

ATTUALITÀ

Gestione di fondi pubblici e rilievi penalistici

L'obbligo di denuncia dell'ente erogante privato quale
incaricato di pubblico servizio

25 Maggio 2022

Leonardo Cammarata, Parter, Studio Legale Arata e Associati
Jacopo Roetta, Studio Legale Arata e Associati



Leonardo Cammarata, Parter, Studio Legale Arata e Associati

Jacopo Roetta, Studio Legale Arata e Associati

➤ **Leonardo Cammarata**

Leonardo Cammarata ha svolto il praticantato presso lo studio del prof. Federico Stella e successivamente presso lo studio dell'avv. Francesco Arata con il quale nel 2012, unitamente agli altri soci, ha costituito lo "Studio legale Arata e Associati". Nel corso dell'attività professionale, ha acquisito una specializzazione penalistica nel campo dei reati di natura economica, societaria e fallimentare, nei reati finanziari, nei reati colposi per violazione delle norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro, nei reati ambientali, nei reati in materia di proprietà intellettuale; ha inoltre seguito gli aspetti penalistici di processi sportivi quali il cd "processo Calciopoli" nel 2006 e il procedimento relativo alle scommesse illecite nei campionati di calcio del 2012.

Studio legale
Arata & Associati



1. Premessa: la gestione di fondi pubblici da parte di enti privati

La precaria situazione economica derivata dalla pandemia ha spinto lo Stato e le Regioni a intervenire in modo massivo a sostegno delle attività imprenditoriali mediante la previsione di una pluralità di finanziamenti agevolati a provvista pubblica.

Tra le modalità di concessione degli aiuti ha trovato largo impiego quella che prevede il coinvolgimento in prima linea di intermediari finanziari privati nella gestione della pratica di finanziamento. È, dunque, l'ente pubblico che affida all'istituto privato le decisioni sulle richieste di finanziamento affinché, in ottemperanza alle disposizioni di legge, vi provveda in autonomia di giudizio e assumendosi conseguentemente il rischio dell'operazione.

In astratto la scelta di questa procedura dovrebbe avere un duplice vantaggio per la PA: da una parte infatti l'istruzione della pratica è infatti affidata ad un soggetto in grado di procedere in modo più snello agli adempimenti connessi alla verifica dell'esistenza delle condizioni per accedere agli aiuti, dall'altra vi è un minor rischio per le casse pubbliche in virtù dell'assunzione di responsabilità da parte del soggetto erogante.

2. Natura dell'attività di gestione ed erogazione dei fondi: pubblico servizio ex art. 358 c.p.

Vista dalla prospettiva dell'istituto erogante, vi è in primo luogo da chiedersi se, trattandosi comunque di fondi di derivazione pubblica, l'operatore privato sia esposto a obblighi diversi e ulteriori rispetto a quella che è l'ordinaria attività di concessione del credito. Nello specifico, per ricondurre la questione nelle categorie penalistiche, si tratta dunque di valutare se l'attività di istruzione della pratica e di concessione di finanziamenti erogati con fondi pubblici sia o meno idonea a conferire al soggetto erogante la qualità di incaricato di pubblico servizio¹.

¹ Meno convincente è l'ipotesi secondo cui tali soggetti possano assumere la qualifica di Pubblico Ufficiale, non ravvisandosi in capo agli stessi quei poteri autoritativi e certificativi disciplinati da norme di diritto pubblico richiesti ai sensi dell'art. 357, co. 2, c. p., sul punto cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 13.07.1998, n. 10086. Peraltro tale distinzione, di natura inevitabilmente casistica e ricognitiva, ai nostri fini non pare dirimente: alla diversa qualifica soggettiva non corrisponde infatti una sostanziale differenziazione degli obblighi da questa derivanti.

Ai sensi dell'art. 358 c.p. sono *incaricati di pubblico servizio* coloro che svolgono *“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”*.

Già il tenore letterale della norma descrive in modo piuttosto netto la nozione di pubblico servizio rilevante ai fini della legge penale. Il pubblico servizio così definito prescinde dunque dalla necessaria esistenza di un rapporto di dipendenza con la Pubblica Amministrazione, ma deve essere invece valutato avuto riguardo della natura funzionale dell'incarico o della mansione svolta, dovendosi considerare pubblico servizio l'attività diretta oggettivamente al conseguimento di finalità pubbliche.

Tale definizione di ordine generale è stata poi interpretata – e concretamente applicata alla luce della più diversa casistica – dalla Giurisprudenza di legittimità che ne ha ulteriormente precisato il campo di applicazione².

Ad esempio, sono state considerate pubblico servizio le attività preparatorie alla riscossione di tributi locali da parte di una società privata incaricata della gestione del servizio di riscossione di tributi comunali³.

Allo stesso modo, in un contesto più affine a quello che ci occupa, la Cassazione ha affermato che: *“l'attività degli enti creditizi, normalmente esulante dall'ambito pubblicistico, vi è invece sottoposta per quelle funzioni collaterali svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti non economici nella veste di banche agenti o delegate, con la conseguenza della spettanza della qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio ai relativi operatori”*⁴. Tale principio, fatto proprio dalla

² A riguardo la Corte ha posto l'accento sulla disciplina normativa dell'attività concretamente svolta: si parla di incaricato di pubblico servizio qualora l'attività sia disciplinata da norme di diritto pubblico, essendo, al contempo, diretta a realizzare le finalità perseguite dall'ente pubblico (sul punto cfr. Cass. Pen., Sez. V, 10.09.2020, n. 34979; Cass. Pen., Sez. VI, 14.06.2013, n. 26712; Cass. Pen., Sez. V, 18.04.2008, n. 21839; Cass. Pen., Sez. VI, 02.12.2003, n. 2549).

³ Cfr. Cass., Pen., Sez. VI, 21.09.2016, n. 46235: in tal caso, la qualità di incaricato di pubblico servizio è stata quindi attribuita all'amministratore e legale rappresentate della società.

⁴ V. Cass. Pen., Sez. VI, 17.01.1997, n. 3882; cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 23.05.1987, n. 8342.

giurisprudenza, ha successivamente consentito alla Corte di attribuire la qualifica incaricato di pubblico servizio al legale rappresentante di una società privata operante nel settore bancario in relazione all'attività di gestione di fondi finanziari erogati da un ente pubblico per il perseguimento di un interesse pubblicistico⁵.

Dall'analisi dell'interpretazione giurisprudenziale in esame emerge come per valutare la pubblicità dell'incarico sia dirimente da una parte l'effettiva disponibilità della somma, dall'altra la natura e gli effetti della procedura svolta dal soggetto privato per conto della Pubblica Amministrazione.

In particolare, se la somma (ancorché vincolata ad uno scopo) è nella disponibilità del soggetto privato, questo assumerà la qualifica di incaricato di pubblico servizio; ad analoga conclusione si deve poi giungere nel caso in cui l'esito dell'istruttoria abbia carattere vincolante e/o i risultati della procedura siano idonei a produrre effetti “pubblicistici” verso l'esterno.

Al contrario invece la pubblicità dell'incarico dovrà essere esclusa se l'attività svolta risulta essere di natura solo accessoria rispetto tanto al processo decisionale quanto alla finalità pubblicistica. In questo senso, in particolare, si è orientata una recente pronuncia dei Giudici di Legittimità che ha inteso circoscrivere la qualifica di incaricato di pubblico servizio ai soli soggetti concretamente esercitanti funzioni pubblicistiche⁶.

⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 03.07.2017, n. 39350; prosegue quindi la pronuncia: *“si deve affermare che il legale rappresentante di una società privata operante nel settore bancario e di intermediazione finanziaria assume la qualifica di incaricato di pubblico servizio nel caso in cui gestisca – e dunque anche qualora si appropri – di fondi finanziari erogati da un ente pubblico per il perseguimento di finalità anch'esse di natura pubblicistica, segnatamente sociale, di erogazione di prestiti per il sostegno alle persone in condizioni di difficoltà economica. In tale caso, la società – pur privata – svolge difatti un'attività cui è riconosciuta espressamente una valenza pubblicistica, là dove utilizza fondi che hanno un preciso vincolo al soddisfacimento di interessi generali della collettività”*.

⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 15.03.2021, n. 35261, per la quale le condizioni di pubblicità di un servizio *“non possono essere generalizzate, in assenza di precise coordinate, di rango legislativo o amministrativo, che assegnino al soggetto operante nel settore dei finanziamenti, l'esercizio, anche delegato, delle funzioni pubblicistiche e di nozioni, in particolare quella dell'incaricato di pubblico servizio, che, nel rispetto della concezione oggettiva delle qualifiche pubblicistiche, devono essere attualizzate – rispetto alle più risalenti affermazioni di questa Corte – attraverso la precisa individuazione dei caratteri qualificanti dell'attività pubblicistica in concreto svolta dai soggetti agenti, che non è frutto di mero automatismo rispetto a quella dell'ente di appartenenza poiché si richiede il concreto esercizio, in*

Sulla base di queste premesse pare dunque doversi arguire che l'attività di istruzione della pratica ed assegnazione di finanziamenti erogati con fondi pubblici debba essere ricompresa tra i pubblici servizi di cui al richiamato art. 358 c.p.: ne consegue che alle figure apicali di una società operante in tale settore deve riconoscersi la qualifica di incaricato di pubblico servizio.

3. Doveri dell'incaricato di pubblico servizio: obbligo di denuncia ex artt. 331 c.p.p. – 362 c.p.

Dal riconoscimento della qualifica di incaricato di pubblico servizio, in ambito penale, discendono plurimi effetti non di poco conto. In primo luogo, nei confronti degli incaricati di pubblico servizio trovano applicazione i reati contro la Pubblica Amministrazione previsti dal Titolo II del codice penale, così come l'aggravante comune di cui al n. 9) dell'art. 61 c.p.⁷.

Prescindendo ora dalle ipotesi estreme degli illeciti dei funzionari di cui sopra, anche il fisiologico svolgimento dell'attività finanziaria può portare l'operatore a confrontarsi con situazioni di rilievo penale. Ci si riferisce, in particolare, a quei – purtroppo non infrequenti – casi in cui la pratica di ammissione ai finanziamenti agevolati sia contraddistinta da condotte illecite del richiedente, tali da poter configurare, ad esempio, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, ai sensi dell'art. 316 ter c.p., che punisce colui che, servendosi di dichiarazioni o documenti falsi od omettendo informazioni dovute, ottenga l'erogazione di fondi pubblici⁸.

È bene infatti ricordare come, davanti ad anomalie di questo tipo, sull'incaricato di pubblico servizio graverà l'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p., per le notizie di reato perseguibili d'ufficio avute nell'esercizio delle proprie funzioni. L'inosservanza di tale obbligo configura infatti il reato di *omessa*

capo all'agente, delle funzioni pubblicistiche stesse dalle quali, come noto, esula lo svolgimento di attività meramente materiali".

⁷ Ovvero "l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto".

⁸ Nozione che deve ritenersi estesa a tutte le forme di contributi a questa assimilabili, compresi quelli di cui *supra* al § 1, sul punto cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 13.01.2022, n.11246. Prescindendo, in questa sede, da una esegesi del delitto in parola, basterà ai nostri fini richiamare altri reati astrattamente configurabili in questo contesto quali, a titolo esemplificativo, la malversazione a danno dello Stato ex art. 316 bis c.p. o, in presenza dei relativi presupposti, la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, punita ex art. 640 bis c.p.

denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio, punito dall'art. 362 c.p.

La disposizione in parola – nel ricalcare sostanzialmente quanto previsto dall'articolo precedente con riferimento al pubblico ufficiale – attribuisce una responsabilità penale all'incaricato di pubblico servizio che "omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella ha l'obbligo di riferire, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni". La norma punisce dunque tanto l'omissione quanto il ritardo della denuncia; sul punto la giurisprudenza ha precisato che l'obbligo di riferire si ritenga assolto anche qualora la notizia di reato si manifesti progressivamente e la denuncia sia quindi sporta solo a seguito di sommari accertamenti – o meglio approfondimenti – da parte del soggetto obbligato⁹.

Quanto invece all'Ufficio destinatario della denuncia, come visto, la norma dispone che questa debba essere alternativamente presentata all'Autorità giudiziaria – dovendosi con questa intendere il Pubblico Ministero¹⁰ – o ad altra Autorità che al PM abbia l'obbligo di riferire.

In concreto ciò significa che l'obbligo di denuncia spettante all'incaricato di pubblico servizio, potrà dirsi assolto non solo con la denuncia inoltrata alla competente Procura della Repubblica, ma anche ad altri soggetti, quali autorità pubbliche di Vigilanza.

4. Conclusioni

La gestione delle procedure di assegnazione di fondi pubblici da parte di enti privati costituisce senz'altro un apprezzabile meccanismo di semplificazione delle procedure di erogazione dei finanziamenti, la cui pronta disponibilità – come ben noto – costituisce condizione imprescindibile per la ripresa. D'altra parte però, è necessario tenere a mente che dalla gestione di somme per conto dello Stato o comunque

⁹ Tale orientamento, che molto si avvicina ad una *interpretatio abrogans*, è stato a più riprese ribadito dalla Corte, v. Cass. Pen., Sez. VI, 23.01.2019, n. 16577; Cass. Pen., Sez. VI, 06.02.2014, n. 12021. Circa la legittimità di un primo vaglio in ordine alla rilevanza penale del fatto, effettuato dall'obbligato alla denuncia, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 08.05.2019, n. 27715; Cass. Pen., Sez. VI, 03.07.2018, n. 49833; Cass. Pen., Sez. VI, 07.05.2009, n. 27508; Cass. Pen., Sez. V, 04.04.2008, n. 26081; Cass. Pen., Sez. I, 19.02.1988, n. 5793.

¹⁰ Tale impostazione, già affermata in vigenza dell'abrogato codice di rito (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 19.05.1989, n. 9734), trova piena corrispondenza nel codice vigente che ha fatto del Pubblico Ministero il solo *dominus* dell'azione penale, sul punto, *ex multis*, v. Cass. Pen., Sez. III, 10.02.2015, n. 12986.

aventi natura pubblica discendono responsabilità che, come visto, possono riverberarsi e trovare applicazione anche in ambito penale. Per tale ragione l'operatore finanziario che, nell'atto di istruzione o gestione della pratica di finanziamento agevolato, si imbatte in condotte di penale rilevanza sarà tenuto alla tempestiva denuncia all'Autorità di Vigilanza o a soggetto che a questa abbia l'obbligo di riferire, il che rende assolutamente opportuno da parte degli enti eroganti di una specifica sensibilizzazione sul punto nei confronti dei dipendenti addetti a tale funzione.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
