pretesa dello stesso compratore, così come la condotta del mediatore, la proporzione tra prezzo della mediazione ed il risultato che si intende perseguire, i profili di illegittimità negoziale del contratto.

Spetta al Giudice - al fine di ritenere sussistente il *fumus* - spiegare, tra le altre, se e quale sia la finalità illecita della mediazione, se e quale sia la finalità di inquinamento della pubblica funzione, se e quale sia il comportamento inquinante del mediatore, da chi sia presa l'iniziativa.

In quest'ottica, non è sufficiente ad integrare il reato di influenze illecite, ai fini della applicazione delle misure cautelari reali, la circostanza che la mediazione fosse fondata sul pregresso rapporto del mediatore con l'agente pubblico.

4. Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 17 novembre 2020, n. 6605. Turbativa d'asta e divulgazione di segreti d'ufficio.

La Corte di Cassazione ritiene che, affinché si configuri il tentativo di reato di turbativa dell'andamento di una gara di appalto, non sia necessario che l'azione determini un danno effettivo alla regolarità della gara, ma è sufficiente che “essa produca un *"danno mediato e potenziale"*, costituito dalla semplice *"idoneità"* degli atti ad *influenzare l'andamento della gara*”. L'influenza illecita, quindi, potrà impedire la gara, determinare l'allontanamento degli offerenti dalla stessa ovvero turbarne la regolare procedura alterandone il regolare svolgimento tale da determinare uno sviluppo anomalo.

Il comportamento perturbatore, pertanto, deve essere tale da ledere i beni giuridici protetti dalla norma, ovvero l'interesse pubblico alla libera concorrenza, nonché “*al libero gioco della maggioranza delle offerte, a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione*”.

Conseguentemente, non ogni comportamento può determinare turbamento alla gara, non quello dei concorrenti che, seppur con condotta collusiva, abbiano acquisito notizie riservate alla gara in vista di presentazione di offerte mai portate al cospetto della committente.

La condotta dei concorrenti se rimasta, come nella fattispecie lo è stata, in uno stadio preparatorio, non è punibile neanche a titolo di tentativo. Gli unici contatti accertati sono stati quelli dei ricorrenti con ditte che non hanno partecipato alla gara, gara di appalto aggiudicato ad una ditta estranea agli illeciti contestati.

L'unica condotta illecita può rivestire quella posta in essere dal componente la commissione di gara nell'aver divulgato informazioni attinenti la procedura. L'obbligo di mantenere la segretezza vale non solo per le informazioni che debbono essere mantenute segrete in ogni tempo ma si estende anche alle informazioni per le quali la diffusione sia prevista in un momento successivo.

Non rispondono, tuttavia, del reato di cui all'art. 326 c.p. i privati che sono venuti a conoscenza delle informazioni qualora, come nel caso di specie, non abbiano contribuito alla commissione del reato per assenza di istigazione e di induzione, del pubblico ufficiale, a rivelare il segreto d'ufficio.

5. Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza 20 settembre 2019, n. 3223. Turbativa d'asta nell'attribuzione dei punteggi e falso ideologico nel verbale di gara.

Nel caso di specie si è in presenza di una serie di incriminazioni per turbata libertà degli incanti e falso ideologico dovuti dall'aver esplicito comportamenti manipolativi nell'attribuzione di punteggi di gara e nell'aver permesso la presenza e l'interazione di soggetti facenti parte della committente ma estranei alla stessa commissione di gara, senza, peraltro, farne menzione nel verbale di gara.

Attraverso intercettazioni l'accusa ha provato che nell'attribuzione dei punteggi per ciascun criterio e sub-criterio, gli imputati, anziché attenersi al contenuto delle offerte, avrebbero calibrato la detta attribuzione in ragione del risultato finale da raggiungere mediante diverse comparazioni delle stesse offerte.

Quindi, tanto i commissari di gara quanto i cc.dd. consulenti tecnici esterni, definiti dalla Corte “consulenti ombra”, avrebbero omesso di valutare oggettivamente le offerte presentate dalle ditte concorrenti per attenersi ad una valutazione discrezionale e strumentale., integrando, così, il reato di turbata libertà degli incanti, compromettendo la correttezza ed il regolare svolgimento della procedura di gara.

Al riguardo, la Corte, nella sentenza in esame, ritiene, vieppiù, che “*ai fini dell'integrazione del reato di turbativa d'asta non è richiesto che si sia verificato un danno o un profitto, che la condotta collusiva produca effettivamente un risultato di alterazione dei risultati della gara, bastando che questa sia stata "turbata" nel suo regolare svolgimento*” ed il reato sussiste anche nei casi in cui l'esito della gara sia, comunque, conforme agli interessi della P.A., poiché gli stessi interessi della P.A. sono stati (già) lesi con l'anomalo andamento.

Anomalo, tanto da ritenersi quale elemento anch'esso determinante per la configurazione del reato di turbativa, è, altresì, l'intervento dei cc.dd. consulenti ombra - quali soggetti esterni alla commissione - sebbene il loro coinvolgimento fosse considerato prassi amministrativa. Prassi che, tuttavia, - sostiene la Corte - non esime dal ritenere il loro intervento comunque illecito.

Non solo. L'aver omesso, nel verbale di gara, la presenza dei consulenti tecnici ombra, ha integrato, secondo la Corte, il reato di falso ideologico in atto pubblico. Con il verbale di gara in oggetto, il pubblico ufficiale ha esposto una parziale realtà dei fatti omettendo l'indicazione di soggetti non solo presenti al compimento dell'atto ma attivi nell'esercizio delle mansioni di effettiva collaborazione, non trascurabile nella scelta del risultato.

Il verbale di gara è atto assistito da fede privilegiata in quanto redatto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni ed acquisisce piena prova fino a querela di falso. La infedele attestazione, quindi, comporta il reato di falso ideologico con l'aggravante di cui all'art. 476, co. 2, c.p. (aumento di pena da tre a dieci anni di reclusione per gli atti facenti fede sino a querela di falso) come richiamato dall'art. 479 c.p.

(Pubblicato sulla Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 1-2 del 2022)