

Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia

fondata da
Giuseppe Zuccalà

diretta da
Paolo Patrono

Alberto Alessandri - Paolo Bernasconi *Lugano*
Christian Bertel *Innsbruck* - Ivo Caraccioli - Guido Casaroli
Philippe Conte *Bordeaux* - Mirelle Delmas-Marty *Parigi*
Patricia Faraldo Cabana *La Coruña* - Antonio Fiorella
Giovanni Maria Flick - Giovanni Flora - Fausto Giunta
Antonio Gullo - Frank Höpfel *Vienna* - Alessio Lanzi
William S. Laufer *Philadelphia* - Vincenzo Militello
Antonio Pagliaro - Carlo Enrico Paliero
Salvatore Prosdociami - Silvio Riondato
Giovanni Schiavano - Klaus Volk *Monaco di Baviera*

 edicolaprofessionale.com/RTDPE



Wolters Kluwer

IL DELITTO DI INADEMPIMENTO DI CONTRATTI DI PUBBLICHE FORNITURE: PROFILI DI INTERDISCIPLINARIETÀ E NUOVE “URGENZE” APPLICATIVE

SOMMARIO: 1. Finalità dell'indagine. – 2. La problematica nozione di “inadempimento”. Uno sguardo d'insieme. – 2.1. Struttura e natura del reato. L'inadempimento come condotta omissiva. – 2.2. Il contenuto dell'obbligo di adempiere. Le forme dell'inadempimento: inadempimento e risoluzione del contratto. – 2.3. Le declinazioni del giudizio di colpevolezza e la scusabilità dell'errore su legge extrapenale. – 3. La variabile relazione tra reato e vicenda contrattuale. Riflessi sull'oggetto dell'indagine del giudice penale. – 4. Il principio di “immediatezza” tra finalità di pubblico interesse e funzionalità delle forniture. – 5. Art. 355 c.p. e art. 91 d.l. n. 18/2020: la disciplina emergenziale da Covid-19 e il giudizio di colpevolezza tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità della prestazione. – 6. Conclusioni.

1. – La disciplina penalistica dell'inadempimento nella fornitura di beni o servizi alla pubblica amministrazione è presidiata in sede codicistica soprattutto dagli artt. 355 e 356 c.p. Tuttavia, il precetto penale deve necessariamente confrontarsi – stante l'ampio rinvio dei suddetti articoli alla violazione degli *obblighi che derivano dal contratto* – con le regole e i principi di diritto civile, naturale *sedes materiae* di tutto ciò che è regolato dalla figura generale del contratto, come pure con le norme che disciplinano la materia dei contratti pubblici, le quali, allo stato, rappresentano sicuramente il principale punto di riferimento per l'individuazione dei pesi e degli oneri scaturenti a carico del contraente privato nell'esecuzione del contratto con la P.A. È noto, infatti, come, soprattutto a partire dalla seconda metà dello scorso secolo, gli appalti pubblici abbiano progressivamente acquisito una rilevanza strategica nella prospettiva di incrementare lo sviluppo economico e sociale dell'Unione Europea e degli stessi Stati membri in ragione del sempre maggiore peso economico assunto dal mercato del *public procurement*. Di conseguenza, la contrattualistica pubblica ha acquisito crescente importanza in ambito nazionale e sovranazionale, al punto da presentare oggi, per quantità e specificità di disposizioni, i caratteri e il peso di una autonoma materia ⁽¹⁾, che incrocia diverse figure di reato.

⁽¹⁾ Particolarmente significative, in questo processo, sono le direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014, alle quali è stata data attuazione con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante, codice dei contratti pubblici). Trattasi peraltro, come noto, di un testo sotto-

Alcuni recenti episodi di violazione degli obblighi contrattuali connessi alla fornitura di dispositivi di protezione individuale dal pericolo di contagio da Covid-19⁽²⁾ hanno restituito, per così dire, vitalità e interesse al tema dei rapporti fra disposizione penale e obblighi contrattuali, lasciando emergere – come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo – una serie di problemi interpretativi soprattutto in merito alla condotta di “*inadempimento*” descritta dall’art. 355 c.p. e sulla sua diversa portata e gravità nei differenti ambiti disciplinari (civile e penale) che caratterizzano la materia.

Ad essere sollecitata – in una indiscutibile chiave di *autonomia* del diritto penale dalla matrice civilistica – è soprattutto un’indagine sulle interferenze interdisciplinari connesse al ruolo che assume il negozio giuridico e su come la sorte del rapporto contrattuale incida rispetto alla fattispecie di cui all’art. 355 c.p. In questo ambito, un particolare rilievo assumono, come vedremo, le disposizioni di contenimento dell’emergenza sanitaria da Covid-19⁽³⁾, introdotte attraverso lo strumento della decretazione di urgenza, soprattutto nella parte in cui esentano da responsabilità contrattuale, ma forse non soltanto dal punto di vista contrattuale, la parte privata il cui inadempimento sia riconducibile ad obiettive difficoltà (di movimento, di comunicazione, di approvvigionamento, ecc.) determinate, a loro volta, dalla vigenza delle misure di contenimento della pandemia.

2. – In un quadro di sistema che mira a garantire la Pubblica Amministrazione da condotte volte a inficiarne il corretto funzionamento, l’art.

posto a diverse rivisitazioni, le più rilevanti delle quali sono intervenute con il “decreto correttivo” del 2017 (d.lgs. n. 56/2017), il “decreto sblocca cantieri” (d.l. n. 32/2019), il primo “decreto semplificazioni” (d.l. n. 76/2020) e, in ultimo, il secondo “decreto semplificazioni” (d.l. n. 77/2021), emanato in funzione della realizzazione degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza di cui al regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021.

(2) Si tratta di vicende connesse all’omessa fornitura delle c.d. “mascherine”, dispositivi di protezione individuale necessari a fronteggiare la diffusione del coronavirus. I casi di maggiore rilievo mediatico riguardano: una società, vincitrice di gara pubblica, cui è stato contestato l’art. 355, comma 2, n. 1, c.p. per il ritardo nella fornitura dei dispositivi in parola, il cui termine essenziale per adempiere era stato puntualmente indicato nell’accordo quadro sottoscritto con la Consip spa; una società riconducibile ad una *ex* parlamentare, cui è stato contestato l’art. 356 c.p., in quanto la società avrebbe fornito alla Protezione Civile mascherine provenienti dalla Cina e non conformi ai modelli Ffp1 e Ffp2. Ambedue i procedimenti risultano attualmente pendenti, in fase di conclusione delle indagini preliminari.

(3) Cfr. Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea 1° aprile 2020, Comunicazioni provenienti dalle Istituzioni, dagli Organi e dagli Organismi dell’Unione Europea, *Orientamenti della Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi Covid-19* – (2020/C 108 I/01).

355 c.p. presidia la *fase di esecuzione* dei contratti a evidenza pubblica e si inquadra nel novero dei reati di *violazione di obblighi* connessi alla stipulazione di un negozio giuridico⁽⁴⁾ che sia finalizzato ad assicurare opere o approvvigionamenti necessari a uno stabilimento o a un servizio pubblico⁽⁵⁾.

Nel diritto amministrativo è un dato acquisito che il contratto pubblico «non individua esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento»⁽⁶⁾. La *ratio* cui è ispirato il contratto pubblico si riversa coerentemente nella norma penale: l'art. 355 c.p., sebbene rinvii al concetto di inadempimento, lo circoscrive, offrendo presidio alle finalità perseguite dal negozio giuridico, il cui oggetto sia necessario, ovvero essenziale, al pubblico servizio⁽⁷⁾.

Sotto questo profilo, quindi, la fattispecie, inquadrabile nell'alveo dei reati di pericolo concreto, trova integrazione solo laddove la mancanza della fornitura sia potenzialmente idonea a ledere il regolare ed efficace funzionamento dello stabilimento o del servizio, in relazione alle loro

(4) Nel *genus* dei reati di violazione di obblighi connessi alla stipulazione di un contratto rientrano quattro diverse *species* di illeciti, ciascuna delle quali si distingue per la condotta tipica: *i*) inadempimento di obbligazioni contrattuali; *ii*) frode nell'adempimento; *iii*) violazione dell'obbligo di buona fede contrattuale; *iv*) violazione di obblighi extracontrattuali *ex lege* connessi alla stipulazione del contratto.

(5) G. MARCONI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, p. 327 ss. Per "stabilimento pubblico" deve intendersi qualsiasi struttura o edificio adibito allo svolgimento di un pubblico servizio e, cioè, di un'attività di varia natura: commerciale, industriale, di cura, custodia, educazione, ricovero; diversamente, con l'espressione "pubblico servizio" si individua l'attività amministrativa posta in essere per realizzare utilità sociali per la collettività, nel senso di perseguire finalità assunte come proprie dalla pubblica amministrazione, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, pt. spec.*, II, XVI ed., Milano, 2016, p. 398; S. RICCIO, *Forniture pubbliche – Frode in*, in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1961, p. 590. In proposito, parte della dottrina si è posta in un'ottica più restrittiva e più vicina alla nozione di cui all'art. 358 c.p., che definisce il pubblico servizio come «l'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima»: cfr. R. DOLCE, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, cit., p. 150.

M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 69.

(6) Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, in *Dejure*.

(7) Si veda in proposito l'opinione della dottrina tradizionale: per tutti F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953, p. 349; A. M. STILE, *Lineamenti dell'azione incriminatrice come frode nelle pubbliche forniture*, in *Foro pen.*, 1965, p. 276 ss.

finalità istituzionali, con pregiudizio dell'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione.

L'inadempimento contrattuale rappresenta, dunque, il fulcro del reato, la condotta lesiva dell'interesse protetto⁽⁸⁾. Intendiamo, pertanto, ora concentrarci sui profili strutturali e contenutistici di questa nozione.

2.1 – La classificazione categoriale della fattispecie in esame appare problematica.

Una parte della dottrina la sussume nella categoria dei reati di mera condotta⁽⁹⁾, riassumendola all'interno del perimetro del "far mancare", ossia omettere la fornitura o ritardarla e, dovendosi intendere l'inadempimento contrattuale in senso civilistico, ne fa discendere la natura di *reato omissivo proprio*.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene la fattispecie collocabile nel perimetro dei reati di evento⁽¹⁰⁾, sebbene i confini esistenti tra condotta ed evento non siano facilmente individuabili, in quanto l'inadempimento contrattuale, di evidente matrice civilistica, è elemento costitutivo del delitto; seguendo questo tracciato ermeneutico, il reato dovrebbe ricomprendersi tra gli *omissivi impropri*⁽¹¹⁾.

Nel formante giurisprudenziale il fulcro del reato viene individuato nell'evento che scaturisce dall'inadempimento della obbligazione, il cui oggetto sia necessario nell'attualità e la cui mancanza risulti eziologicamente connessa alla condotta omissiva – "far mancare" – da cui discenderebbe la sua natura di *reato di evento mediante omissione*⁽¹²⁾.

Sul piano strutturale, dunque, l'evento tipico si sostanzia nella mancanza della fornitura che sia necessaria alla pubblica amministrazione e l'omittente-fornitore, in capo al quale ricade l'obbligo giuridico di attivarsi per impedire il suo verificarsi, assume il ruolo di garante della salvaguardia del bene protetto e risponde dei risultati connessi all'inadempimento.

Il tratto unitario della fattispecie si riassume dunque nella capacità dell'omissione ad avere rilievo condizionante rispetto all'evento della man-

⁽⁸⁾ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 69.

⁽⁹⁾ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, pt. spec.*, I, VI ed., Bologna, 2021, p. 318 ss.

⁽¹⁰⁾ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M.I. Papa, pt. spec., II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 862.

⁽¹¹⁾ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I-II, Padova, 1988.

⁽¹²⁾ Cass., Sez. VI, 28 gennaio 1999, n. 1174 cit. *Contra*, Cass., Sez. VI, 31 ottobre 2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1053.

cata fornitura indispensabile per il soddisfacimento degli interessi pubblici pertinenti⁽¹³⁾.

Quest'ultimo argomento ha indotto alcuni autori a ricondurre la fattispecie nell'ambito della peculiare categoria dei *reati omissivi di impedimento di evento*, che rappresenterebbe una sottoclasse della fattispecie omissiva, accanto a quella del reato di mera omissione⁽¹⁴⁾.

Nelle figure delineate dall'ultimo comma dell'art. 355 c.p., la stessa norma incriminatrice ricostruisce il "cagionare" l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., ancora una volta attraverso la formula del "*fare mancare*", che concerne un evento a contenuto negativo. Analizzando quest'ultima parte della disposizione emerge che si tratta di un'omissione del subfornitore, del mediatore o del rappresentante del fornitore che, non adempiendo agli obblighi negoziali assunti

(13) P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 193.

(14) G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, Padova, 2^a ed., 1984, pp. 227 ss. Sul punto, inoltre, non si può fare a meno di evocare la nota categoria dei "reati di omissione d'evento" formulata dal Grisogni, che vi riconduceva anche la fattispecie in esame, unitamente ad altri reati, tra i quali il reato di inadempimento dei contratti di fornitura in tempo di guerra (art. 251 c.p.), il reato di omessa denuncia (art. 361 e 362 c.p.), il reato di omissione di referto (art. 365 c.p.) e il reato di omissione di soccorso (art. 593 c.p.). I "reati di omissione di evento" consisterebbero nella violazione di un comando di cagionare una determinata modificazione nel mondo esterno, ossia un evento che può discendere indistintamente da una azione come anche da una omissione. Sotto quest'ultimo profilo, il Grisogni aveva preso in esame l'ultimo comma dell'art. 355 c.p., evidenziando come nell'ipotesi in cui i subfornitori, i mediatori e i rappresentanti "violando i loro obblighi contrattuali, hanno cagionato l'inadempimento del contratto di fornitura", la legge richiede che il mancato evento sia la causa per cui è reso impossibile a un terzo il compimento dell'atto obbligatorio, e cioè sia causa dell'omissione di un terzo. Più precisamente l'A. affermava che "nell'ordinamento giuridico, oltre a dei *comandi di azione*, indubbiamente vi sono anche dei *comandi di evento*, vi sono cioè delle norme il cui il precetto consiste nel comando di cagionare una determinata modificazione nel mondo esterno. Di qui deriva che, se è improprio parlare in tali casi di *evento di omissione*, ben può parlarsi di *omissione di evento*. E tali casi si distinguono da fatti di mera condotta omissiva perché in questi ciò che si imputa è la mancanza di un'azione, in quelli invece si imputa la mancanza di una modificazione del mondo esterno. Il non verificarsi poi dell'atteso evento può avere la sua causa tanto in una condotta attiva quanto in una condotta omissiva. Un esempio tipico di reato di omissione di evento a causa di una condotta omissiva è l'inadempimento dei contratti di fornitura in tempo di guerra (art. 251 c.p.), in cui il reato consiste nella mancata prestazione della fornitura come effetto una condotta omissiva. Della stessa natura anche i reati di omessa denuncia (artt. 361, 362 cod. pen.); omissione di referto (art. 365); omissione di soccorso (art. 593) [...]. Nonostante la dottrina non abbia riconosciuto tale sottospecie di reati omissivi - *concludeva l'A.* - la verità è che non solo essi esistono, ma comprendono la grande maggioranza dei reati omissivi, mentre gli omissivi propri sono rari [...], in quanto il diritto, di regola, non prende in considerazione la condotta *di per sé*, ma solo in quanto non cagiona quell'effetto utile, che è richiesto per esigenze sociali": così, F. GRISIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1952, p. 51 ss.

con il fornitore, non consente a quest'ultimo di adempiere, a sua volta, al contratto di pubblica fornitura, causando il verificarsi del pericolo – da accertarsi in concreto – e che pregiudica il normale funzionamento della amministrazione pubblica.

Sul piano della consumazione, il reato è realizzato alla scadenza del suo termine essenziale, con evidenti ripercussioni sulla configurabilità del tentativo, generalmente ammessa dalla giurisprudenza rispetto al reato di cui all'art. 356 c.p. ⁽¹⁵⁾.

2.2 – Passando ad una più puntuale analisi contenutistica della condotta tipica, va notato che questa si esaurisce nell'inosservanza dell'obbligo di esatto adempimento di obbligazioni contrattuali relative a pubbliche forniture, che può consistere sia nella sua *completa inesecuzione*, sia nella sua *esecuzione* in modo (quantitativamente o qualitativamente) *difforme* rispetto al regolamento contrattuale ⁽¹⁶⁾. Questa interscambiabilità, sul piano naturalistico, tra azione od omissione nella realizzazione del reato è, a ben vedere, tipica della categoria, di matrice tedesca, dei *Pflichtdelikte* o reati (di violazione) d'obbligo ⁽¹⁷⁾, a cui pare senz'altro riconducibile anche il delitto in esame.

Sotto altro profilo, la condotta delineata dalla norma, che incide sulla fase di esecuzione di un programma negoziale (il cui contenuto è di per sé lecito), può farsi rientrare a pieno titolo nella categoria dei “reato in contratto” ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Cass., Sez. VI, 28 marzo 2011, n. 12421.

⁽¹⁶⁾ I reati di *inadempimento di obbligazioni contrattuali* – che si identificano con gli illeciti nei quali la legge sanziona il mero inadempimento, totale o anche soltanto parziale, di una o di più delle obbligazioni scaturenti dal contratto – rientrano, precisamente, i delitti di inadempimento di pubbliche forniture in tempo di guerra (art. 251 c.p.), di inadempimento di pubbliche forniture (art. 355 c.p.), nonché tutti i reati nei quali la condotta criminosa si sostanzia nell'inadempimento di un obbligo di garanzia di fonte contrattuale. Cfr. G. AZZALI, *Inadempimento*, cit.; ID., *Forniture pubbliche (inadempimento e frode in)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 277 ss.; R. DOLCE, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 150; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, cit., p. 318 ss. Nell'ambito della categoria dei reati di inadempimento, si distinguono due distinte sub-categorie in ragione della natura dell'obbligo violato, a seconda che l'obbligazione contrattuale inadempita si atteggi, sotto il profilo penalistico, come mero obbligo di attivarsi, oppure come obbligo di garanzia, sui quali I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 110.

⁽¹⁷⁾ Categoria originariamente coniata, com'è noto, da C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1^a ed., Hamburg, 1963, p. 352 ss., p. 459 ss.

⁽¹⁸⁾ La distinzione tra “reato-contratto” e “reato in contratto” è una elaborazione dottrinale, sorta in ambito civilistico ma successivamente accolta anche dalla giurisprudenza e dalla dottrina penalistica: cfr. Cass., S.U., 27 marzo 2008, n. 26654, rv. 239926-01, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto*

Qualora l'oggetto dell'obbligazione rappresenti una fornitura necessaria al buon andamento della pubblica amministrazione, l'inadempimento della prestazione dovuta perfeziona il reato, senza alcuna necessità di valutarne la portata o eventuale parzialità.

Da questa angolazione appare evidente una prima fondamentale differenza tra l'inadempimento da cui si origina il delitto in argomento e quello che, invece, in ambito privatistico, comporta lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Infatti, l'art. 1455 c.c., rubricato "importanza dell'inadempimento", esclude che il mancato adempimento dell'obbligazione negoziale sia di per sé sufficiente a produrre la risoluzione del contratto, la cui valutazione è demandata al giudice civile, all'esito di un'indagine che si estende all'in-

nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite, in tema di confisca in cui si è recepita la detta distinzione tra "reati contratto" e "reati in contratto". Le Sezioni Unite hanno affermato, nell'occasione, come "nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. "reato contratto") e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca. Se invece il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. "reato in contratto"), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido inter partes è il contratto (eventualmente solo annullabile ex artt. 1418 e 1439 c.c.), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente". Sul tema, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 377; A. LIBERATI, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 1990, p. 999; EAD., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*, spec. p. 3 ss., p. 20 ss., p. 438 s., in cui, oltre alle tradizionali categorie dei "reati-contratto", in cui il reato incide sulla formazione del contratto e nei quali il fatto penalmente sanzionato coincide con la proposta contrattuale, la conclusione del contratto o l'esecuzione delle relative obbligazioni, e dei "reati in contratto", in cui il reato è commesso da uno dei contraenti nella conclusione di un contratto che di per sé può risultare del tutto lecito, si enucleano anche quelle dei "reati di violazione di obblighi connessi alla stipulazione di un contratto", nei quali il fatto tipico consiste nel comportamento tenuto da uno dei contraenti (o, in certi casi, da entrambi) in un momento successivo alla conclusione del contratto, in violazione degli obblighi derivanti, direttamente o indirettamente, dalla stipulazione dell'atto (es. inadempimento o frode nelle pubbliche forniture), e altresì dei "reati di omessa stipulazione di un contratto". Tuttavia sembra concettualmente più corretto distinguere a seconda che il reato incida sulla formazione del contratto ovvero sulla sua esecuzione. Secondo quest'ultima prospettiva l'inadempimento nelle pubbliche forniture integrerebbe una figura di "reato in contratto" nella quale viene in rilievo il rapporto tra norma incriminatrice e disciplina negoziale e, quindi, la convivenza o interferenza tra effetti penali e negoziali: A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2003, p. 32 ss.

tero rapporto obbligatorio e alla concreta incidenza della non puntuale esecuzione dell'obbligazione sulla causa stessa del rapporto.

La portata essenziale dell'adempimento nell'economia del contratto e il presupposto della sua possibilità di realizzazione rappresentano gli elementi basilari che il giudice civile è tenuto a verificare, prestando attenzione, per un verso, all'interesse della parte non inadempiente all'esatta e tempestiva prestazione (criterio soggettivo) e, per altro verso, al contesto della complessiva esecuzione del contratto (criterio oggettivo).

Anche nel versante amministrativo, al pari dell'ambito penale, la nozione di inadempimento si discosta dal sistema privatistico, in quanto la sua valutazione prescinde dalla gravità della condotta e rileva solo se incida in modo diretto sull'esecuzione del contratto, rendendola in concreto totalmente impossibile⁽¹⁹⁾.

Nondimeno, nell'ordinamento amministrativo, come accade nella disciplina civilistica, l'inadempimento che legittima la risoluzione del contratto (regolata dall'art. 108 del codice dei contratti pubblici) tiene comunque conto della sua incidenza globale sull'equilibrio economico del rapporto contrattuale, sotto il profilo della rispondenza all'interesse pubblico perseguito⁽²⁰⁾.

Può, dunque, concludersi che, mentre in ambito civile e amministrativo, nonostante alcune differenze, la nozione di inadempimento segue regole focalizzate sulla sua valutazione rispetto al fine negoziale perseguito, con un'attenzione all'osservanza del dovere di diligenza, nel crinale penale, invece, l'inadempimento contrattuale descritto dall'art. 355 c.p. – stando almeno all'interpretazione prevalente – deve concernere un'omessa o ritardata fornitura ritenuta come “essenziale” al corretto svolgimento di un pubblico servizio o di uno stabilimento pubblico, senza alcuna considerazione per gli altri elementi dell'obbligazione.

L'inadempimento deve essere inteso, pertanto, quale mancata esecuzione della *prestazione da cui dipende*, per la sua consistenza e destinazione oggettiva, la realizzazione dell'*interesse del committente pubblico*⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Il requisito della “gravità” così come descritto dall'art. 1455 c.c. alla luce delle soluzioni interpretative recentemente offerte dal giudice di legittimità assume contenuti differenti secondo la modulazione della fattispecie negoziale alla quale si riferisce e rispetto al quale vada ascrivito l'inadempimento.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2391, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²¹⁾ Cass., Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 16428, rv. 239554 (fattispecie in cui è stata esclusa la compromissione di interessi essenziali della P.A. in relazione a gravi inadempimenti in cui era incorsa la società aggiudicataria di una gara d'appalto per la riqualificazione di un litorale).

Più precisamente, il contenuto dell'obbligo di adempiere, identificandosi con la prestazione dovuta dalla parte privata, amplia il perimetro dell'inadempimento penalmente rilevante, che, secondo una definizione a più riprese confermata dalla giurisprudenza di legittimità, si esaurisce nella "mera constatazione dell'illiceità civile dell'inadempimento, a patto che questa determini il venire meno delle opere o cose necessarie al corretto funzionamento dello stabilimento o del servizio pubblico" (22).

Come già accennato, l'inadempimento, ricostruito sulla scorta di quanto testé sintetizzato, può presentarsi in diverse forme e declinazioni: come omissione di una prestazione oggetto dell'obbligazione assunta, ovvero di ritardo nell'adempimento della stessa o, ancora, di una prestazione differente da quella convenuta (23), collegate eziologicamente all'evento di pericolo concreto.

Secondo una parte della dottrina, il concetto di "ritardo" sarebbe equiparabile a quello di inadempimento parziale (24), capace di incidere sulla gravità della condotta, ma irrilevante rispetto all'esistenza del reato. Per altri autori, invece, la tesi dell'(automatica) equiparazione all'inadempimento parziale non sarebbe percorribile, dovendosi compiere una valutazione caso per caso, tale da consentire di ipotizzare la configurabilità, anche esclusiva, dell'una o dell'altra ipotesi di inadempimento (25).

Sul fronte giurisprudenziale, l'orientamento dominante è nel senso che l'inadempimento debba far mancare in tutto o in parte le cose essenziali ai settori strategici della pubblica amministrazione per un tempo significativo. Ne discende che il ritardo può configurare la fattispecie incriminatrice

(22) Cass., Sez. VI, 18 settembre 2020, n. 28130, rv. 279721; Cass, Sez. VI, 8 ottobre 2020, n. 28130; Cass., Sez. VI, 12 gennaio 1984, n. 4923, rv. 164483.

(23) Cfr. sul concetto di ritardo equiparato all'inadempimento parziale, G. AZZALI, *Inadempimento*, cit., p. 131, in cui si afferma come il reato sussiste anche nel caso di un mero ritardo nella pubblica fornitura, senza che ricorra la necessità di indagare sull'interesse dell'amministrazione alla sua tempestiva esecuzione, in quanto l'adempimento ritardato è una forma di *inadempimento inesatto* e l'unica condizione che rileva è se l'omessa, la ritardata o l'inesatta fornitura abbiano o meno compromesso specifici interessi pubblici; ID., *Forniture pubbliche (inadempimento e frode in)*, cit. Dello stesso avviso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, pt. spec., I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, X ed., Milano, 2008, p. 465. Di avviso contrario cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei privati*, Milano, 2009, p. 215; O. DI GIOVINE, *Inadempimenti di contratti di pubbliche forniture*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M.I. Papa, pt. spec., II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 862.

(24) A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, pt. spec., I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 465.

(25) M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 215; O. DI GIOVINE, *Inadempimento di contratti di pubbliche forniture*, cit., p. 862.

nei termini di un inadempimento parziale, qualora incida sul corretto svolgimento del servizio pubblico⁽²⁶⁾.

La condotta è interamente contenuta nella violazione dello specifico obbligo di agire commessa da un soggetto qualificato, che ricopra una determinata posizione nel rapporto giuridico instaurato tra committente e appaltatore, soggetto obbligato nei confronti della parte privata con una propria organizzazione di mezzi e con una gestione a proprio rischio⁽²⁷⁾.

In conclusione, l'inadempimento rappresenta la condotta e, al contempo, l'evento che si traduce nell'inevitabile verifica di una disfunzione o di una sofferenza per la pubblica amministrazione⁽²⁸⁾, sicché la consumazione del reato coincide con la mancata consegna o esecuzione della prestazione oggetto del contratto⁽²⁹⁾.

(26) La giurisprudenza di legittimità, nel tracciare i confini tra i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., ha precisato come, sotto il profilo della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 356 c.p., la condotta materiale punibile consiste in una qualunque inesecuzione, inadempienza, imperfezione, posta in essere dolosamente dal reo nella pubblica fornitura; il reato, inoltre, si consuma, per quanto riguarda la prestazione di opere, già nel corso della sua esecuzione, bastando a concretarlo l'inadempimento doloso che, senza attingere alla gravità della prestazione di *aliud pro alio*, attenga alla qualità o quantità anche non essenziali alla prestazione. (Cass., Sez. VI, 8 aprile 2016, n. 28301, rv. 267828; Id., 20 maggio 2015, n. 27992, rv. 262538; Id., 5 ottobre 2010, n. 42900, rv. 262538). A tale indirizzo si contrappone altro orientamento di legittimità che pare maggiormente conforme al dato testuale della norma incriminatrice, nonché, sul piano sistematico, alla esatta definizione dei rapporti strutturali tra il reato previsto dall'art. 356 c.p. e quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture. La frode è ravvisabile, secondo questo indirizzo, non soltanto nella fraudolenta esecuzione di un contratto di somministrazione (art. 1559 c.c.) ma anche in un contratto di appalto (1665 c.c.), e l'art. 356 c.p. punisce tutte le frodi in danno della pubblica amministrazione, quali che siano gli schemi contrattuali in forza dei quali i fornitori sono tenuti a particolari prestazioni (Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 1994, n. 11326, Zoccali, rv. 199361-01). Ad ogni modo, sono estranei al paradigma di cui all'art. 356 c.p. le condotte di mero inadempimento del contratto, qualora non siano il frutto di un perseguito proposito fraudolento che non deve estrinsecarsi necessariamente nell'uso di artifici e raggiiri né determinare un evento di danno alla PA, essendo a tal fine sufficiente la semplice malafede contrattuale ovvero la presenza di un espediente malizioso idoneo a far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2020, n. 29374; Id., 10 gennaio 2011, n. 5317, rv. 249448; Id., 25 febbraio 2010, n. 1114, rv. 246544; Id., 12 aprile 2006, n. 26231, rv. 235171). Quanto al reato di cui all'art. 355 c.p. il perfezionamento della fattispecie è, invece, condizionato al requisito della necessità delle cose od opere per assicurare il soddisfacimento delle finalità sottese al pubblico servizio, di modo che la stessa continuità del servizio risulti pregiudicata dall'inadempimento, sia pure parziale, dell'obbligazione (Cass., Sez. VI, 31 maggio 2013, n. 23819, Parlato e altri, rv. 256126).

(27) Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, n. 35664 non mass.

(28) S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 428.

(29) Da ciò la sua qualificazione di reato istantaneo di pericolo concreto. Cfr. R. DOLCE, in *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, cit., p. 152.

2.3. – Sotto il profilo dell'*elemento soggettivo*, il reato di inadempimento di pubbliche forniture è punibile sia a titolo di dolo (comma 1) che di colpa (comma 3).

Dal primo punto di vista, il dolo è generico e per alcuni autori può assumere rilievo anche la forma meno intensa del dolo eventuale⁽³⁰⁾.

Dal secondo punto di vista, il delitto può configurarsi anche in forma colposa, qualora la mancata fornitura sia riconducibile causalmente a negligenza, imprudenza o imperizia dell'autore, come nel caso in cui l'obbligazione negoziale sia stata assunta da soggetti privi di specifiche competenze, capacità o requisiti tecnici⁽³¹⁾, ovvero nelle ipotesi di omessa sorveglianza del fornitore rispetto all'operato dei subfornitori⁽³²⁾.

Tra le regole la cui violazione determina l'inadempimento a titolo di colpa *ex art. 355*, comma 3, c.p. possono annoverarsi le disposizioni applicabili al contratto di fornitura concernenti l'autorizzazione o l'approvazione del contratto di subappalto e della rappresentanza dell'appaltatore, che integrano un'imprudenza il cui prevedibile inadempimento non consente al committente o al mandante fornitore di adempiere ai propri obblighi.

La colpa dell'agente è causa dell'evento che si origina dalla violazione delle regole di condotta rivolte a garantire l'adempimento del contratto dalla cui trasgressione discende, implicitamente, l'elemento della prevedibilità e prevenibilità del fatto tipico, causalmente riconducibile alla condotta realizzata.

Si tratta di ipotesi che lascerebbero intendere una previsione di non affidabilità dei soggetti coinvolti, rispetto alle regole che condizionano l'autorizzazione o l'approvazione del committente e ai requisiti che il subfornitore o il rappresentante debbono possedere affinché l'autorizzazione o l'approvazione siano concesse.

La rilevanza penale assegnata all'inadempimento negoziale, punito anche in presenza di condotte colpose, segnala l'esistenza di una tutela *ad hoc* assicurata dal legislatore in forza del riconoscimento di un'esigenza primaria di salvaguardia degli interessi pubblici⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, cit., p. 344.

⁽³¹⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. spec., I, cit., p. 344.

⁽³²⁾ R. DOLCE, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, cit., p. 151.

⁽³³⁾ R. DOLCE, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, cit., p. 148; M. E. MANCINI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, in G. Cocco, E. Ambrosetti, E. M. Mezzetti, *I reati contro i beni pubblici. Stato, amministrazione pubblica e della giustizia, ordine pubblico*, Padova, 2^a ed., 2013, p. 369 ss.

I soggetti richiamati dall'ultimo comma dell'art. 355 c.p. – subfornitore, rappresentante del fornitore e del mediatore – rispondono del reato solo se l'inadempimento a essi imputato sia collegato funzionalmente al contratto di fornitura e l'omissione commessa *ab origine* non ne abbia reso possibile l'adempimento.

Sotto il profilo della *colpevolezza*, la responsabilità del fornitore per il reato suo proprio non è esclusa se l'*impossibilità di adempiere*, nella quale egli si ritrova, è a lui imputabile.

Nelle ipotesi in cui l'adempimento sia divenuto impossibile, l'individuazione della natura dolosa o colposa dell'omissione non è di poco momento, in quanto occorrerà accertare se il soggetto si sia volontariamente posto nella impossibilità di adempiere, ossia se il soggetto abbia stipulato il contratto nella consapevolezza di non disporre dei mezzi per poterlo eseguire, oppure se la sua volontà sia stata sorretta da mera negligenza, che lo abbia indotto a sopravvalutare la propria capacità produttiva.

Sotto il profilo del giudizio di *colpevolezza*, anche a fronte delle considerazioni sopra esposte, esso deve essere circoscritto agli elementi essenziali dell'accordo tra le parti, ossia qualità, quantità, tempo e luogo della fornitura dovuta, finalizzata al soddisfacimento dell'interesse della collettività, fine, quest'ultimo, che investe la causa stessa del contratto⁽³⁴⁾.

Non può sottacersi, di nuovo, che l'obbligo scaturente dal contratto di fornitura è differente rispetto al precetto penale: assunto che emerge dalle differenze che si riscontrano tra l'inadempimento che rileva in sede civile, rispetto all'inadempimento punito dalla fattispecie penale.

Questo argomento è stato utilizzato da parte della dottrina che ha ravvisato l'operatività dell'art. 47, comma 3, c.p., nel caso di un erroneo convincimento del soggetto obbligato di non essere tenuto all'adempimento negoziale che, se ricondotto nell'alveo concettuale dell'errore di fatto, potrebbe tradursi in un errore su legge extrapenale⁽³⁵⁾, estendendosi anche alla responsabilità di natura colposa, prevista dall'art. 355, comma 3, c.p.

3. – Le considerazioni fin qui svolte portano a concludere che allo stato – stando all'orientamento dominante in giurisprudenza – sia stata colta nel fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice una nozione autonoma di inadempimento penalmente rilevante, incentrato sulla natura

⁽³⁴⁾ G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 189.

⁽³⁵⁾ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M.I. Papa, pt. spec., II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit.

del reato, privilegiando l'evento di pericolo prodotto causalmente dal *non facere* ascrivibile al fornitore.

È evidente, tuttavia, come la stipulazione del contratto di pubblica fornitura integri il presupposto della condotta, nel caso di frode, e del dovere di agire, nella ipotesi omissiva dell'inadempimento sanzionato dall'art. 355 c.p., ossia l'antecedente logico-giuridico della condotta, vale a dire la situazione di fatto e/o di diritto a essa preesistente affinché il reato possa realizzarsi⁽³⁶⁾.

Non può, pertanto, prescindersi dall'allargare il campo d'indagine, esaminando le due alternative percorribili: collegare la sorte dell'illecito penale alla disciplina privatistica del contratto, oppure affermarne, anche in questo caso, la completa indipendenza⁽³⁷⁾.

Deve innanzitutto segnalarsi una prima teorica maturata nel versante dottrinale che reputa irrilevanti le cause di inefficacia del contratto o dell'obbligazione che siano intervenute successivamente all'inadempimento. Dal momento che l'attualità del dovere determina il momento consumativo del reato, se ne fa discendere, nel silenzio della legge penale, che il

⁽³⁶⁾ I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, cit. p. 31 ss., pp. 38-40.

⁽³⁷⁾ La scelta tra le due alternative implica l'adesione (totale o parziale) a una delle tre note correnti di pensiero circa le relazioni intercorrenti tra diritto penale e diritto civile: autonomista, pancivilistica o intermedia. I sostenitori della prima opzione emancipano la tutela penale dagli schemi civilistici e ritengono che il diritto penale debba riplasmare indipendentemente gli istituti civilistici cui si riferisce, sicché essi vengono ad assumere un significato proprio. Sull'antitesi tra tesi pancivilistica-sanzionatoria e quella costitutiva-autonomista del diritto penale, per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, III, Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2008, X ed., p. 45 ss., che perviene ad una posizione autonomista, secondo cui la questione dei termini privatistici impiegati dalle fattispecie incriminatrici debba essere risolta mediante un'analisi condotta «senza vincoli esterni al diritto penale». La diversa concezione "privatistica" sostiene, di contro, che il diritto penale non può modificare l'essenza di istituti che sono propri di altri rami del diritto a cui aggiunge la sua speciale tutela. Tra i sostenitori di quest'ultimo orientamento, il Grispigni attribuisce al diritto penale un carattere sanzionatorio, per cui la sanzione penale è il completamento e il rafforzamento all'altra sanzione non penale, stabilita dalla norma giuridica che "antecedentemente" al diritto penale ha vietato la stessa condotta, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 232. La tesi prospettata è stata respinta dalla dottrina maggioritaria, orientata nel senso di una "parziale autonomia", per cui si sostiene che il diritto penale possa apportare a concetti privatistici ampliamenti o restrizioni indispensabili per evitare che gli stessi contrastino con lo scopo delle norme incriminatrici e con le esigenze proprie del diritto penale. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2018, VII ed., p. 14, puntualizza che si è andata affermando «la presunzione di coincidenza delle nozioni penalistiche con quelle privatistiche, dalle quali si deve partire e che restano valide sino a prova contraria, dovendo il penalista apportare a esse modificazioni, ampliandole o restringendole, solo se la loro integrale applicazione porta a risultati contrastanti con lo scopo della norma». Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, I*, cit., p. 279.

loro sopravvenire, sebbene produca retroattivamente effetto in ambito privatistico, non possa configurarsi quale causa estintiva di un reato già consumato⁽³⁸⁾.

Il vincolo negoziale che obbliga alla fornitura deve, infatti, possedere il requisito dell'attualità; ne segue che se l'inefficacia del negozio interviene successivamente all'inadempimento, essa non può incidere sull'avvenuto perfezionamento del reato.

Sulla scorta di quanto già osservato in tema di configurabilità della fattispecie in discorso, rimane tuttora aperta l'ipotesi in cui i destinatari della prestazione dedotta in contratto riescano comunque a soddisfare in modo alternativo le necessità della parte pubblica, ovviando altrimenti all'inadempimento.

In questa ipotesi, infatti, mentre una parte della dottrina ne nega la sussistenza, affermando che la condotta sarebbe sanzionabile esclusivamente sul piano civilistico⁽³⁹⁾, per altra parte, l'appartenenza del reato alla classe dei reati di pericolo porterebbe a ritenere irrilevante l'intervenuta soddisfazione da parte della pubblica amministrazione del bisogno oggetto del negozio di pubblica fornitura⁽⁴⁰⁾.

La relazione intercorrente tra il reato e il contratto di fornitura è da epoche risalenti una questione dibattuta⁽⁴¹⁾ tra chi sostiene che un atto

⁽³⁸⁾ G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 78.

⁽³⁹⁾ O. DI GIOVINE, *Inadempimento di contratti di pubbliche forniture*, cit., p. 864; *Relazione ministeriale al codice penale*, parte II, p. 158; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1981, p. 713; N. LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, IV ed., Milano, 1935, p. 488.

⁽⁴⁰⁾ G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 27.

⁽⁴¹⁾ R. DOLCE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *Scuola positiva*, 1959, p. 226 ss., secondo il quale ai fini della sussistenza del reato occorre che il contratto da esso implicato sia immune da cause di nullità, diverse da quelle scaturite di riflesso dalla illiceità penale. In senso contrario I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, II, p. 997 ss., p. 1021 ss., ove si ritiene necessario verificare, caso per caso, se la presenza di una causa di invalidità, diversa da quella derivante dalla illiceità penale, impedisca o meno la realizzazione del fatto materiale tipico del reato; EAD., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, cit., p. 6, osserva che il dibattito tra tesi pancivilistiche (legate alla concezione della funzione meramente sanzionatoria del diritto penale) e autonomistiche (legate alla concezione della funzione costitutiva del diritto penale) si sostanziano, nel primo caso, a un mero rimando alle categorie del diritto privato e, nel secondo caso, alla secca rivendicazione dell'autonomia della fattispecie incriminatrice rispetto alle nozioni elaborate in ambito civilistico. L'autore evidenzia che la problematica del rapporto tra reato e contratto è stata affrontata in dottrina essenzialmente nell'ambito di elaborazioni su singole figure codicistiche (soprattutto, per i delitti contro il patrimonio), raramente dedicandosi "alla puntuale verifica della effettiva relazione intercorrente tra la norma penale e la disciplina privatistica delle figure coinvolte" e ritiene indiscutibile l'idea dell'attuale affermazione della funzione costitutiva del diritto penale e dell'esigenza di rico-

sfornito di effetti giuridici secondo l'ordinamento civilistico non potrebbe integrare il reato – in quanto verrebbe a mancare l'oggetto dell'incriminazione – e chi nega ogni condizionamento di natura extrapenale sulla sussistenza del reato, fatto salvo il solo caso dell'ipotesi di inesistenza del contratto⁽⁴²⁾.

Se sul fronte dottrinale il dibattito resta aperto, la giurisprudenza pare averlo da tempo risolto, accogliendo il principio secondo cui, affinché possa realizzarsi il reato, è sufficiente che il rapporto contrattuale abbia avuto una iniziale esecuzione sulla base di un negozio valido ed efficace anche se, successivamente, sia proseguito di fatto, in presenza di una causa di invalidità o inefficacia che lo abbia inficiato⁽⁴³⁾.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità evoca la distinzione tra *regole di comportamento* e *regole di validità* del negozio⁽⁴⁴⁾, che

struzione autonoma delle nozioni provenienti dal diritto privato. Cfr. G. GUARNIERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, p. 273, ritiene che la sussistenza del reato non possa essere condizionata dalla validità civilistica del contratto. Per un'analisi sul rapporto tra norma penale e disciplina del contratto, G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 230 ss.

⁽⁴²⁾ Sotto un diverso profilo, che riguarda l'incidenza della violazione di un precetto penale sulla validità del contratto, ricalcando i distinti approdi raggiunti dalle contrapposte teorie "autonomista" e "privatistica", in dottrina sono state sostenute altrettante tesi: così, a una opinione rigorosamente penalistica, secondo la quale il contratto concluso in violazione di un precetto penale non può che condurre alla sanzione più grave, cioè la nullità cfr. R. DOLCE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, cit., p. 235 ss.; se ne contrappone un'altra che ritiene necessario differenziare le norme penali effettivamente violate da quelle civili, ciò in quanto la violazione di un precetto penale non è condizione sufficiente a determinare la nullità di un contratto, se prima non si effettua una riqualficazione della condotta integrante il reato, anche sotto il profilo civilistico: cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 104 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1985, p. 467 ss.

⁽⁴³⁾ Cass., Sez. VI, 28 settembre 1999, n. 11079, cit. La sentenza indicata si riferisce al delitto di frode nelle pubbliche forniture ma il principio di diritto pare doversi applicare anche per il reato di cui all'art. 355 c.p., essendo le norme richiamate accumulate dal medesimo presupposto, ossia l'inadempimento. Nella sentenza richiamata si sostiene che essendo lo scopo della disposizione di cui all'art. 356 c.p. quello di rafforzare con la sanzione penale la corretta e leale esecuzione del contratto di pubbliche forniture, ponendo tale contratto al riparo da comportamenti fraudolenti del fornitore, detta finalità prevalga anche quando, per qualsiasi causa, il rapporto tra privato e pubblica amministrazione abbia avuto esecuzione di fatto per invalidità o inefficacia della fonte negoziale (come, per esempio, nei casi di violazione delle norme sulle procedure di scelta del contraente o delle disposizioni sulla forma dei contratti). Ciò a maggior ragione se il rapporto *inter partes* abbia avuto esecuzione in virtù di un contratto valido ed efficace per un determinato arco temporale e sia poi proseguito di fatto nei casi in cui l'invalidità o l'inefficacia abbiano colpito l'atto di rinnovazione.

⁽⁴⁴⁾ In particolare, la differenza tra *illiceità* e *invalidità* corrisponde alla distinzione tra misura punitiva o riparativa: «Atto illecito è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza che l'effetto giuridico a essa ricollegato è in con-

comporta una netta separazione tra i due ordinamenti, di talché le regole di lealtà e correttezza, imposte alla parte privata che abbia stipulato il contratto, si applicano anche all'operatore economico che esegua *de facto* una fornitura a una pubblica amministrazione⁽⁴⁵⁾.

L'oggetto dell'indagine demandata al giudice penale parrebbe, pertanto, doversi focalizzare sui termini del vincolo negoziale e sui soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nelle rispettive posizioni assunte nella vicenda contrattuale e sulla diretta conseguenza della condotta omisiva, rappresentata dal pregiudizio derivato alla pubblica amministrazione.

È solo in quest'ottica, quindi, che la libertà del giudice nel valutare la prova si confronta con le vicende di matrice civilistica connesse al fatto-reato, che concernono, da un lato, il corretto adempimento dell'obbligazione e, dall'altro, le ricadute di ordine pubblicistico che ne sono derivate, consistenti nell'essenzialità dell'omissione.

Sotto quest'ultimo profilo, il giudice penale è chiamato ad apprezzare la *necessità della fornitura* omessa o ritardata, ossia la funzionalità della stessa rispetto al diretto e immediato soddisfacimento di bisogni pubblici e agli eventuali rimedi adottati per sopperire a quella mancanza.

Ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 355 c.p., il giudice penale, in altri termini, è chiamato ad accertare unicamente la presenza del *nesso di causalità* tra l'inadempimento dell'obbligazione assunta e la mancanza delle opere o dei servizi essenziali alla prosecuzione del servizio pubblico.

In assenza di previsioni normative processuali o sostanziali che impongano al giudice penale di condizionare l'accertamento dell'inadempimento contrattuale a particolari verifiche di natura tecnica, le prove raccolte in dibattimento nel contraddittorio delle parti, valutate secondo il prudente apprezzamento del giudicante, ben possono fondare il suo convincimento.

Sulla base di questa *regula iuris*, un recente arresto della Suprema Corte⁽⁴⁶⁾ che si è occupato della questione attinente alla rilevanza del collaudo – atto complesso previsto dalla disciplina pubblicistica dei con-

trasto con quello voluto da legislatore; atto invalido è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza il venir meno dell'effetto giuridico considerato. Si può rappresentare l'ordinamento giuridico come un apparato protettivo per i consociati che vi si conformano e come un apparato repressivo per i consociati che deviano dalle sue norme, cioè come una potenza benefica o come una potenza malefica. Mentre il giudizio di illecità mette in modo l'apparato repressivo, il giudizio di invalidità sottrae al deviante il beneficio di valersi dell'apparato protettivo»: così, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, p. 147.

⁽⁴⁵⁾ Cass., Sez. VI, 28 settembre 1999 n. 11079, cit.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 19112.

tratti pubblici, avente natura negoziale – che sancisce il riconoscimento dell’venuto corretto adempimento, ha ritenuto configurato il reato di cui all’art. 355 c.p., a fronte di vizi, difetti e del ritardo nella consegna dell’opera, accertati dai giudici del merito. Il collaudo delle opere pubbliche, ha puntualizzato la Corte di legittimità, essendo finalizzato a verificare l’esecuzione delle opere a regola d’arte nel rispetto delle prescrizioni tecniche pattuite nel contratto, assolve allo scopo – prettamente civilistico – di verificare le condizioni per procedere alla liquidazione del credito dell’appaltatore e la sua esecuzione non produce alcun rilievo in sede penale.

In definitiva, le vicende di matrice civilistica che riguardano l’invalidità del contratto sembra non possano riflettersi sulla sussistenza dell’ipotesi delittuosa, stante il rapporto di mera accessorieta che collega i due ordinamenti.

D’altronde, anche per quella parte della dottrina che ritiene l’annullabilità e la risolubilità del contratto idonei a interferire sulla rilevanza penale della condotta⁽⁴⁷⁾ è comunque necessario che la causa di invalidità del contratto si sia verificata prima del suo momento consumativo – che si traduce nell’*“attualità del dovere”* – salvo si verta in ipotesi di nullità assoluta⁽⁴⁸⁾.

4. – Sebbene la qualificazione pubblicistica della fornitura non consegua dalla presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì da una *oggettiva finalità di pubblico interesse* perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento, l’ipotesi di astratta configurabilità del delitto non può prescindere dalle finalità cui è destinata la fornitura e dall’essenzialità della stessa per il corretto funzionamento del servizio pubblico.

L’espressione *“fare mancare”* individua il requisito principale della fattispecie penale, sottintendendo che se il bisogno cui causalmente è destinato il contratto di fornitura è soddisfatto, il delitto non potrà perfezionarsi, neppure nei casi in cui la prestazione non risulti essere stata eseguita in modo esatto.

Occorre verificare, pertanto, quali siano i confini entro i quali l’oggetto dell’omissione possa ritenersi idoneo a configurare gli estremi tipici del delitto, ossia gli obblighi che il fornitore è tenuto ad adempiere.

Al riguardo sono stati enucleati una serie di *criteri* tesi a delineare il contenuto di questo obbligo, il primo dei quali è rappresentato dal criterio

(47) S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 425.

(48) S. RICCIO, *Forniture pubbliche – frode in*, cit., p. 590.

definito di *immediatezza*, secondo il quale l'inadempimento contrattuale penalmente rilevante deve concernere forniture funzionali al diretto e immediato soddisfacimento di bisogni pubblici.

Il criterio *de quo*, nel delitto di cui all'art. 355 (ma anche in quello di cui all'art. 356 c.p.), assolve a una duplice funzione: a) per un verso, concorre a individuare il bisogno alla cui soddisfazione è destinata la fornitura dello stabilimento pubblico o del pubblico servizio; b) per altro verso, interviene a delimitare la stessa nozione di pubblico servizio, quale attività amministrativa che produce direttamente una utilità materiale per la collettività.

Alla luce del costante insegnamento della Suprema Corte, le «cose od opere⁽⁴⁹⁾ che siano necessarie a uno stabilimento pubblico», dunque, possono essere unicamente – secondo il criterio di immediatezza – quelle dalle quali dipende in maniera diretta il suo normale funzionamento⁽⁵⁰⁾.

Nel formante dottrinale, la identificazione del criterio appena indicato oscilla tra una concezione più ampia, che inserisce nel perimetro normativo qualsiasi fornitura (anche indirettamente) prodromica alla funzionalità del servizio, e una concezione restrittiva che ritiene necessaria la connessione diretta tra l'inadempimento e il pregiudizio arrecato alla pubblica amministrazione⁽⁵¹⁾.

Il concetto di *fornitura*, peraltro, non è limitato alla nozione civilistica di somministrazione di cui all'art. 1559 c.c., bensì ricomprende ogni tipologia contrattuale tesa a procurare alla Pubblica Amministrazione cose od

(49) Per “cose” sono da intendersi sia beni mobili che immobili, ma anche energie aventi valore economico, mentre le “opere” riguardano qualsiasi tipo di prestazione lavorativa e, quindi, non solo quella che deve essere effettuata direttamente dall'obbligato, ma anche l'assunzione della mano d'opera utile a ottenerne la relativa realizzazione, v. R. DOLCE, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, cit., p. 150.

(50) Cass., Sez. VI, 21 agosto 1998, n. 9525, rv. 212237.

(51) Più precisamente, esemplificando le ipotesi in cui può dirsi integrato il delitto in questione, è stata considerata idonea «non soltanto la fornitura concernente l'erogazione di energia elettrica necessaria per la pubblica illuminazione o la messa in opera degli strumenti che consentano o regolino attualmente la circolazione, ovvero la manutenzione dell'impianto o della strada, ma anche la fornitura concernente l'installazione o la costruzione di questi manufatti»: cfr. G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., pp. 56 ss. In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. VI, 19 giugno 1998, Marrani, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 38, p. 110; Secondo un diverso indirizzo, si è ritenuto di limitare l'operatività dell'incriminazione ai casi di omessa, ritardata o irregolare fornitura di quei soli beni tali da incidere sulle finalità istituzionali del servizio o dello stabilimento: cfr. A. M. STILE, *Lineamenti dell'azione incriminata come frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 280; Cass., 29 gennaio 1993, Carnia, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 623; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 329.

opere alla stessa necessarie, senza che ricorra la continuità e la periodicità delle relative prestazioni.

Con l'espressione "fornitura" viene dunque intesa qualsiasi forma contrattuale o anche un *facere* costituito dalle prestazioni di attività lavorative e tecniche di un'impresa, volte ad assicurare il soddisfacimento delle finalità sottese al servizio pubblico⁽⁵²⁾, espressione che viene ricostruita anche alla luce delle disposizioni del codice degli appalti, che sempre più si arricchiscono di elementi sia tecnici che economici⁽⁵³⁾.

Volendo operare una sintesi tra i principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità e i contributi critici offerti dalla dottrina in punto di autonomia del diritto penale, sembra potersi concludere che le nozioni privatistiche in tema di contratti e obbligazioni rappresentino solo un punto di partenza, dal quale però il diritto penale può discostarsi laddove la loro applicazione determini esiti contrastanti con lo scopo dell'art. 355 c.p.,

⁽⁵²⁾ Cass., Sez. VI, 18 settembre 2020, n. 28130, non mass., che ha confermato come «nell'applicazione degli artt. 355 e 356 c.p. devono intendersi per "forniture" sia le cose che le opere e, quindi, anche il *facere* costituito dalle prestazioni di materiali e attività tecniche e lavorative di una impresa che assicurano il soddisfacimento delle finalità sottese al suddetto servizio» (cfr. anche Cass., Sez. VI, 15 novembre 2012 n. 19203, non mass.; Cass., Sez. VI, 20 novembre 1987, n. 5185, rv. 178245), categoria in cui rientra la fornitura di prestazioni lavorative, anche con contratto di lavoro interinale (Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2020, n. 28130; Cass., Sez. VI, 2 gennaio 2013, n. 50334, non mass.).

⁽⁵³⁾ L'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 ricomprende nell'ambito dei contratti pubblici sottoposti alla disciplina codicistica: 1) i contratti di appalto aventi a oggetto: a) lavori; b) opere; c) servizi; d) forniture; 2) contratti di concessione aventi ad oggetto: a) lavori; b) servizi; 3) concorsi pubblici di progettazione; 4) contratti di appalto aventi a oggetto lavori di importo superiore a 1 milione di euro, sovvenzioni direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività: a) lavori del genio civile di cui all'allegato I; b) lavori dell'edilizia civile relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche; 5) contratti di appalto aventi a oggetto servizi di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% dalle amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui al punto che precede; 6) contratti di appalto aventi a oggetto lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono di amministrazioni aggiudicatrici; 7) contratti di appalto aventi a oggetto lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso a costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a computo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, e dell'art. 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti: a) che rientrano nell'ambito dell'applicazione del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208; b) ai quali il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 non si applica in virtù di quanto previsto all'art. 6 di quest'ultimo; 8) contratti stipulati all'esito di affidamento svolte in Italia dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale.

consistente nell'assicurare che la fase di esecuzione del contratto a evidenza pubblica non subisca alterazioni nello svolgimento di attività di pubblico interesse, a causa della violazione degli obblighi contrattuali⁽⁵⁴⁾.

5. – L'incidenza dell'epidemia da Covid-19 sui contratti pubblici stipulati ha generato dubbi interpretativi e applicativi, soprattutto, con riguardo all'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18⁽⁵⁵⁾, a tenore del quale “il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

Le misure contenitive da Covid-19 rappresentano un caso emblematico di impossibilità di eseguire la prestazione di indole legale che, evocando gli istituti di matrice civilistica della forza maggiore e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta per l'insorgere di un *avvenimento straordinario e imprevedibile*, paiono destinate a ripercuotersi sul perfezionamento della fattispecie descritta dall'art. 355 c.p.

Pur non integrando un'esimente generalizzata da “forza maggiore”, l'art. 91 ha di fatto introdotto una causa legale di giustificazione dell'inadempimento del debitore, nel caso in cui l'impedimento da egli addotto sia insuperabile per l'insorgenza di un evento imprevedibile, in relazione alla natura del negozio e alle condizioni del mercato.

Si tratta del c.d. *factum principis*, che ricorre in concreto quando provvedimenti legislativi o amministrativi dettati da interessi generali e intervenuti dopo la conclusione del contratto rendano oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione, indipendentemente dalla volontà e dal comportamento dell'obbligato.

Viene in rilievo, pertanto, una circostanza che funge da esimente della responsabilità del debitore a prescindere dalle previsioni contrattuali in essere.

Tuttavia, l'impossibilità nell'adempimento contrattuale non può essere invocata qualora il *factum principis* sia «ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto dell'assunzione dell'obbligazione»⁽⁵⁶⁾, ovvero «rispetto al quale non abbia sperimentato tutte le

⁽⁵⁴⁾ G. MARCONI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 327 ss.

⁽⁵⁵⁾ Tale disposizione ha modificato l'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, inserendo il comma 6-bis.

⁽⁵⁶⁾ *Ex multis*, Cass. civ., 11 gennaio 1981, n. 119.

possibilità che gli si offrivano per vincere o rimuovere la resistenza della pubblica amministrazione»⁽⁵⁷⁾.

Nella diversa ipotesi di *impossibilità temporanea*, poi, l'art. 1256 c.c. si limita ad escludere, finché tale impossibilità perduri, la responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento. Ne deriva che il debitore, cessata la suddetta impossibilità, è tenuto sempre a eseguire la prestazione, indipendentemente da un suo diverso interesse economico che può, eventualmente, far valere sotto il profilo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Un istituto civilistico quale l'impossibilità sopravvenuta, che estingue l'obbligazione o ne sospende l'efficacia, si ripercuote sulle possibilità di imputazione penale del fatto al soggetto, in quanto capace di escludere il perfezionamento del reato. Tale esclusione può trovare fondamento, a seconda dei casi e delle ricostruzioni dogmatiche, nell'assenza della *tipicità oggettiva*, in quanto l'impossibilità di adempiere può far venire meno la stessa configurabilità di una omissione penalmente rilevante (per impossibilità materiale di agire) o comunque il *rapporto di causalità* tra condotta ed evento (qualora la forza maggiore sia inquadrata come causa di esclusione del nesso eziologico *ex art. 40 c.p.*); o, ancora, nell'*esclusione dell'antigiuridicità* in virtù dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)⁽⁵⁸⁾; persino, infine, nella *esclusione della colpevolezza/esigibilità*, qualora il soggetto agente si trovi a dover far fronte a doveri tra loro incompatibili.

È evidente come l'istituto della forza maggiore e quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto non imputabile al debitore condividano un'essenza comune.

Sotto il profilo dell'adempimento di un dovere, invece, il fatto astrattamente antigiuridico, in quanto penalmente tipico, troverebbe giustificazione in virtù dell'intervento di un provvedimento legislativo o amministrativo, che imponga quel comportamento: secondo il principio di non contraddizione dell'intero ordinamento, l'esistenza di una norma atta a focalizzare o rendere doveroso un determinato comportamento è sufficiente a renderlo lecito⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cass. civ., Sez. III, 8 giugno 2018, n. 14915.

⁽⁵⁸⁾ La stessa sorte non può essere invocata, invece, per quanto concerne il reato di frode nelle pubbliche forniture, in quanto, è stato affermato in dottrina, la frode, che rappresenta il nucleo del delitto riassumendone i connotati soggettivi, libera il debitore dall'obbligazione per effetto di un atto di disposizione carpito al creditore e, pertanto, determina la consumazione del reato a prescindere dall'impossibilità di adempiere, così G. AZZALI, *Inadempimento e frode nelle pubbliche forniture*, cit., p. 208.

⁽⁵⁹⁾ Resta fondamentale, al riguardo, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.

Sul punto, basti richiamarsi all'art. 652 c.p.p. relativo ai rapporti tra giudizio penale di assoluzione e azione civile riparatoria, ove si stabilisce che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima nel giudizio civile e amministrativo.

Per converso, a riprova dell'esigenza di unitarietà richiesta ai diversi sistemi giuridici sul requisito dell'antigiuridicità, l'art. 651 c.p.p. vincola il giudice civile e amministrativo al giudicato penale di condanna quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso⁽⁶⁰⁾.

Nondimeno, esaminando gli orientamenti espressi dalla Corte di cassazione in punto di applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., l'emanazione, da parte del potere esecutivo, di una norma giuridica in conflitto con l'obbligo di adempiere alla prestazione, potrebbe escludere l'antigiuridicità del fatto solo all'esito, in concreto, di un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e la finalità cui mira la causa di giustificazione⁽⁶¹⁾.

In tema di delitti colposi, inoltre, gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità sono nel senso dell'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p. nel caso in cui la condotta dell'agente derivi dall'inoservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline imposta da direttive o disposizioni superiori, mentre ne escludono la configurabilità quando la condotta sia caratterizzata da un atteggiamento di negligenza o imprudenza⁽⁶²⁾, connotazione come si è visto rilevante nell'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 355 c.p.

Nonostante l'astratta configurabilità delle esimenti della forza maggiore e dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di un diritto, l'art. 91 d.l. n. 18/2020 deve essere letto alla luce sia delle concrete vicende che plausibilmente possono verificarsi in punto di inadempimento di un contratto di evidenza pubblica, sia sotto due ulteriori profili giuridici, che paiono rivestire portata preliminare.

In primo luogo, la responsabilità del debitore inadempiente per la necessità di rispettare le misure di contenimento da Covid-19 sembrerebbe

⁽⁶⁰⁾ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, I, Bologna, 2019, VIII ed., p. 162 ss.

⁽⁶¹⁾ Cass., Sez. IV, 1° dicembre 2000, n. 12489; Cass., Sez. IV, 1° dicembre 2000, n. 12472; Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2003, n. 3973, rv. 219233.

⁽⁶²⁾ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 48757, rv. 277872.

elisa già in forza dell'art. 1218 c.c., norma richiamata dalla disposizione di nuovo conio⁽⁶³⁾.

In secondo luogo, la stessa norma non esclude *tout court* la responsabilità “da adeguamento” alle misure “anti-Covid”, ma stabilisce piuttosto come il rispetto di queste vada “sempre valutato” ai fini del giudizio di responsabilità.

Per queste ragioni l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, nel riflettere sulle “novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”⁽⁶⁴⁾, ha offerto un'interpretazione dell'art. 91 cit., affermando come «lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge a esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità».

La responsabilità del debitore, infatti, non è esclusa se egli, ancorché frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, avrebbe potuto adempiere alle prestazioni contrattualmente previste, adoperandosi secondo ordinaria diligenza nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose⁽⁶⁵⁾.

Allo stesso modo, deve ritenersi che non andrà esente da responsabilità il debitore che rimanga inerte e inadempiente non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva, culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori⁽⁶⁶⁾.

Non spettando al debitore, ma semmai alla pubblica autorità, sopperire i rischi epidemiologici, l'inadempimento non sarebbe in tal caso giustificato dalla causa straordinaria di giustificazione tratteggiata dalla legislazione emergenziale e costituirebbe, a tutti gli effetti, un inadempimento imputabile⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ Secondo l'art. 1218 c.c. “*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”.

⁽⁶⁴⁾ Corte di Cassazione – Ufficio del massimario – Rel. 8 luglio 2020, n. 56.

⁽⁶⁵⁾ È il caso dell'impresa che, nell'impossibilità di usare il proprio consueto corriere, non si attivi per impiegarne un altro in grado di effettuare la prestazione nel rispetto delle prescrizioni che il primo disattenderebbe.

⁽⁶⁶⁾ Sul tema della “percezione” del pericolo da parte di chi deve eseguire una prestazione pure in sé non impedita dalla misure di contenimento v. D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *www.giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁽⁶⁷⁾ Corte di Cassazione – Ufficio del massimario – Rel. 8 luglio 2020, n. 56, p. 8.

Ciò significa che il giudice civile è tenuto a valutare in concreto se il rispetto delle prescrizioni anti-Covid abbiano determinato in capo al debitore l'impossibilità di adempiere, accertando il collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante, rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia.

Resta fermo il principio civilistico, secondo cui «spetta al debitore dimostrare di avere fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti»⁽⁶⁸⁾.

È solo il caso di accennare che, se l'istituto civilistico dell'impossibilità sopravvenuta può convertirsi in un'ipotesi di forza maggiore o di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, quello simile della "*excessiva onerosità sopravvenuta*" non ha, invece, alcuna valenza scriminante.

Nel versante della disciplina degli appalti pubblici, infatti, il legislatore riconosce alla stazione appaltante la facoltà di revisione dei prezzi in presenza di condizioni sopravvenute, ma se questa non accorda la richiesta di revisione del corrispettivo, una risalente giurisprudenza, mai superata sul punto, ritiene che, ai fini della sussistenza del reato di inadempimento di pubbliche forniture, l'appaltatore non possa giustificare l'omissione della fornitura adducendo l'eccessiva onerosità sopravvenuta⁽⁶⁹⁾.

6. – L'accertamento penale opera su di una linea di confine che separa in modo sempre più impercettibile i diversi settori dell'ordinamento.

Che una moltitudine di norme incriminatrici siano ormai influenzate dal gradiente di interferenza insito nella interdisciplinarietà è un dato pacifico.

Basti l'esempio del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) che, con il decreto semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), ha subito l'ennesimo rimodellamento finalizzato a restringerne il perimetro applicativo, eccessi-

⁽⁶⁸⁾ Cass. civ., 16 aprile 2009, n. 9026, in *www.italgiure*.

⁽⁶⁹⁾ Cass., sez. VI, 28 gennaio 1999, n. 1174, rv. 213338: «A prescindere dalla questione sulla natura discrezionale o meno del potere della pubblica amministrazione di accordare la revisione dei prezzi, va pregiudizialmente osservato che la società appaltatrice, nel corso del rapporto, non aveva mai formalmente sollevato eccezione ai sensi dell'art. 1460 cod. civ. a giustificazione delle proprie inadempienze, assumendo anzi la regolarità e la puntualità delle proprie prestazioni (v. sentenza di primo grado pag. 17). Non solo, ma – come rileva il giudice d'appello – il capitolato speciale d'appalto, all'art. 23, prevedeva che "per nessuna ragione la ditta appaltatrice [potesse] sospendere i servizi o rifiutarsi alla loro continuazione, rispondendone sia civilmente che penalmente, il che porta a escludere che la S. potesse invocare la mancata revisione dei prezzi quale causa di giustificazione del proprio inadempimento"».

vamente dilatato dalle estensive interpretazioni della Corte di cassazione e soprattutto a monte della magistratura inquirente, fino a rendere indeterminato il confine tra accertamento penale e merito amministrativo.

Nel settore dei contratti pubblici, l'immobilità del sistema penale rappresenta una delle questioni maggiormente dibattute in dottrina e giurisprudenza, entrambe continuamente tese alla ricerca di interpretazioni adeguatrici.

Il ruolo che assume il negozio giuridico e la sua incidenza rispetto alla fattispecie di cui all'art. 355 c.p., reato balzato agli onori della cronaca per effetto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, soprattutto con riguardo alla fornitura dei dispositivi di protezione individuale, è stato qui indagato anche alla luce dell'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici e delle interferenze privatistiche che vi sono connesse.

Con l'art. 91 del d.l. n. 18/2020, un istituto civilistico quale l'impossibilità sopravvenuta, che estingue l'obbligazione o ne sospende l'efficacia, si riflette sulla imputazione penale del fatto, sì da escludere il perfezionamento del reato sotto il profilo oggettivo, ovvero soggettivo.

A ben vedere, quindi, ai fini della rilevanza penale, sebbene l'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza di legittimità neghi alle vicende civilistiche effetti ripercussivi sulla fattispecie delittuosa – in ragione della natura accessoria del rapporto che collega i due sistemi – si registra l'incrocio e l'interferenza con istituti di matrice privatistica.

Nonostante l'astratta configurabilità delle esimenti della forza maggiore e dell'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, l'art. 91 cit. deve comunque essere interpretato – tenendo conto dei paletti fissati dalla Corte di cassazione – solo all'esito, in concreto, di un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice di cui all'art. 355 c.p. e le ragioni sottostanti alle esimenti appena richiamate.

In tema di delitti colposi, oltretutto, gli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità fanno applicazione della scriminante di cui all'art. 51 c.p. solo nel caso in cui la condotta dell'agente derivi dall'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline imposta da direttive o disposizioni superiori, e non già nei casi in cui la condotta sia caratterizzata da un comportamento negligente o imprudente, che – nel caso di specie – viene in rilievo nell'ipotesi di cui all'art. 355, comma 3, c.p.

Per potersi invocare una impossibilità sopravvenuta, secondo l'esegesi offerta dall'Ufficio del Massimario della Suprema Corte, l'esame demandato al giudice penale è volto ad accertare se, in concreto, il rispetto delle misure di contrasto dell'epidemia abbiano causato l'impossibilità di adempiere da parte del debitore.

La relativa indagine passa per la verifica del collegamento eziologico fra inadempimento dell'obbligazione assunta e causa impossibilitante, quest'ultima rappresentata dal rispetto della normativa sanitaria emergenziale.

Le coordinate ermeneutiche offerte dagli indirizzi dominanti nel formante dottrinario e in quello giurisprudenziale inducono a dare prevalenza alla condotta materiale tenuta dall'agente e alle sue conseguenze, a prescindere dalla ricostruzione giuridica che di tale condotta possa farsi secondo le regole sull'autonomia privata e le logiche pubblicistiche insite nel contratto di pubblica fornitura.

A tale esito si perviene facendo leva sulla distinzione tra comportamento – oggetto di valutazione del legislatore penale – e contratto – oggetto di valutazione del legislatore civile –: il fulcro dell'illecito penale è rappresentato dalla condotta, ossia dal comportamento umano che lede l'interesse protetto tipizzato dalla norma incriminatrice.

Nondimeno, le problematiche connesse alle interferenze tra i diversi rami dell'ordinamento continuano ad assumere rilievo tutt'altro che secondario, riflettendosi anche sulla configurabilità della fattispecie di cui all'art. 355 c.p.

D'altro canto, il reato di inadempimento di pubbliche forniture rispecchia un'esigenza funzionale dell'azione amministrativa, sotto il profilo del legame che intercorre tra necessità del pubblico servizio e utilità che lo stesso persegue.

Queste necessità si rivelano volta per volta in tutta la loro portata in relazione all'interesse pubblico perseguito; nella visuale amministrativa, è attraverso l'applicazione del criterio di immediatezza che, di riflesso, possono individuarsi le “cose od opere” dedotte nel contratto di fornitura.

Deve però ribadirsi che il perimetro del diritto penale, anche nel caso del delitto di cui all'art. 355 c.p., si sostanzia nella lesione di interessi pubblici che sopravanzano le vicende legate all'istituto civilistico dell'inadempimento richiamato nella norma incriminatrice.

La “gravità” dell'inadempimento rispetto all'economia dell'accordo contrattuale, requisito decisivo ai fini della risoluzione contrattuale civile e amministrativa, perde ogni valore in sede di configurabilità del reato, che si realizza anche nei casi di mero ritardo nella pubblica fornitura, quale forma di adempimento inesatto e senza neppure che vi sia la necessità di indagare sull'interesse dell'amministrazione alla tempestiva esecuzione della prestazione, se la fornitura risponde ai tre canoni elaborati dalla dottrina e adottati dalla giurisprudenza: “essenzialità”, “immediatezza”, “attualità”. Enucleando tale trinomio di condizioni necessarie ad attribuire rilevanza

penale alla condotta omissiva, si legittima la scelta normativa di matrice penale, in ossequio ai principi di offensività, sussidiarietà ed *extrema ratio*.

La natura del rapporto che collega diritto penale e diritto civile deve ritenersi, dunque, *accessoria*, in quanto i due sistemi poggiano su pilastri completamente differenti.

L'autonomia del diritto penale dagli altri sistemi giuridici trova conferma ulteriore sul *versante probatorio*. La Suprema Corte ha tenuto saldo il fronte del libero convincimento, rimarcando l'autonomia dell'accertamento del fatto, anche a prescindere dalla necessità del collaudo, sebbene attraverso questo atto la pubblica amministrazione attesti l'avvenuto corretto adempimento.

In definitiva, nel delineare la norma incriminatrice, sembra che il legislatore abbia inteso apprezzare non già il perfezionamento della fattispecie contrattuale, ma la condotta materiale tenuta e il risultato da essa generato, a prescindere dalla ricostruzione che di tale condotta possa farsi secondo le regole sull'autonomia privata e le sottostanti logiche pubblicistiche insite nel contratto di pubblica fornitura⁽⁷⁰⁾.

La valutazione della condotta dell'agente, tuttavia, non può essere disgiunta dall'analisi degli elementi essenziali dell'accordo tra le parti e dall'essenzialità della fornitura, cosicché la sorte della vicenda negoziale rispetto al perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 355 c.p. non è priva di rilievo, atteso che l'inadempimento del contratto integra l'oggetto dell'incriminazione, con cui è in rapporto di interdipendenza.

(70) Non deve trascurarsi che l'architettura concettuale della codificazione civilistica del 1942 ha manifestato da tempo i propri limiti rispetto a una realtà economica e sociale in permanente evoluzione, che ha generato anche una vera propria esplosione della legislazione speciale. Il tema è stato sviluppato nel famoso scritto di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, che ha rappresentato il punto di riferimento di un ampio dibattito scientifico intorno al moto legislativo che ha dato luogo al progressivo svuotamento del codice civile, con conseguente perdita di centralità, e l'affidamento di intere materie a sedi a esso esterne, con espressione di nuovi criteri di disciplina. Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina privatistica, C. CASTRONOVO, *Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione*, in AA.VV., *I cinquant'anni del Codice Civile, Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, II, p. 475 ss. La stessa categoria del contratto – da molti reputata ormai obsoleta, a fronte dell'elevata frammentazione delle singole discipline di settore –, e inadeguata ad assolvere alla sua «funzione storica di fonte di obbligazioni in senso tecnico» – è vista come l'esito di un processo interpretativo di ricostruzione e ricomposizione delle diverse specialità dell'ordinamento all'interno di concetti e istituti comuni alle differenti esperienze giuridiche (G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 53). L'impossibilità di delineare una nozione unitaria di contratto nell'esperienza contemporanea, in una con la crisi dei tradizionali schemi qualificanti, è efficacemente argomentata da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 147 ss.

Riteniamo, in conclusione, che le riflessioni che precedono abbiano messo in evidenza le implicazioni e ripercussioni interdisciplinari che interessano il settore delle pubbliche forniture, le quali depongono per una lettura dell'art. 355 c.p. che tenga conto dell'intricato intreccio tra tutela penale, autonomia negoziale e logiche funzionali della contrattualistica pubblica.

MYRIAM CAROLEO GRIMALDI
Avvocato in Roma