

Atto amministrativo e fattispecie di reato: i delitti di concussione e corruzione

Autore: Maria Luisa Greco

In: Diritto amministrativo, Diritto penale

Da sempre oggetto di grande interesse, da parte di dottrina e giurisprudenza, è il rapporto tra atto amministrativo e reato. Causa della grande attenzione è sicuramente determinata dalla serie di profili problematici derivati dal rapporto tra due fattispecie appartenenti a due rami diversi dell'ordinamento giuridico: il diritto amministrativo e il diritto penale. I termini "atto amministrativo" e "reato" evocano però una preliminare riflessione relativa all'oggetto giuridico perseguito dalle due diverse materie. Infatti è necessario chiedersi quando un interesse perseguito dal diritto amministrativo possa coincidere con quello perseguito dal diritto penale. Insoddisfacente infatti sarebbe il generico richiamo "all'interesse generale" dal momento che tutte le norme di diritto pubblico sono funzionali al perseguimento del suddetto interesse. In realtà possono essere assunti, come beni giuridici di rilevanza penale, anche valori propri dell'organizzazione amministrativa, oltre che le funzioni di cui essa è titolare e riconducibili, quindi, ai poteri che gli sono assegnati dall'ordinamento. Dunque una prima categoria di beni giuridici che viene in rilievo si identifica nei principi fondamentali dell'amministrazione quali la legalità, il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza. A beni generici si contrappongono beni specifici, che riguardano determinati compiti amministrativi, quali l'urbanistica e l'edilizia, la sicurezza pubblica, la salute pubblica, l'ambiente, i beni culturali e il mercato.

Conclusa questa breve precisazione è possibile ora analizzare il ruolo dell'atto amministrativo nella fattispecie di reato e, quindi, più nello specifico, il rapporto tra

atto amministrativo e reato.

Prima di analizzare il rapporto e al fine di comprendere meglio la classificazione delle differenti ipotesi di reato e atto amministrativo, occorre una precisazione sull'accezione assunta dall'atto amministrativo nel diritto penale. Nell'ordinamento amministrativo la nozione deve essere intesa sulla base del noto schema della norma-potere-effetto. L'effetto giuridico, in questo caso, è conseguenza dell'esercizio del potere da parte della P.A. Nel diritto penale, invece, la nozione fa riferimento anche agli atti emessi nell'ambito di una relazione paritetica e che rispondono allo schema del norma-fatto-effetto oltre che alla situazione mista degli accordi integrativi di cui all'art.11 della legge 241/1990.

Dunque l'attività amministrativa, intesa in questo modo, regolata dal diritto privato è suscettibile di acquistare rilevanza in sede penale solo se preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico e sottoposta ai principi sostanziali dell'azione amministrativa, come imparzialità, buon andamento, proporzionalità ecc.

L'atto amministrativo, dunque, interpretato in questo modo estensivo, può arrivare ad integrare la fattispecie di reato fino a diventarne un elemento costitutivo.

Differenti sono le ipotesi in concreto verificabili.

L'atto amministrativo, infatti, può costituire la condotta, quando l'illecito consiste nella attività amministrativa stessa che risulterà essere illegittima; questo è il caso dei "reati atto", i cui esempi tipici sono i reati d'abuso d'ufficio e omissione d'atti d'ufficio. Un altro esempio è relativo ai cd. "reati in atto" cioè alle ipotesi in cui l'atto amministrativo costituisce una modalità della condotta; in questo caso l'atto può essere legittimo o illegittimo ma comunque è sempre oggetto di uno scambio illecito, come nel caso della corruzione per l'esercizio della funzione. L'atto amministrativo può inoltre costituire l'oggetto materiale della condotta nei "reati su atto" o ancora un presupposto della condotta, di segno positivo o negativo.

La differenza tra le varie categorie di reati appare essere abbastanza chiara e precisa per le ultime due ipotesi di reato, risultando essere, invece più sfumata nei primi due casi, relativi alla differenza tra “reati atto” e “reati in atto”. Questa differenza può dirsi simile a quella intercorrente tra i “reati contratto” e i “reati in contratto”; nel primo caso, infatti, si sanziona chi pone in essere un contratto considerato illecito, come nelle ipotesi di contraffazione; nel secondo, invece, non rileva la conclusione del contratto ma il comportamento del soggetto durante la medesima. In realtà la differenza tra i “reati in atto” e i “reati in contratto” perchè l'ordinamento penale non sanziona di per sé lo svolgimento illegittimo della funzione amministrativa, bensì il fatto illecito complessivamente considerato. In entrambi i casi infatti l'atto diventa fattispecie costitutiva del reato, per questo motivo è possibile accorparli in un'unica categoria che prende il nome di “reati d'atto”. A questo punto si rende evidente la differenza con le ultime due categorie di “reati su atto” e con “atto presupposto”, perchè in questi ultimi due caso l'atto, pur integrando la fattispecie tipica del reato, non ne costituisce un elemento essenziale, bensì un presupposto o il suo oggetto.

Nei reati d'atto, quindi, l'atto costituisce un elemento essenziale della fattispecie di reato. La condotta, in cui si concretizza l'attività amministrativa, secondo il principio di legalità, è pertanto necessaria ai fini della configurabilità del reato.

Il ruolo svolto dall'atto amministrativo si potrebbe definire come “forte” perchè la sua esistenza è strettamente collegata alla esistenza del reato in questione.

Nei reati su atto, invece, l'atto amministrativo è l'oggetto materiale del reato, è l'entità su cui ricade la

condotta incriminata, così che la sua inesistenza determina la inoffensività del reato a norma del 49 comma due c.p.

I reati con atto presupposto sono caratterizzati, invece, dal fatto che l'atto amministrativo è un presupposto della condotta. Il presupposto può essere positivo o negativo: l'esempio tipico di presupposto positivo è rappresentato dall'art.650 c.p.

L'atto amministrativo costituisce infatti un elemento positivo della fattispecie, con la conseguenza che la sua assenza preclude il perfezionamento del reato.

Differente è l'ipotesi in cui l'atto amministrativo costituisce un elemento negativo del reato, quindi l'incriminazione dipenderà dal fatto commesso in sua assenza. Diversamente, la presenza dell'atto impedirà il perfezionamento del reato. Esempio tipico è costituito dall'art. 44 comma1, lett. b) del D.P.R. n.380/01 che punisce chiunque esegua un'opera edilizia in assenza di una concessione amministrativa.

Requisito fondamentale, affinché l'atto amministrativo svolga un ruolo nella fattispecie di reato, è l'illegittimità dello stesso. L'illegittimità dell'atto è una questione che è pregiudiziale rispetto al problema del ruolo dell'atto nel reato, perché l'atto, la condotta o il presupposto devono essere illegittimi, laddove, invece, nel diritto amministrativo predicato dell'atto è la legittimità.

La legittimità opera, dunque, in modo diverso nelle differenti categorie di reato e determina un diverso ruolo del giudice. Nel caso dei reati d'atto, infatti, la illegittimità è un requisito fondamentale dell'incriminazione, così che il giudice dovrà accertare la sua presenza e la sua applicazione ai fini della integrazione della illiceità penale della condotta.

Inutile sarebbe, dunque, la disapplicazione. Nei reati d'atto, infatti, il provvedimento rileva solo in quanto illegittimamente formato, e il giudice penale è chiamato ad accertarlo, non a disapplicarlo.

La disapplicazione è esclusa anche nelle ipotesi di reati su atto perché in questi casi l'atto amministrativo rileva non per la sua legittimità o illegittimità, ma in quanto oggetto materiale di una condotta illecita. Quindi la sua patologia può incidere sul perfezionamento del reato e, per questo, motivo, dovrà essere accertata dal giudice.

Nei casi di reati con atto presupposto o atto esterno al reato, come nelle ipotesi in cui integri una mera circostanza, sarà utilizzabile lo strumento della disapplicazione.

Questa precisazione ci consente di constatare in modo ancora più tangibile l'incidenza dell'atto sulla fattispecie di reato e le conseguenti differenze tra le categorie di reato.

Nei casi in cui l'invalidità è una delle ragioni dell'incriminazione, i vizi dell'atto sono fondamentali ai fini dell'esistenza del reato; nel caso contrario, invece, sarà utilizzabile dal giudice l'istituto della disapplicazione.

Si rende, dunque, indispensabile l'analisi di come illegittimità dell'atto, elemento costitutivo del reato, incida proprio sul suo perfezionamento.

Le illegittimità possono concretizzarsi in: inesistenza, nullità e annullabilità.

L'atto inesistente è privo di qualificazione da parte dell'ordinamento. Nel diritto civile, l'inesistenza attiene alla mancanza di potere nella emissione di un atto, ipotesi che nel diritto amministrativo è considerata come causa di nullità. Perciò la inesistenza deve essere concepita come inesistenza materiale, cioè come mancata formazione della volontà della P.A. In questi casi mancherà nei reati d'atto, il reato non si perfezionerà, mancando una condotta suscettibile di acquistare rilevanza per l'ordinamento giuridico della pubblica amministrazione. Nei reati su atto l'inesistenza dell'atto costituisce un caso di inidoneità dell'azione o di inesistenza dell'accordo, a norma dell'art. 49 c.p.

Più complesso è invece il caso della nullità, disciplinato dall'art. 21- septies della legge 241 del 1990. Il problema che si pone in questo caso infatti è determinato dal fatto che l'atto nullo esiste e ciò dovrebbe essere sufficiente a ritenere che il reato d'atto sia integrato. Si ritiene infatti che nonostante nell'atto nullo vi sia una carenza di potere, nonostante tutto, questo è imputabile alla pubblica amministrazione.

Il problema che, a questo punto, è necessario porsi è come possa, un atto nullo, causare un'offesa al bene

protetto. La risposta è nella provvisoria esecutività del provvedimento nullo che, in alcuni casi, può essere irreversibile. Il problema tange i provvedimenti restrittivi quali, ad esempio, gli ordini di demolizione. Dunque nel caso di reati atto la nullità non esclude la configurabilità del reato, anzi, ne è foriera: l'invalidità non può essere considerata al fine di escludere il reato, dal momento che la sua esistenza dipende proprio nella realizzazione di una condotta illegittima.

Diverso è il ragionamento nelle ipotesi di reato in atto.

Si pensi alla corruzione propria; in questo caso si ritiene che la nullità, che costituisce oggetto della promessa del pubblico ufficiale, è suscettibile di acquisire rilevanza, giacché l'illecito non si concentra sulla prestazione del pubblico ufficiale, quanto sul contratto che la prevede.

E' punito infatti il mercimonio della carica pubblica, a prescindere dall'efficacia dell'atto.

Nei reati su atto, l'invalidità dell'atto non esclude il delitto, perché la tutela del documento non riguarda la sua invalidità intrinseca, ma per la funzione attestativa e l'attitudine probatoria.

Per concludere le ipotesi di patologia dell'atto, è bene evidenziare come l'annullabilità, disciplinata ai sensi dell'art. 21 octies, determini l'esistenza dell'atto e idoneità dell'atto annullabile a causare l'evento di reato.

Le fattispecie di concussione e corruzione di cui agli art. 317 e 318 c.p. Sono emblema del rapporto tra l'attività amministrativa e reato esaminata finora.

Entrambi costituiscono "reati in atto" in quanto la illiceità consiste nella modalità della condotta.

Cominciando l'analisi dalla corruzione propria cioè dal “compimento di atti contrari ai doveri dell'ufficio ufficio”, si rende necessario evidenziare la prima problematica sollevata dalla lettura della norma: l'assegnazione di un significato a termini propri del diritto amministrativo e calati nel diritto penale. Primo tra tutti “atto del suo ufficio”. L'atto, come evidenziato in precedenza, secondo un'interpretazione estensiva comprenderebbe sia i provvedimenti che gli atti emessi nell'ambito di una relazione paritetica con la P.A.; l'ufficio indica invece il plesso di pubblica amministrazione presso il quale è inserito il pubblico funzionario. La nozione di “atto contrario ai doveri del suo ufficio” resta però sotto molti versi incerta.

In giurisprudenza è accolta la teoria per cui la contrarietà dell'atto deve essere apprezzata sul profilo della legittimità: sarà dunque necessario accertare la coincidenza tra fattispecie concreta e astratta, con la conseguente contrarietà dei provvedimenti viziati da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

Sarà inoltre necessario valutare il comportamento complessivo del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che dovrà essere adeguato ai doveri istituzionali espressi dalle norme di qualsiasi tipologia e dagli atti non normativi.

Analizzando più nello specifico i reati di corruzione e concussione, si rende necessario ora evidenziare i

punti di convergenza e di differenziazione delle due fattispecie.

L'elemento in comune attiene all'appartenenza dei due reati alla categoria dei "reati in atto". Uguale è la componente soggettiva, oltre che il costituire entrambi l'emblema del fallimento del mercato.

Nonostante il sostrato comune i due reati si differenziano per la tipologia di rapporti nei quali l'atto amministrativo illegittimo è emesso.

Nel caso della corruzione infatti come può ricavarsi dall'art. 318 c.p., che recita "corruzione per l'esercizio della funzione", l'illegittimità attiene alla modalità di una condotta che è oggetto di una relazione paritetica tra privati e P.A. L'attività amministrativa illegittima, in questo caso, lascia immutata la posizione del soggetto privato, tanto che l'ordinamento punisce entrambi i soggetti che partecipano al rapporto.

Diverso è il caso della concussione propria (dalla quale oggi è distinta l'induzione) perché il privato si trova in una situazione di soggezione, provocata dall'attività del pubblico ufficiale che con violenza o minaccia di un danno contra ius ha limitato la libertà di autodeterminazione del soggetto che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa tra subire il danno prospettato o evitarlo.

Nei reati in questione è quindi possibile constatare l'incidenza degli atti e, più in generale, dell'attività amministrativa, sulla fattispecie di reato.

Quindi se l'attività amministrativa si colloca nell'ambito di una relazione paritetica sussiste la corruzione, altrimenti si tratta di concussione.

La differenza non è irrilevante dal momento che l'ordinamento punisce, nella corruzione, entrambi i soggetti che partecipano all'accorso, mentre nella concussione punisce il solo concussore.

I confini della differenza sono apparsi spesso molto labili e sfumati: precedentemente si affermava che la differenza fosse nel fatto che mentre nella concussione l'attività illegittima è oggetto dell'accordo, nella concussione ne costituisce il risultato. La teoria in questione è entrata in crisi con l'introduzione del reato di induzione indebita.

Per questo motivo si è cercata una soluzione valida al problema con la teoria dei giochi. Partendo dalla corruzione il rapporto intercorrente tra privato e P.A. È prima competitivo e funzionale al raggiungimento dell'equilibrio e dopo cooperativo. Il procedimento amministrativo ammette l'accordo come prodotto dello svolgimento imparziale della P.A., mentre nella corruzione l'attività amministrativa diventa funzionale al perseguimento di un interesse egoistico.

Per effetto della concussione, invece, la relazione rimane di tipo autoritativo però è funzionale al perseguimento delle finalità egoistiche ed esclusive del pubblico amministratore, il quale lo esercita al fine di dare o promettere l'utilità. Quindi il compenso nella corruzione è il corrispettivo della prestazione pattuita dal privato, nella concussione è il mezzo per ottenerla. Quindi il soggetto privato sarà punito solo

nella corruzione, perchè nella concussione questo ha una libertà di scelta molto limitata, risultando, dunque, vittima dell'attività della P.A.

L'analisi svolta evidenzia dunque gli sforzi della dottrina e giurisprudenza nel procedimento di coordinamento tra l'ordinamento penale e quelli extrapenali.

<https://www.diritto.it/atto-amministrativo-e-fattispecie-di-reato-i-delitti-di-concussione-e-corruzione/>