



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato in

DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI, REGOLAZIONE
XXXII CICLO

Titolo della tesi

PUBBLICO E PRIVATO NEI DELITTI A SOGGETTIVITÀ RISTRETTA

(S.S.D. IUS 17)

Tutor:
Prof. Carlo Sotis

Candidato:
Dott. Nicolò Amore

A.A. 2020/2021

PUBBLICO E PRIVATO NEI DELITTI A SOGGETTIVITÀ RISTRETTA

Ringraziamenti

La tesi di dottorato raccoglie i frutti di un lavoro di ricerca condotto sotto la guida attenta e premurosa del Professor Carlo Sotis, e con il costante supporto scientifico e umano dei miei Maestri, i Professori Giovannangelo De Francesco e Antonio Vallini. A loro, perciò, va la mia gratitudine più profonda, e con questo lavoro spero davvero di iniziare a ripagare il debito di tempo e di energie che mi hanno dedicato, per aiutarmi a diventare il giurista che, un giorno, spero davvero di essere.

Alla mia famiglia devo un ringraziamento particolarmente sentito, perché senza di loro non sarebbe proprio stato possibile arrivare sino a questo punto.

Un pensiero va ai colleghi e agli amici con cui ho condiviso questi tre anni di tante gioie e di pochi dolori, nonché alla comunità accademica del Dipartimento giuridico di Viterbo, che mi ha scelto e accompagnato in questo percorso.

Sommario

Introduzione	15
---------------------------	-----------

Capitolo I: La definizione del confine tra pubblico e privato nella legge penale italiana

19

1. L'introduzione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella prima codificazione penale unitaria	19
1.1. <i>La genesi del concetto di Pubblico ufficiale nella sua definizione "per gli effetti della legge penale"</i>	24
1.2. <i>La posizione dei Parlamentari del Regno</i>	28
2. La svolta fascista e la riedizione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella codificazione penale del 1930.....	31
2.1. <i>Dall'elencazione di pubblici ufficiali alla definizione dei pubblici soggetti negli artt. 357 e 358 c.p.</i>	35
2.2. <i>Soggettivismo e oggettivismo nell'individuazione dell'autore qualificato...</i>	39
2.3. <i>L'espansione tentacolare dello statuto penale della pubblica amministrazione: la qualificazione degli operatori bancari</i>	44
3. La riforma del 1990 e il criterio di qualificazione funzionale-obiettivo.....	49
3.1. <i>La parametrizzazione dell'attività amministrativa attraverso le "norme di diritto pubblico e atti autoritativi"</i>	52
3.2. <i>La distinzione del Pubblico ufficiale dall'Incaricato di servizio pubblico ..</i>	56
3.3. <i>I funzionari esteri e dell'Unione europea</i>	60

Capitolo II: La norma definitoria sospesa tra gli effetti penali e i contenuti amministrativi. Il diritto pubblico come orizzonte di senso nella ricerca di una prospettiva di tutela per i delitti del Titolo II

63

1. La normatività debole degli artt. 357 e 358 c.p.	64
2. La qualificazione penale dei soggetti pubblici attraverso le "nozioni dominanti" nel diritto amministrativo	69
2.1. <i>Il significato delle qualifiche pubbliche nelle prime proposte della dottrina "unitaria"</i>	73

2.2. <i>La valorizzazione dei profili organizzativi dell'ente come soluzione al rebus interpretativo: il neo-ontologismo ragionato della concezione "oggettivo-temperata"</i>	78
2.3. <i>L'utilizzo del diritto amministrativo nei paradigmi argomentativi della Corte di Cassazione</i>	84
2.3.1. Gli indici sintomatici della pubblicità dell'ente come strumento di determinazione della pubblicità dell'agente	87
2.3.2. Sulla recente tendenza di adoperare il codice dei contratti pubblici quale "norma di diritto pubblico".....	89
2.4. <i>La crisi della concezione soggettiva della Pubblica amministrazione, tra processi d'ibridazione pubblico-privato e integrazione euro-unitaria</i>	92
2.4.1. La molteplicità dei regimi <i>pubblici</i> nel diritto amministrativo del tempo presente: osservazioni di sintesi sull'utilizzo del diritto amministrativo come parametro di qualificazione dei soggetti.....	96

Capitolo III: Prolegomeni per una ricostruzione funzionale dello statuto penale della Pubblica amministrazione 101

1. L'attività amministrativa e i problemi d'inquadramento nella tradizionale tassonomia pubblico-privato.....	101
1.1. <i>Il disorientamento degli interpreti e i rischi del criterio del magistrato....</i>	102
2. Apriorische Trennung? Alle radici della mitologia giuridica della "grande dicotomia"	105
3. Quale teleologismo per la distinzione penale del pubblico dal privato?	120
3.1. <i>Il bene giuridico di categoria come elemento discriminante nella prospettiva c.d. armonizzante</i>	121
3.2. <i>Lo scopo come "effetto utile concreto" nella giurisprudenza che adopera il codice degli appalti quale indice sintomatico della pubblicità dell'agente</i>	128
4. Dal giudice penale di scopo al giudice penale degli scopi: le fattispecie incriminatrici come direttrici di politica criminale.....	133

Capitolo IV: Il metodo funzional-tipologico nell'interpretazione degli artt. 357 e 358 c.p. 143

1. Considerazioni introduttive.....	143
2. Il primo esperimento di Malinverni	146
3. Il fatto di reato proprio come contesto denotativo della qualifica: dalla concezione narrativa del tipo alle potenzialità esplicative della fattispecie legale...	151
4. Le caratteristiche del reo nel fuoco delle fattispecie a soggettività ristretta del Titolo II.....	155
4.1. <i>I reati di peculato</i>	157
4.2. <i>I reati di concussione</i>	160
4.3. <i>I reati di corruzione</i>	165
4.4. <i>Il reato di abuso d'ufficio</i>	171
4.5. <i>L'omissione di atti d'ufficio</i>	174
5. Aggregazione o disgregazione? Fondamento e limiti della tecnica combinatoria d'identificazione del pubblico agente	176
6. La nuova interpretazione funzional-tipologica degli artt. 357 e 358 c.p.	182
7. Da agente a soggetto passivo: il raffronto tipologico tra la figura del perpetratore e quella della vittima “di diritto pubblico”	183
7.1. <i>La violenza o minaccia e la resistenza a un Pubblico ufficiale</i>	188
8. Alcune sperimentazioni applicative.....	190
8.1. <i>Le mansioni ausiliarie e di segreteria</i>	191
8.2. <i>L'esercizio privato di funzioni pubbliche</i>	192
8.3. <i>L'attività c.d. di “Bancoposta”</i>	192
8.4. <i>Il difensore che verbalizza l'intervista difensiva</i>	195
8.5. <i>Il codice dei contratti pubblici come disciplina di diritto pubblico</i>	197
9. La distinzione tra Ufficiale e Incaricato nel quadro della ricostruzione funzional-tipologica della qualifica	198

Capitolo V: Pubblico e privato nella politica criminale post-moderna. Prolegòmeni di uno studio *de lege ferenda* sulla distinzione tra gli agenti pubblici e privati..... 207

1. La “grande dicotomia” nel diritto penale del XXI secolo	207
2. Dallo studio di funzione alla ricerca di una base empirica comune per i reati dei pubblici ufficiali	209
2.1. <i>I reati del Titolo II come occupational crime</i>	214

2.1.1. L' <i>occupational offender</i> come soggetto attivo dei reati contro la Pubblica amministrazione.....	219
3. Verso un nuovo statuto penale delle attività pubbliche: alcune considerazioni politico-criminali in vista di una riforma del Titolo II “adeguata allo scopo”	221
4. Quale pubblicità per l’agente? Alcune coordinate di massima per una selezione dei soggetti da considerarsi pubblici “agli effetti della legge penale”	228
Conclusioni.....	233
Riferimenti Bibliografici	235

Introduzione

La distinzione del pubblico dal privato rappresenta uno dei capisaldi della modernità giuridica. Una “grande dicotomia”, di cui si trova traccia nei codici pre-Repubblicani, nella Costituzione, nelle leggi ordinarie e finanche nelle Convenzioni post-belliche. Mai compiutamente definita nei suoi connotati essenziali, questa suddivisione di campo serve tutt’ora da presupposto per l’applicazione di una vasta serie di discipline in pressoché ognuna delle esperienze giuridiche occidentali.

Nel quadro giuridico post-moderno, tuttavia, la distinzione del pubblico dal privato è divenuta vieppiù dispendiosa e gravida d’incertezze. Orfana dei capisaldi teorici ottocenteschi che la sorreggevano, sembra conservare un’efficacia puramente evocativa, apparendo ormai incapace di descrivere i confini e le ragioni della sua esistenza. Nel diritto penale, però, essa continua a rivendicare una centralità applicativa sconosciuta in altri settori del diritto, operando (a tacer d’altro) da spartiacque tra il severo statuto penale della Pubblica amministrazione, e quello dedicato alle società di diritto privato. In questa sede, dunque, l’interprete è costretto ad abbandonare l’idea di una dicotomia “innocua”, consistente tutto sommato in una concettualizzazione fine a sé stessa, venendo invece obbligato a fare i conti con la sua effettiva capacità di organizzare e descrivere i regimi giuridici che richiama.

Lo studio che si propone, pertanto, ambisce a individuare le caratteristiche e la funzione che la distinzione del pubblico dal privato assolve nel diritto penale, eleggendo quale suo principale campo d’indagine i delitti a soggettività ristretta contenuti (anzitutto) nel Titolo II del codice Rocco. In buona sostanza, si cercherà di verificare a che condizioni, e secondo quali limiti, questa dicotomia possa conservare una sua validità teorica, e una qualche utilità pratica, nel sistema giuridico in cui ci si trova a operare.

Per soddisfare l’obiettivo della ricerca, il lavoro prenderà le mosse dall’indagine sulla nascita e sull’evoluzione storica dello statuto penale della Pubblica amministrazione, dando conto delle interpretazioni che si sono avvicinate nel tempo per cercare di segnarne con più precisione i confini. Il percorso di approfondimento discenderà progressivamente verso la scaturigine teorico-generale della dicotomia tra

diritto pubblico e diritto privato, individuandone gli aspetti contraddittori e studiando delle alternative ermeneutiche per affrancarla dai suoi obsolescenti postulati ideologici. Nello specifico, si proporrà una rilettura *zweckorientiert* della c.d. “grande dicotomia”, che nella seconda parte della ricerca ci condurrà a raffrontare le diverse opzioni ricostruttive perseguibili per l’individuazione del “fornitore di scopi” nel diritto penale. Dopo aver passato in rassegna i tentativi fondati sia sulla teorica del bene giuridico costituzionale, che sugli “effetti concreti” della decisione giurisprudenziale (c.d. logica orientata all’effetto), si esporranno gli argomenti a supporto di un paradigma differente, di stampo “funzional-tipologico”. In altre parole, si tratta di una metodica incentrata sulla valorizzazione degli scopi politico-criminali desumibili dall’interpretazione teleologicamente orientata delle fattispecie della parte speciale. Si ritiene infatti che in un sistema a legalità formale, basato sulla tutela frammentaria d’interessi giuridicamente rilevanti, l’unico referente normativamente fondato e capace di fornire indicazioni sufficientemente precise sulla funzione assolta dalla dicotomia pubblico – privato, siano le *rationes* sostanziali ricavabili proprio dalle norme incriminatrici che la richiamano. Come si cercherà di dimostrare, infatti, è soltanto attraverso di esse che è dato comprendere le specifiche ragioni politico-criminali che hanno indotto il legislatore penale a dar rilevanza a quel dualismo nei diversi contesti fattuali in cui ricorre.

Grazie alle potenzialità euristiche offerte da questa metodica, nell’ultima parte del lavoro si proverà a sviluppare una nuova interpretazione delle qualifiche, finalizzata a ridurre le ambiguità concettuali e le incertezze applicative che ne circondano da sempre l’individuazione. I risultati che si otterranno, inoltre, verranno spesi pure in chiave *de iure condendo*. In particolare, si tenterà di individuare delle possibili linee di riforma delle posizioni soggettive, che vadano effettivamente nel senso di implementare gli obiettivi di tutela ricavabili dalle disposizioni incriminatrici che andranno a completare, nel quadro giuridico post moderno in cui saranno chiamate a operare.

Capitolo I: La definizione del confine tra pubblico e privato nella legge penale italiana

Nei paragrafi che seguono si ricostruirà sinteticamente l'evoluzione della legislazione penale che ha dato vita ai delitti contro la Pubblica amministrazione, focalizzando l'attenzione sulle tecniche definitorie adoperate per l'enucleazione delle posizioni soggettive c.d. "pubbliche".

Si partirà dalla prima codificazione unitaria, il codice penale "Zanardelli" del 1889, inquadrandone le disposizioni anche alla luce delle esperienze compilative pre-unitarie. Si proseguirà analizzando i contenuti della riforma fascista, dando conto dei risultati applicativi ai quali ha dato vita, con un approfondimento sulla controversa vicenda della qualificazione penale degli operatori bancari. L'ultima tappa sarà costituita dall'analisi dalle novelle dei primi anni '90, con cui sono stati modificati entrambi i confini esterni e interni delle posizioni soggettive pubbliche.

Per il momento, l'analisi si concentrerà prevalentemente sui testi di legge, con lo scopo di fornire un'introduzione alla base normativa che ha fondato la delimitazione del pubblico dal privato in campo penale.

1. L'introduzione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella prima codificazione penale unitaria

Dopo un lungo periodo di transizione governato dalle disposizioni sabaude¹, nel 1889 il Parlamento del neonato Regno d'Italia dotava finalmente il Paese della sua prima codificazione penale². Invero, i lavori per la sua redazione cominciarono sei anni prima, nel 1883, a seguito di molti altri tentativi finiti nel nulla³. Furono promossi dal

¹ Eccezion fatta per i territori dell'ex Gran Ducato della Toscana e per quelli dell'ex Regno delle Due Sicilie, il codice sabaudo venne adoperato integralmente quale normativa penale per l'Italia fin dal conseguimento della sua unità politica.

² Il testo del provvedimento può essere consultato per esteso su antropologiagiuridica.it/cp1889.pdf.

³ Per una sintetica ricostruzione della cronistoria si rimanda a *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, in www.giustizia.it, 35 ss.

Guardasigilli Giuseppe Zanardelli⁴, ma fu necessario l'impegno di ben altri tre successori perché potessero essere portati a termine (meritatamente proprio sotto l'egida di colui che li aveva iniziati, e che presterà poi il suo nome all'opera)⁵.

La faticosa gestazione, però, venne ampiamente ripagata dalla ricchezza e modernità dei contenuti⁶. Il codice del 1889, infatti, rappresentava un mirabile esempio di normativa d'ispirazione liberale⁷, che sulla scorta delle disposizioni penali del Granducato di Toscana del 1853 aboliva la pena di morte⁸, e faceva propri quei principi illuministici magistralmente illustrati qualche tempo prima dai Maestri della scuola classica⁹.

⁴ L'esponente della Sinistra storica fu tra i principali artefici dell'approvazione del codice (sui meriti del Ministro nell'unificazione della legislazione penale italiana v. P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, II, 961 ss.).

⁵ Il testo del 1889 deriva comunque dall'ultimo progetto Zanardelli, che risale al 1887.

⁶ Non a caso, il progetto del 1887 da cui venne tratto il codice ricevette anche il plauso di Franz Von Liszt, che apprezzò particolarmente la lotta contro la pena detentiva breve e le disposizioni relative alla recidiva (cfr. F. VON LISZT, *Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905, I, 266 ss. e 284 ss., richiamato da E. DOLCINI, *Codice penale* (voce, 1988), in [Dig. pen. on-line](#)).

⁷ In merito alle radici ideologiche del codice Zanardelli si rimanda al lavoro di S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1993, 565 ss.

⁸ Invero, nel Granducato la pena di morte fu abolita per la prima volta già nel 1786. Con la consolidazione Leopoldina, infatti, Pietro Leopoldo introdusse modifiche a dir poco all'avanguardia in molti settori del diritto e della procedura penale, facendo della Toscana il primo Stato nella storia ad abolire la pena capitale. Per un'analisi più generale dell'influenza avuta dalla dottrina e dalla normativa toscana sulla prima codificazione penale unitaria si rinvia a T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 397 ss.; per un'indagine storica sul problema della pena di morte nella legislazione penale italiana, invece, si veda per tutti M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, in *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1993, 579 ss.; si veda inoltre E. TAVILLA, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in *Historia et ius*, 10, 2016, 1 ss., che offre un interessante ricostruzione critica del dibattito tra abolizionisti e antiabolizionisti nella dottrina giuspenalistica dell'epoca.

⁹ Al di là delle enfatiche enunciazioni dello Zanardelli nella sua Relazione al Re, il debito culturale del codice con la corrente di pensiero liberale e illuminista si coglie bene "innanzitutto nel rispetto del principio di ascendenza illuministica di legalità dei reati e delle pene", nonché nella "idea del reato inteso come fatto oggettivo dotato di una sua materiale piuttosto che come mera manifestazione di un atteggiamento soggettivo di disobbedienza o di pericolosità" (cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 1). Inoltre, pure nella strutturazione dei singoli istituti, come ad esempio il tentativo (disciplinato dall'art. 61 rispettando la dottrina del *commencement d'exécution* di matrice napoleonica), il concorso di persone (gli art. 63 e ss. ad esempio, distinguevano e graduavano proporzionalmente la responsabilità dei concorrenti a seconda del loro ruolo di compartecipi primari o secondari), oppure anche la legittima difesa (art. 49, co. 2; nell'opera di D. SICILIANO, *Della violenza nel*

L'articolato approvato dal Parlamento del Regno constava di 498 articoli, ordinati in tre Libri, ognuno dei quali a sua volta suddiviso in Titoli e Capi¹⁰. La parte speciale era contenuta nei Libri II ("Dei delitti in ispecie") e III ("Delle contravvenzioni in ispecie"), organizzati rispettando il criterio dell'interesse protetto¹¹. Ed è proprio nel secondo Libro che fecero il loro debutto i c.d. "delitti contro la Pubblica amministrazione".

L'espressione derivava da un armamentario concettuale di matrice francese penetrato con grande ritardo nella nostra penisola¹², segnatamente all'indomani dell'invasione napoleonica del 1796. Seguendo le dottrine correnti in quel momento storico, essa indicava gli organismi che non rappresentavano "un'emanazione diretta della sovranità"¹³, incaricati di compiere quella peculiare "attività concreta"¹⁴ consistente nella "attuazione dei molteplici fini dello Stato"¹⁵. Si era in presenza, quindi,

diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio, Firenze, 2013, infatti, si mettono bene in evidenza le differenze che intercorrono tra la rigorosa strutturazione della scriminante nel codice Zanardelli – che permetteva di reagire a tutela dei beni e della proprietà soltanto laddove si verificasse anche un pericolo per la persona – e le progressive dilatazioni che subirà sotto la spinta della scienza penale fascista; per altri esempi si rinvia a G. VASSALLI, *Codice penale* (voce), in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1960, 269). Non che mancassero le contraddizioni, e non è un caso che a rilevarle fosse proprio E. FERRI, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in *Scuola positiva*, 1895, 3, 109: secondo Ferri, infatti, il "nuovo codice penale", volendo ostinatamente far proprie le "incontestabili classiche teorie", accettava talvolta di arrivare "al colmo dell'insipienza e della crudeltà gratuita", per esempio quando collocava "tutti i furti campestri non più nel novero delle contravvenzioni [...] ma in quello dei delitti, compreso l'efferato crimine di raspollamento arbitrario (art. 405) solo per omaggio alla bizantina questione della bipartizione!".

¹⁰ È interessante notare come gli articoli non siano rubricati, e i nomi dei reati si trovino soltanto nell'indice del codice (per un approfondimento su questi e altri temi legati alle rubriche e alla funzione che svolgono rispetto alla tipicità penale v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.).

¹¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni di S. VINCIGUERRA, *Un nuovo diritto penale all'alba del Novecento: il codice Zanardelli. Appunti di comparazione con il codice del 1859*, in *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2009, XIV ss.

¹² In questa sede non si ha modo di ricostruire la tematica afferente alla nascita della Pubblica amministrazione dando sufficientemente conto al lettore della sua particolare complessità storica e culturale. Per una trattazione più approfondita (e autorevole), pertanto, si rinvia a S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 3 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quad. Fior.*, 2, 1973, 179 ss.

¹³ Cfr. V.E. ORLANDO – S. LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, 48, che in questo dato rintraccia la differenza tra il potere esecutivo e gli organi dell'amministrazione pubblica.

¹⁴ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 2, che introduce tale caratteristica per distinguere più nettamente l'attività amministrativa "dalla legislazione, che ha piuttosto i caratteri dell'astrattezza e della generalità".

¹⁵ V.E. ORLANDO – S. LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 50.

di enti descritti come *sui generis* rispetto a quelli privati (c.d. “pubblici”), e tributari di una funzione reputata valida a distinguerli dalle istituzioni giudiziarie e politiche¹⁶.

Coerentemente, perciò, si pensò di riservar loro una considerazione autonoma anche sul piano penale. Per prima cosa, s'introdussero una serie d'ipotesi criminose pensate per proteggerne le prerogative, e incentrate prevalentemente sull'abuso o comunque sulla violazione *ab interno* dei doveri connessi all'esercizio di quell'ufficio, o altresì sull'interferenza o sull'impedimento *ab externo* delle sue attività. In secondo luogo, si collocarono tali fattispecie in un titolo *ad hoc* (il terzo), ben distinto da quelli contro la “sicurezza dello Stato” (Titolo I) e da quelli commessi contro “l'amministrazione della giustizia” (Titolo IV).

Almeno nella toponomastica, dunque, il codice Zanardelli sembrava distanziarsi nettamente dall'impostazione portata avanti nel “progetto Romagnosi” di codice penale per il Regno d'Italia¹⁷, e ulteriormente sviluppata, tra l'altro, proprio in quel “Programma del corso di diritto criminale” che pure aveva influenzato l'intera impresa codificatoria. In effetti, nell'opera di Francesco Carrara le offese ai danni della P.a. venivano ricomprese assieme a quelle verso l'amministrazione giudiziaria all'interno dei “delitti sociali”¹⁸, nella più ampia categoria dei crimini contro la “pubblica giustizia”¹⁹. Secondo l'illustre Autore, infatti, sarebbe stato fuorviante raggrupparle separatamente come hanno fatto “alcuni moderni”, poiché entrambe le funzioni offese risultavano incentrate sulla soddisfazione del medesimo bene della vita: il “bisogno della tutela giuridica indispensabile al progresso umanitario”²⁰. Pertanto, tali reati

¹⁶ Del resto, “se l'amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio”, cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., 193.

¹⁷ Si rinvia a E. DEZZA, *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia. Il progetto del 1809*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 172 ss.; Per approfondimenti si veda inoltre A. CADOPPI, *Le "formule recise di assoluto rigore" del code pénal*, in *Codice dei delitti e delle pene per il Regno d'Italia*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2002, che a ragion veduta considera questo testo un vero e proprio “manifesto normativo” della scuola italiana di diritto penale d'inizio ottocento; E. DEZZA, *Multa renascentur quae iam cecidere. La plurisecolare vicenda del Progetto sostituito di Giandomenico Romagnosi*, in *Criminalia*, 2009, 157 ss.

¹⁸ Carrara infatti rifiuta la nomenclatura “delitti politici” adoperata anche dal suo Maestro, Giuseppe Carmignani, proponendone una che ritiene più adeguata “perché i delitti che con tali reati si attaccano non sono concepibili nella propria genesi tranne come conseguenza dello stato di consociazione civile; quanto perché i diritti medesimi pertengono a tutti quanti i consociati” (v. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, sez. II, Prato, 1882-1891, 5 ss.).

¹⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 5 ss.

²⁰ F. CARRARA, *Programma del corso*, cit. 11.

dovrebbero essere valutati congiuntamente, come diretti cioè a pregiudicare un'unica grande "istituzione sociale", alla quale le leggi dello Stato hanno addetto "certi uomini affinché con atti e forme determinati convertano in precetto pratico quella legge astratta, e rendano giustizia secondo giustizia quantunque volte il bisogno lo richiede"²¹.

In buona sostanza, quindi, si accreditava una considerazione dell'apparato dello Stato in qualche modo "unitaria", quantomeno dal punto di vista politico-criminale²².

Come visto, invece, nel progettare lo statuto dei pubblici poteri, il legislatore del 1889 sembrava aver adottato una visione più analitica, che avrebbe dovuto implicare anche una concezione dello Stato in cui il principio sovrano veniva attuato col concorso di uffici necessariamente distinti e distinguibili, espressioni di istituzioni (almeno relativamente) autonome l'una dall'altra e differentemente caratterizzate ed orientate²³.

Nondimeno, scendendo dai significanti ai significati, l'impressione che si riceve dal testo del 1889 è che ~~nel codice Zanardelli~~ la distanza tra questa impostazione e la precedente non fosse stata ancora ben assimilata, riducendosi in sostanza a una mera questione d'etichette. Se da un lato, infatti, la relazione al codice predisposta dal Senato

²¹ F. CARRARA, *Programma del corso*, cit. 20.

²² Carrara, si badi, era ben consapevole delle differenze che intercorrono tra le diverse articolazioni dello Stato, così come degli effetti garantistici discendenti dalla loro separazione concettuale e istituzionale. Egli, difatti, non intendeva certo proporre tipizzazioni late e indeterminate al modo della pregressa tradizione dei *crimen laesae maiestatis*, che anzi ripudiò espressamente, e nettamente (a riguardo si leggano le stimolanti pagine di T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, 73 ss.). Tuttavia, non ritenne neppure di percorrere la strada dei "moderni", perché come ricordava nel paragrafo 2486 "è indubitato che anche gli ufficiali dell'ordine politico ed amministrativo esercitano delle attribuzioni di giustizia". Del resto, essendo questi reati per le loro caratteristiche "indivisibili nella loro trattazione", l'effetto ultimo ottenuto da coloro che hanno optato per la nuova denominazione, è soltanto quello di aver "dato implicitamente una prevalenza allo esecutivo sul giudiziario; laddove noi mantenendo la denominazione di reati contro la pubblica giustizia manteniamo la prevalenza del giudiziario sullo esecutivo. Si sarebbero potuti combinare i due sistemi con la formula reati contro la pubblica giustizia e contro la pubblica amministrazione; facile modo, ma sempre vizioso, perché esprime un'antitesi fra l'amministrazione e la giustizia quasi dichiarando questa prosciolta dai precetti di quella: lo che se talvolta avviene nel fatto non può davvero riconoscersi in diritto".

²³ Era questa, infatti, la lezione che veniva tradizionalmente ritratta dalla c.d. "teoria della separazione dei poteri" contenuta nel celebre scritto di CH.-L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2005. A ben vedere, però, come evidenzia M.G. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, 2, dall'opera del filosofo francese si potrebbero in realtà desumere almeno "tre tesi diverse, ognuna delle quali ha una qualche base testuale nell'opera di Montesquieu. La prima tesi, che potrebbe chiamarsi distinzione dei poteri, è una teoria (conoscitiva) delle funzioni dello Stato; la seconda e la terza, che potrebbero chiamarsi rispettivamente bilanciamento dei poteri e spedizione dei poteri in senso stretto, sono invece dottrine (normative) relative alla distribuzione di tali funzioni presso organi differenti".

del Regno d'Italia suggeriva una più netta caratterizzazione per il Titolo III, pensandolo in particolare come rivolto a tutelare “la retta e libera azione del Governo nell’esercizio del Potere amministrativo”²⁴, quella ministeriale, invece, riproponeva ancora una volta il *refrain* del “regolare esercizio dei pubblici Poteri”. Punto di riferimento a dir poco generico, che a ben vedere finiva per ridimensionare anche il significato della sua distinzione dal Titolo dedicato agli illeciti contro la funzione giudiziaria²⁵.

Se non era una vera e propria contraddizione, insomma, poco ci mancava. A testimonianza di un’opzione classificatoria che fu probabilmente il portato di un ossequio (politico e culturale) alle esperienze codificatorie pre-unitarie, piuttosto che “il risultato di un approfondito ripensamento circa la strutturazione della parte speciale del codice”²⁶, evidentemente (e comprensibilmente) ancora influenzate dalle concettualizzazioni della Scuola Classica²⁷.

Ciò permette forse di comprendere meglio anche le ragioni e i limiti della farraginosa definizione dei pubblici ufficiali contenuta nell’art. 207, che inaugura degnamente l’infelice storia delle qualifiche pubblicistiche nel diritto penale italiano.

1.1. La genesi del concetto di Pubblico ufficiale nella sua definizione “per gli effetti della legge penale”

Il Pubblico ufficiale viene schierato dal legislatore in coda al Titolo III, nelle “disposizioni comuni ai capi precedenti”. A dispetto del mancato risalto datogli nella

²⁴ Una definizione, questa, che evidenzia peraltro in modo particolarmente palese come nel nostro Paese si stentasse ancora a comprendere la consistenza giuridico istituzionale dell’*Administration publique*, continuando a confonderla col *pouvoir exécutif* del governo (a riguardo volendo si veda la monografia di S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974).

²⁵ Come è stato giustamente rilevato, “fra le due categorie di incriminazioni non è dato riscontrare un’assoluta autonomia ed una rigida distinzione sotto il profilo unitario della funzione statuale cui si intende accordare tutela e dei soggetti cui si riferiscono le dette incriminazioni” (cfr. F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, 64 ss., che elenca a supporto una serie di condivisibili considerazioni legate alla struttura delle fattispecie incriminatrici dei due titoli).

²⁶ F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione*, cit., 54 ss. Nel prosieguo della trattazione, inoltre, l’autore mette in luce come al conferimento di un’impronta unitaria contribuisse anche lo Statuto Albertino, che pur nominando e differenziando le funzioni amministrative (art. 5), giudiziarie (artt. 68 e 69) e legislative (art. 3), le configurava comunque come eguali emanazioni del medesimo potere sovrano (132 ss.).

²⁷ Tant’è che ne esce indirettamente confermata proprio la posizione di Carrara, che riteneva indivisibili questi due gruppi di reati (v. *Supra*, Cap. I, par. 1).

tassonomia del codice²⁸, infatti, i delitti contro la Pubblica amministrazione erano composti sia da reati comuni, che potevano quindi essere commessi da chiunque, sia da fattispecie proprie, dove invece l'autore era ben individuato, e in questo caso poteva essere soltanto un Pubblico ufficiale²⁹.

La scelta, in certo qual modo, era obbligata. Il disimpegno di funzioni e attività in genere presuppone spesso³⁰ la loro materiale attribuzione a specifiche entità organizzate³¹, immedesimate necessariamente da un determinato numero di persone fisiche³². Nel momento in cui si decide di proteggere penalmente delle funzioni, pertanto, è ragionevole farsi carico sia di garantirne il pacifico svolgimento contro eventuali aggressioni esterne, quanto d'impedirne la possibile manomissione dall'interno.

Si palesa, dunque, la necessità di rintracciare un parametro per distinguere gli *intranei* dagli *estranei*, gli esercenti la funzione dai destinatari della funzione.

Il codice Zanardelli opta probabilmente per la strada più intuitiva: seguendo ancora una volta le orme del del Granducato di Toscana³³ sceglie di concentrarsi

²⁸ Distinzione evidenziata invece anche nel Programma di Francesco Carrara, stavolta certamente più analitico del codice (v. F. CARRARA, *Programma del corso*, cit. 26 ss., che a partire dal paragrafo 2481 distingue tre ipotesi: i delitti di “*persone pubbliche contro persone pubbliche*”, in cui vi rientrano l'ambito e le frodi nelle elezioni agli impieghi pubblici; quelli delle “*persone private contro persone pubbliche*”, come la resistenza o il favoreggiamento; infine, i delitti “*di persone pubbliche contro persone private*”, consistenti nella corruzione, malversazione, concussione, prevaricazione, esercizio abusivo di autorità contro l'interesse privato e rifiuto di servizio legalmente dovuto da parte dei pubblici ufficiali).

²⁹ Sulla peculiarità tipologiche del reato proprio v. *Infra*, Cap. IV, par. 3.

³⁰ *Rectius*, in dipendenza dello loro consistenza qualitativa e quantitativa, nonché della loro complessità tecnica.

³¹ Esse permettono infatti di raggiungere finalità altrimenti inaccessibili senza uno sforzo sovraindividuale, dando vita a un fenomeno collettivo che s'incerna sulla coordinazione di più contributi lavorativi diversamente caratterizzati, orientati al perseguimento di un obiettivo comune ed esplicito (per un approfondimento di questi e altri aspetti legati alla teoria dell'organizzazione si veda per tutti M.J. HATCH, *Organization theory: Modern, Symbolic and Postmodern Perspectives*, Oxford, 2012, trad. it. *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, 2013; A. STRATI, *L'analisi organizzativa. Paradigmi e metodi*, Roma, 2004).

³² Si tratta del resto di “enti teleologici e non organismi fisiopsichici”, che “hanno necessità di servirsi di persone fisiche per manifestare la loro volontà e per raggiungere i loro fini” (E. ORLANDO – S. LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 46).

³³ L'unico codice preunitario, peraltro, che conteneva una definizione espressa di pubblico ufficiale: “Sotto il nome di pubblici ufficiali”, recitava infatti l'art. 165, “vengono tutti gl'impiegati dello Stato o dei Comuni, del pari che di qualunque stabilimento, la cui amministrazione è soggetta alla tutela od alla vigilanza del Governo, o del Comune. I notai, in tutto ciò che concerne all'esercizio delle loro funzioni, sono considerati come pubblici ufficiali”.

sull'esistenza di un collegamento tra l'agente e l'organizzazione incaricata di compiere l'attività da proteggere.

Il ragionamento che sta alla base è piuttosto rudimentale: esercita la funzione colui che presta servizio nell'istituzione a cui la funzione è attribuita. Nello specifico, trattandosi dei reati contro la "Pubblica amministrazione", l'art. 207 afferma al n. 1) del suo primo comma che sono "Pubblici ufficiali" coloro "che sono *rivestiti* di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, *a servizio* dello Stato, delle Provincie o dei Comuni, o di un istituto sottoposto per legge alla *tutela* dello Stato, di una Provincia o di un Comune". La disposizione poi prosegue ricomprendendo tra quei soggetti anche "i notai" (n. 2), gli "agenti della Forza pubblica e gli uscieri addetti all'ordine giudiziario" (n. 3). Infine, aggiunge che sono "equiparati" a essi pure "i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni, durante il tempo in cui sono chiamati ad esercitare le loro funzioni" (co. 2).

L'art. 207, dunque, forniva un lungo elenco di figure soggettive eterogenee, giustapposte a formare un mosaico ordinato senza particolari gerarchie³⁴. Una nozione di stampo marcatamente casistico, che spinse il legislatore ad aggiungere via via altri tasselli nelle singole disposizioni del codice³⁵ e nella legislazione speciale³⁶, per tentare di scongiurare "lacune sostanziali" dovute alla mancata considerazione di "ipotesi strettamente affini a quelle contemplate". Così facendo, però, si realizzò una prima, importante compromissione della "funzione di orientamento socio-culturale" della qualifica: difatti, frammentata com'era in un rivolo di figure soggettive disparate, essa

³⁴ Ci si distanzia dunque dal previgente Codice penale sardo, il quale, pur senza definirle analiticamente, stabiliva una gerarchia basata sulla maggiore o minore dignità delle persone qualificate. In particolare, agli artt. 217 e ss. si distinguevano gli ufficiali pubblici dell'ordine amministrativo o giudiziario, gli agenti impiegati o incaricati di una pubblica amministrazione, gli agenti o depositari della pubblica forza, e infine le persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio.

³⁵ Si pensi ad esempio all'art. 284, che con riguardo alla falsità in atti equipara "ai pubblici ufficiali coloro che sono autorizzati a formare atti ai quali la legge attribuisce pubblica fede"; oppure l'art. 293, che con riferimento all'agiotaggio parla di pubblici mediatori e agenti di cambio.

³⁶ Tra le tante ipotesi, si prenda l'art. 115 del T.U. n. 1447 del 1912, secondo cui "tutti gli addetti alle ferrovie concesse all'industria privata, qualunque sia il loro grado ed ufficio, sono considerati pubblici ufficiali"; o l'art. 74 del T.U. n. 1401 del 1922, che considerava "l'esattore" come "pubblico ufficiale per l'applicazione delle sanzioni penali agli abusi che esso commettesse nella riscossione delle imposte e negli atti esecutivi".

pregiudicava la possibilità di comprendere a pieno quale fosse la *ratio* sostanziale capace di giustificare l'emarginazione dei funzionari pubblici dai privati cittadini³⁷.

A tal proposito, il referente categoriale della “Pubblica amministrazione”, più che contribuire alla determinazione del precetto, ne incrementava l'ambiguità. Già in linea generale, infatti, l'art. 207 annoverava tra gli esercenti la funzione protetta dal Titolo III tutti coloro che erano rivestiti di “pubbliche funzioni”. Una proposizione declinata al plurale e non meglio specificata, che a dispetto della intitolazione del raggruppamento del codice che la ospitava, non sembrava limitarsi a considerare la sola attività di messa in opera delle scelte del sovrano³⁸. Un sospetto che diviene certezza nel momento in cui si finisce di scorrere il resto della definizione, ove si richiama pure la categoria dei notai e perfino dei Pubblici ufficiali “equiparati”.

Con le aggiunte disperse nelle innumerevoli legislazioni speciali, poi, l'ambiguità esonda dalla qualifica sulla classificazione che la ricomprende, trasformando senza più ombra di dubbio i delitti contro la “Pubblica amministrazione” nei delitti contro delle imprecisate “entità pubbliche”. O meglio ancora, contro “gli impiegati nell'apparato dello Stato”, centrale o periferico che fosse. Come messo in luce da autorevole dottrina, infatti, la locuzione “rivestiti di pubbliche funzioni” pareva adombrare un bisogno “di titolo, di investitura”, rischiando “di far passare in seconda linea il momento dell'esercizio effettivo di pubbliche funzioni”. Lo stesso dicasi della formula “a servizio”, che sembrava ricollegarsi alla “esigenza di un rapporto di servizio tra il soggetto e l'ente pubblico”³⁹.

³⁷ I virgolettati sono tratti da T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 30, che con riguardo ai limiti delle tipizzazioni casistiche sintetizza peraltro un pensiero assolutamente unanime nella manualistica italiana (sull'evoluzione delle tecniche di costruzione del fatto di reato si rinvia a A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997).

³⁸ In senso contrario C. CIALFI, *Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale*, in *Riv. pen.*, 33, 1891, 134 ss. secondo il quale le funzioni di cui deve intendersi depositario il pubblico ufficiale sarebbero comunque quelle dipendenti esclusivamente dal “potere esecutivo”.

³⁹ I virgolettati sono di C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 352, che osserva come l'utilizzo di questa espressione incentivi inoltre il legislatore a operare quei rimandi “casistici” che si sono appena analizzati, visto che altrimenti il concetto di “servizio” avrebbe tagliato fuori i casi di “esercizio di pubbliche funzioni, durevole od occasionale, da parte dei soggetti privati”. Sulla stessa linea si pose poi la distinzione tra istituti posti sotto la vigilanza dello Stato, oppure sotto la sua tutela, a significare in quest'ultimo caso un controllo più penetrante dello Stato, esteso anche al conseguimento delle “finalità istituzionali, e quindi indice della rilevanza pubblicistica di queste ultime”. Anche questa distinzione, infatti, induceva a compiere discriminazioni applicative nella prassi, giudicate irrazionali dalla stessa comunità scientifica del tempo: ad esempio, si era negata la qualifica di pubblici ufficiali agli impiegati della Banca d'Italia, e proprio per rimediare a

Volendo sintetizzare, si può dire che l'art. 207 tradisce la denominazione del Titolo che lo ospita, confermando l'impiego in chiave atecnica del concetto di "Pubblica amministrazione" quale termine riassuntivo di qualunque funzione dello Stato⁴⁰. Nel descriverle, peraltro, il legislatore esaltò prevalentemente il rapporto d'impiego, lasciando invece indefinito in cosa queste "pubbliche funzioni" dovessero consistere, quale ne fosse il "minimo comun denominatore" e in che termini si potessero differenziare da quelle private. Il tutto, infine, venne reso attraverso una tecnica normativa confusiva, che complicava la comprensione della *ratio* della norma definitoria: il "novero e la tipologia delle aggiunte e delle eccezioni era tale", invero, da offuscare i "confini tra le diverse categorie [...] a volte, infatti, si giungeva a ricomprendervi categorie che, specie alla luce di ulteriori equiparazioni apportate da leggi speciali, apparivano in posizione quantomeno dubbia (come nel caso degli esattori), altre volte le tracinazioni arrivavano a coinvolgere categorie che a molti sembravano del tutto eccentriche come – solo a titolo di esempio – quelli dei medici condotti comunali"⁴¹.

1.2. La posizione dei Parlamentari del Regno

Di questa ridda di contraddizioni, alimentate dalla giustapposizione di terminologie ampie e indeterminate a cui faceva da contrappunto un'elencazione particolareggiata di figure soggettive disparate, costituì un significativo esempio la vicenda legata alla qualificazione penale dei membri delle assemblee legislative.

La questione tenne banco soprattutto a seguito degli scandali legati alla *Compagnie universelle du canal interocéanique de Panama* in Francia, e della Banca Romana in Italia⁴². Entrambe le vicende avvennero a stretto giro l'una dall'altra, e

questa carenza la legge bancaria dovette in seguito qualificarli espressamente come tali (v. *Infra*, Cap. I, par. 2.3; per altri esempi si rinvia a V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, 15).

⁴⁰ In senso conforme V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1986, 690 ss.

⁴¹ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 12 ss.

⁴² A riguardo si rinvia a C. BERTOLINI, *Il deputato o senatore corrotto*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 329 ss.; v. inoltre A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento possano ai fini penali essere considerati come pubblici ufficiali*, in *Temi veneta: eco dei tribunali*, 9, 1893, 17 ss.

portarono alla ribalta il tema della corruzione politica⁴³, nonché della posizione penale e dei limiti delle guarentigie statutarie riconosciute a Deputati e Senatori⁴⁴.

Il dibattito di quegli anni fu particolarmente intenso, perché da un lato coinvolgeva un fenomeno, quello della criminalità dei parlamentari del Regno, che destò particolare apprensione nell'opinione pubblica, e venne reputato da alcuni commentatori dell'epoca meritevole, se non altro, della medesima tutela penale assicurata a quella dell'apparato amministrativo-giudiziario⁴⁵; dall'altro, invece, evocava un quadro normativo che quella medesima tutela penale non sembrava in grado di assicurare. Perlomeno, non con certezza.

In effetti, a un primo sguardo il n. 1) del primo comma dell'art. 207 pareva andare nel senso di un accorpamento dei membri delle Camere all'interno della medesima posizione soggettiva riservata, anzitutto, ai funzionari amministrativi: come si è visto, infatti, esso qualificava come “pubblici ufficiali” tutti coloro i quali fossero “rivestiti di pubbliche funzioni”. Per “i termini in cui [era] espresso”, dunque, l'articolo sembrava potenzialmente in grado di attribuire la qualifica pubblicistica anche a Deputati e Senatori⁴⁶.

Sennonché, si rilevava, ciò avrebbe contrastato in primo luogo con la ricostruzione “comune e convenzionale secondo cui sono intesi pubblici ufficiali i funzionari dell'ordine amministrativo e giudiziario”⁴⁷.

⁴³ In quel periodo furono date alle stampe numerose monografie sul tema, tre le quali vale la pena ricordare N. COLAJANNI, *Corruzione politica*, Catania, 1888; C. MORINI, *Corruzione parlamentare: mali e rimedi*, Milano, 1895; Si vedano anche gli articoli di G. NATALE, *Scandali e corruzione parlamentare*, *Il ponte*, 4, 1948, 1 ss.; R. RICCI, *Corruzione parlamentare*, in *La rassegna nazionale*, 106, 1899, 22 ss.

⁴⁴ Si vedano gli autorevoli scritti di G. CRISAFULLI, *La guarentigia dei deputati nei procedimenti penali*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 4, 1894, 10 ss.; L. PALMA, *Una nuova questione sui privilegi parlamentari*, in *Rass. scie. soc. pol.*, 1884, 529 ss.; D. ZANICHELLI, *I privilegi parlamentari*, *Riv. dir. pub.*, 1, 1889, 74 ss.; v. inoltre V.E. ORLANDO, *Se compete alla Camera un potere d'inchiesta sulla condotta e sulle qualità morali dei propri membri*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 1, 1902, 102 ss.

⁴⁵ Si legano sul punto le considerazioni di L. CARELLI, *I Deputati sono pubblici ufficiali*, in *Scuola positiva nella Giur. Pen.*, 3, 1895, 116 ss.: “E il Deputato o il Senatore, che vende il suo voto non manifesta la stessa forma di sentimento immorale? Solo la gravità è maggiore; perocché qui non si tratta di funzioni secondarie dello Stato, ma di una delle più alte prerogative della Sovranità, quale è quella di fare leggi. Qui la legittima rappresentanza popolare è usurpata dal corruttore, e al legittimo interesse sociale è sostituito un privato interesse antisociale; qui lo scandalo è maggiore, e più grave l'interesse violato”.

⁴⁶ G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento secondo il codice penale*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 3, 1893, 38.

⁴⁷ G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento*, cit., 37.

Poco male, si potrebbe pensare. Ma c'era di più. Il Titolo III che ospitava la norma, infatti, parlava di delitti contro la sola "Pubblica amministrazione"; referente che sembrerebbe quindi invitare a un approccio interpretativo più restrittivo nei confronti della cerchia dei pubblici ufficiali, almeno nel senso di escludervi i Parlamentari⁴⁸. Nella medesima direzione, poi, sembravano andare anche tutta una serie di fattispecie del codice – gli artt. 123, 187, 191, 194, 195, 200, 204 e 365 – che nei loro precetti trattavano autonomamente o comunque distinguevano espressamente il "pubblico ufficiale" dal "membro del Parlamento". Se questa distinzione non fosse stata ritenuta rilevante, si diceva, non sarebbe certo stata compiuta. E invece essa c'era e veniva praticata proprio perché non si riteneva che i Parlamentari potessero essere equiparati a tutti gli altri pubblici ufficiali (*quod Lex voluit, dixit*)⁴⁹. Del resto, la lettura sembrava conforme proprio alla volontà storica del legislatore, proclive a conferire al Parlamentare uno *status sui generis* in virtù della speciale qualità delle sue incombenze⁵⁰.

Conseguentemente, quindi, i magistrati, i notati, così come i medici condotti comunali, gli addetti alle ferrovie e così via, erano Pubblici ufficiali e potevano rispondere dei gravi reati contro la P.a. Deputati e Senatori, invece, dovevano essere considerati alla stregua di privati cittadini "per gli effetti della legge penale". Non che l'esclusione paresse certa e razionale a tutti coloro che la sostenevano. Si trattò, tuttavia, di un'esclusione che si ritenne comunque di confermare *de iure condito*, anche alla luce

⁴⁸ V. ad es. G. MOLINARI TOSATTI, *Gli abusi commessi dai deputati e senatori nell'esercizio delle loro funzioni e la sanzione parlamentare*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 529, che si richiama all'uopo alla relazione senatoria al codice Zanardelli, tralasciando invece di richiamare il ben più ampio concetto di Amministrazione patrocinato da quella ministeriale (v. *Supra*, Cap. I, par. 1.2).

⁴⁹ Sul punto volendo si vedano le osservazioni di L. TRITONJ, *Se un membro del parlamento sia pubblico ufficiale*, in *Il Filangieri*, 20, 1895, 895 ss., che evidenzia peraltro come la "particella disgiuntiva e differenziale o posta in essi ogni volta che si trattati contemplare in una medesima disposizione i Pubblici Ufficiali e i membri del parlamento basta a rendere chiarissima la lettera della legge e quindi superfluo ricercarne lo spirito".

⁵⁰ A riguardo si rinvia per tutti alla ricostruzione dei lavori che hanno preceduto l'approvazione del codice offerta da G. MOLINARI TOSATTI, *Gli abusi commessi dai deputati e senatori*, cit., 526 ss. Invero, dalla lettura di quel dibattito emerge l'incertezza dei riferimenti epistemologici adoperati per argomentare la tesi del *privilegium legislatoris*. Un problema che è ben evidente anche nelle costruzioni teoriche imbastite da certa parte della dottrina penalistica per supportarla (si riprenda ancora L. TRITONJ, *Se un membro del parlamento sia pubblico ufficiale*, cit., 894 che si perde in un vaniloquio incentrato sull'oziosa distinzione tra una "funzione" che sarebbe propria del solo Parlamentare, latrice di soli diritti; e "l'ufficio", portatore di doveri oltretutto di poteri, che sarebbe invece attribuito a tutti coloro che vengono chiamati a dar esecuzione alla legge).

del privilegio dell'insindacabilità riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto Albertino ai membri delle assemblee legislative⁵¹.

In definitiva, dunque, sembra che il debutto dei delitti contro la Pubblica amministrazione nel nostro ordinamento sia stato condizionato da una patente sfocatura teorica, attribuibile in parte a un *deficit* piuttosto conclamato di approfondimento, e in altra parte all'incapacità di tradurre in termini politico-criminali le recenti (e a dire il vero anche ambigue) concezioni dello Stato cui si tentava di ricollegarsi⁵². E le difficoltà nella delimitazione dei soggetti pubblici ne costituirono una rappresentazione assolutamente icastica.

2. La svolta fascista e la riedizione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella codificazione penale del 1930

⁵¹ Qui il rimando va alle pagine di V.E. ORLANDO, *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento pel titolo di corruzione - nota*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 3, 1893, 135 dove a differenza di molti dei giuspenalisti che si sono occupati del tema, l'esclusione dei Parlamentari dal novero dei Pubblici ufficiali non viene addita come certa e auto-evidente nella legislazione penale. Proprio per questo si ritenne decisivo il richiamo allo Statuto: alla luce della sua preponderanza assiologica, infatti, le sue disposizioni dovrebbero ritenersi derogabili soltanto da una legge inequivoca in tal senso. Ma dato che a riguardo il codice Zanardelli è tutt'altro che perspicuo, ~~e così non è~~, l'insindacabilità sancita dallo Statuto rimane, e rende irresponsabile il Parlamentare anche per gli atti di mercimonio di cui si sia reso autore. Per vero, alcuni studiosi hanno osservato come quella irresponsabilità non potesse però estendersi anche a "fatti che, commessi fuori della Camera costituiscano per se medesimi reati". Il caso era anche quello della corruzione, che potendosi perfezionare pure a seguito della sola promessa della "retribuzione non dovuta", non verrebbe "ad incriminare l'esercizio della sua funzione parlamentare" (G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento*, cit., 38). L'opinione però non convinse l'autorevole studioso, e il motivo è ben sintetizzabile con le parole di A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento*, cit., 16: "noi non possiamo ammettere la distinzione tra voti onesti e non onesti appunto perché per distinguerli bisogna sindacarli" (argomento opinabile, ma che risuona familiare anche al penalista contemporaneo, perché richiama da vicino quello recentemente speso in tema di corruzione parlamentare da Cass. pen., Sez. VI, n. 40347 del 2018, con nota di C. UBIALI, *In tema di corruzione parlamentare (nota a margine del caso Berlusconi-De Gregorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2297 ss.; v. inoltre S. BRASCHI, *Punti fermi e problemi aperti in tema di corruzione parlamentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 706 ss.).

⁵² Al netto della natura non particolarmente univoca delle asserzioni teoriche desumibili dall'*Esprit des lois* (v. a riguardo le considerazioni richiamate *Supra*, Cap. I, nt. 23), già in quel periodo non mancarono autorevolissimi esponenti della dottrina italiana che segnarono come "una separazione effettiva e meccanica delle varie forme dell'attività dello Stato è così possibile come il tagliare a pezzi un organismo vivente pretendendo che continui a funzionare", ammettendo al massimo una valenza "puramente intellettuale" di questa distinzione (V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Milano, 1900, 28).

Le disposizioni del codice Zanardelli furono criticate sin dalla loro entrata in vigore. Gli esponenti della Scuola Positiva⁵³, in particolare, lamentarono una scarsa attenzione al soggetto attivo del reato e, più in generale, alle esigenze di prevenzione del crimine, affievolite dalla complessiva “mitezza delle pene”, e da un trattamento bonario dei recidivi e dei prosciolti per infermità di mente⁵⁴.

Dopo alcuni tentativi di riforma andati a vuoto⁵⁵, tali proposte trovarono terreno fertile a seguito della svolta autoritaria che seguì alla presa del potere del partito fascista. Alcune delle idee avanzate, infatti, si accordarono in maniera particolarmente efficace con le istanze repressive promosse dal totalitarismo, e ricevettero pertanto un significativo riconoscimento in uno dei prodotti normativi più rappresentativi di quell'epoca: il codice penale “Rocco”⁵⁶.

I lavori presero avvio con la legge delega n. 2260 del 1925, e il progetto preliminare del nuovo codice venne presentato nel 1927⁵⁷. L'approvazione arriverà nel 1930, e nella Relazione di accompagnamento il Guardasigilli, convinto esponente del c.d. indirizzo tecnico-giuridico⁵⁸, spiegherà che “il nuovo Codice Penale ha ritenuto migliore avviso non giurare in modo esclusivo nel verbo di una o di altra scuola scientifica. Esso ha ritenuto opportuno prendere da ciascuna scuola soltanto ciò che in esse vi è di buono e di vero”⁵⁹, invero sfruttando l'occasione del compromesso per

⁵³ Si veda in particolare C. LOMBROSO, *Troppo presto*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 47 ss.

⁵⁴ V. E. DOLCINI, *Codice penale* (voce, 1988), cit., a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti in merito.

⁵⁵ Si fa riferimento in particolare al c.d. progetto Ferri di riforma del codice penale del 1921, su mandato conferito dal Ministro della Giustizia Ludovico Mortara nel 1919 (v. *Relazione del presidente Enrico Ferri approvata dalla commissione*, in *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti, Commissione reale per la riforma delle leggi penali*, Milano, 1921).

⁵⁶ Si veda in proposito il contributo di G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in *Riv. sto. dir. it.*, 2011, 287 ss.

⁵⁷ V. *Progetto di un nuovo Codice penale*, Roma, 1927.

⁵⁸ Caposcuola fu proprio il fratello Arturo, partecipe anch'egli della commissione che si occupò di formulare il nuovo codice (sul punto si rinvia a G. DE FRANCESCO, *Rocco, Arturo*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Treccani.it, 2012; sul tecnicismo giuridico e sul metodo della scienza penale in quel periodo storico si leggano inoltre le interessanti considerazioni di M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche (disCrimen.it)*, 28 marzo 2019).

⁵⁹ *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli presentata alla Camera nell'udienza del 19 ottobre 1930 anno VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Gazzettaufficiale.it*, 26 ottobre 1930, 4447.

accentuare la funzione repressiva di entrambe⁶⁰. A ben vedere, è proprio in quest'opera di strumentalizzazione che si può cogliere la cifra riassuntiva della riforma penale fascista: la compilazione del 1930, infatti, piuttosto che esprimere contenuti teorici originali della corrente politica che l'ha ispirata⁶¹, reinterpreta prevalentemente acquisizioni giuridiche in larga parte già sperimentate⁶², piegandole però alla propria visione autoritaria dei rapporti sociali.

⁶⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, 728, prendendo spunto dal sistema del c.d. doppio bianrio spurio adottato dal codice penale fascista, osserva infatti che il legislatore “strumentalizzando il compromesso tra Scuola classica e Scuola positiva, rafforzò la pena con tali misure aggiunte in funzione di conservazione dell'ordine giuridico e di neutralizzazione più che di risocializzazione”; nello stesso senso si veda inoltre G. NEPPI MODENA, *La pena nel ventennio fascista*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Treccani.it, 2012, che parla di “disinvolta composizione pragmatica tra i caratteri delle due scuole”, quale premessa “per affiancare alla tradizionale pena retributiva della Scuola classica, [...] le misure di difesa sociale proposte dalla Scuola positiva, ora denominate misure di sicurezza, commisurate alla pericolosità sociale dell'autore del reato e potenzialmente indeterminate nel massimo [...]”. Attraverso questo vistoso esempio di strumentalizzazione, anzi di vera e propria disonestà intellettuale, viene innescato l'effetto perverso di raddoppiare il carico sanzionatorio nei confronti dei condannati dichiarati socialmente pericolosi. Le finalità di cura, rieducazione e riabilitazione sociale delle misure di sicurezza, sulle quali Rocco si diffonde molto a lungo (pp. 10-12), stanno infatti scritte solo nel codice, posto che la misura di sicurezza viene eseguita, dopo aver scontato la pena detentiva, con modalità sostanzialmente analoghe a quelle previste per quest'ultima, a partire dalla totale privazione della libertà”.

⁶¹ Del resto, il fascismo non fu produttore di contenuti teorici e ideologici autonomi, non essendo neppure “definibile secondo una determinata idea politica, perché non ne ha e si vanta di non averne alcuna, e di non essere una rivoluzione che metta capo a un'idea realizzata e si dia un assetto, ma una rivoluzione che continua all'infinito. Non appena giunse a Roma, esso rinnegò l'intero programma ultrademocratico, che prima aveva divulgato per la stampa, e si fuse col nazionalismo: dichiarando allora il suo capo: - “noi eravamo una forza senza un'idea: il nazionalismo ci apporta l'idea”. - E da allora in poi, a volta a volta, inclinò verso tutte le idee e tutte le tendenze” (cfr. B. CROCE, *Il fascismo come pericolo mondiale*, in *New York Times*, 14 ottobre 1943, disponibile anche su Zanichelli.it).

⁶² Sulla carta, infatti, il codice fascista non sembra neppure distanziarsi dal precedente, mutandone l'impianto, articolato in tre Libri, così come gran parte dei principi richiamati nella parte generale. Ciò contribuirà a far parlare di una vera e propria “continuità sostanziale” tra il codice Zanardelli e il codice Rocco (v. AA.VV., *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981), inducendo autorevole dottrina a individuarne i caratteri più marcatamente autoritari nella sola parte speciale (P. NUVOLONE, *La parte generale del codice dopo cinquant'anni*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981, 39). Nondimeno, pur non sopravvalutando il carattere liberale del codice del 1889 e non scambiando per “originali” le componenti autoritarie che si possono scorgere nell'ultimo (è questo l'avvertimento di G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981, 67), l'impronta repressiva data dalla riforma fascista è particolarmente marcata, e tale da segnare una sensibile deviazione dai contenuti della compilazione liberale: si pensi all'introduzione della responsabilità oggettiva, alla totale irrilevanza dell'errore sulla legge penale, oppure all'arretramento della soglia di punibilità del tentativo (v. E. DOLCINI, *Codice penale* (voce), 1988, cit.).

L'ambito dei reati contro la Pubblica amministrazione risulta particolarmente emblematico di questa tendenza. Essi s'inseriscono, infatti, nel medesimo Libro che li aveva ospitati la prima volta, il II, che si apre dedicando nuovamente le sue prime tre sotto sezioni ai reati contro la sovranità dello Stato e le sue singole funzioni. Il Titolo di riferimento – stavolta il II e non più il III – parla sempre di “delitti contro la Pubblica amministrazione”, e viene ancora una volta distinto da quello concernente i “delitti contro l'amministrazione della giustizia” (Titolo III)⁶³. Al suo interno si può poi rintracciare la sotto-distinzione tra “delitti dei pubblici ufficiali” e “delitti dei privati” che invero non compariva nel codice Zanardelli, ma che s'inserisce comunque all'interno di una tradizione ben consolidata nella scienza penale⁶⁴. Lo stesso dicasi per buona parte delle incriminazioni riportate, consistenti talvolta in vere e proprie trasposizioni delle forme di aggressione previgenti.

A dispetto del quadro politico di fondo, quindi, il legislatore fascista pare adottare in larga misura gli stessi paradigmi della codificazione liberale, contribuendo così a rilanciarne anche le matrici ideologiche. Del resto, la riproposizione della “Pubblica amministrazione” quale referente – per giunta in un contesto sistematico che tratta partitamente i delitti contro la sovranità e l'amministrazione giudiziaria – sembrerebbe avallare proprio quei concetti e quelle distinzioni introdotte dalla teoria illuministica dello Stato⁶⁵.

Se ci si fermasse qui, dunque, si avrebbe l'impressione di trovarsi agli antipodi del proclama mussoliniano “tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro

⁶³ Della scelta di porsi in continuità con l'impianto previgente non fa mistero neppure la *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 113, infatti, “nello staccare i reati compresi nel Titolo I e III del Libro II dal tronco dei delitti contro la pubblica Amministrazione, il Progetto si è attenuto ad un criterio, che è tradizionale nelle codificazioni degli ultimi secoli”.

⁶⁴ La ritroviamo nel *Programma* di Francesco Carrara, così come nel *Code Napoléon* e nel Codice penale sardo (v. *Supra*, Cap. I, par. 1; v. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 125, in cui si dà atto delle risalenti origini storiche di tale partizione, riproposte per esigenze di maggior “ordine razionale” delle disposizioni).

⁶⁵ Lo conferma ancora la *Relazione del Guardasigilli*, cit., 113, quando specifica che “Obbedendo a tale atteggiamento tradizionale della legislazione comparata, il Progetto considera tali gruppi di reati come categorie autonome e per sè stanti”, che “hanno per oggetto specifico i beni o interessi politici dello Stato (delitti contro la personalità dello Stato), ovvero i beni o interessi giudiziari o giurisdizionali dello Stato (delitti contro l'amministrazione della Giustizia)”.

lo Stato”, quale antidoto ad assetti istituzionali “che non erano perfett[i] quando sorsero e che oggi lo sono meno ancora”⁶⁶.

Nondimeno, a un esame più attento l’articolato rivelava tutta una inedita serie di fattispecie late e indeterminate, dotate di una *vis* espansiva degna del *crimen laesae* di romana memoria. Accanto ai reati più recenti, inoltre, si poteva cogliere una sensibile accentuazione delle componenti autoritarie di quelli ereditati dall’esperienza giuridica ottocentesca: si pensi ad esempio all’enfatizzazione del “prestigio” dei soggetti pubblici nei delitti di oltraggio⁶⁷, che manifestava l’intenzione di assicurargli una posizione di particolare privilegio e preminenza rispetto ai privati⁶⁸; o ancora al generale inasprimento della maggior parte delle comminatorie edittali previste per questi reati rispetto alla codificazione ottocentesca⁶⁹. Ma il tassello più rilevante era costituito ancora una volta dalle “disposizioni comuni ai capi precedenti”, che erano proprio quelle che permettevano di separare i “chiunque” dai nuovi alfieri dello stato totalitario.

2.1. Dall’elencazione di pubblici ufficiali alla definizione dei pubblici soggetti negli artt. 357 e 358 c.p.

⁶⁶ B. MUSSOLINI, *Discorso al terzo anniversario della marcia su Roma*, 28 ottobre 1925.

⁶⁷ In tal senso è particolarmente significativa la formulazione dell’art. 341 c.p., che parla espressamente proprio di “onore e prestigio” del pubblico ufficiale. Altrettanto significativa, inoltre, è l’estensione della sua soggettività passiva ai soli incaricati di pubblico servizio che intrattengono un rapporto d’impiego con lo Stato (art. 344 c.p.): secondo il codificatore, infatti, soltanto questi si troverebbero in una relazione di prossimità adeguata con l’Autorità sovraordinata, tale da giustificare la tutela del prestigio (v. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 152; sulla stessa linea si ponevano inoltre gli artt. 346 e 347 c.p.).

⁶⁸ Del resto, per il fondatore di questo movimento politico, “lo Stato”, nelle “sue origini”, è nient’altro che “un sistema di gerarchie. Quel giorno in cui un uomo, fra un gruppo di altri uomini, assunse il comando perché era il più forte, il più astuto, il più saggio o il più intelligente, e gli altri per amore o per forza ubbidirono, quel giorno lo Stato nacque e fu un sistema di gerarchie, semplice e rudimentale allora, com’era semplice e rudimentale la vita degli uomini agli albori della storia [...] Non importa l’origine da cui lo Stato ripete o con cui lo Stato legittima il suo privilegio di creatore di un sistema di gerarchie [...] in tutti i casi lo Stato si estrinseca in un sistema di gerarchie, oggi infinitamente più complesso adeguatamente alla vita che è più complessa in intenzione ed in estensione” (cfr. B. MUSSOLINI, *Stato, anti-Stato e fascismo*, in *Gerarchia*, 1922, 292 ss.).

⁶⁹ La concussione, ad esempio, era punita nella sua forma più grave con la pena da tre a dieci anni di reclusione (e con la multa non inferiore a trecento lire), mentre a seguito della riforma fascista venne punito con la pena da quattro a dodici anni (e con la multa non inferiore a lire tremila); stessa sorte per il delitto di corruzione, sia nella sua forma impropria (in questo caso il massimo edittale è stato aumentato di due anni) che propria (passato dalla pena da sei mesi a cinque anni di reclusione e la multa di cinquemila lire, a quella da due a cinque anni di reclusione e la multa da tremila a ventimila lire).

Nella sua Relazione al Re, il Guardasigilli mostra di avere le idee chiare sulla parametrizzazione dello statuto penale della “Pubblica amministrazione”. Partendo dall’analisi della legislazione antecedente, egli avanzò una serie di rilievi penetrati sull’emarginazione compiuta dal vecchio art. 207, ritenendola “sotto tutti gli aspetti, manchevole, e inadeguata a realizzare una compiuta tutela” degli “interessi della pubblica Amministrazione”⁷⁰. La ragione doveva essere ricercata nella tecnica definitoria impiegata, che non aveva permesso di ottenere “la necessaria compiutezza nella tutela della pubblica funzione”⁷¹. Sul banco degli imputati ricadde soprattutto l’eccessiva parcellizzazione dei Pubblici ufficiali, descritti attraverso “aggiunzioni e assimilazioni”⁷² disseminate qua e là nel tessuto del codice e della legislazione complementare; nonché sulla esasperata soggettivizzazione della pubblica funzione, che indusse gli interpreti a concentrarsi sul tema dell’*investitura* piuttosto che sulla consistenza dell’attività esercitata, producendo “l’equivoco che la tutela penale non tanto concernesse la pubblica Amministrazione, quanto la persona rivestita della pubblica funzione”⁷³.

La prassi applicativa che ne derivò, ondivaga e incerta, costituì agli occhi del Ministro la più importante conferma della bontà dei suoi asserti⁷⁴.

Ma la critica non si arrestò soltanto al piano tecnico-normativo, perché la parametrizzazione dei pubblici soggetti fu considerata pure obsolescente sul versante empirico. Proprio in quegli anni, infatti, si stavano verificando importanti trasformazioni socio-economiche nel Paese, che avrebbero tra l’altro portato l’Italia a passare da un sistema di produzione prevalentemente agricolo, a uno di tipo industriale. Stavano mutando le caratteristiche e i bisogni della società, e corrispondentemente le esigenze a cui l’apparato amministrativo doveva riuscire a dare risposta⁷⁵. Di questi cambiamenti il legislatore penale veniva chiamato a dare un’interpretazione politico-criminale, e a elaborare conseguentemente *un’offerta di tutela* confacente con le esigenze dei nuovi assetti sociali, istituzionali e politici del Paese.

⁷⁰ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114.

⁷¹ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114.

⁷² *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114.

⁷³ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 116.

⁷⁴ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 116.

⁷⁵ Sull’evoluzione nel tempo dei rapporti tra Stato, società ed economia si veda *Infra*, Cap. II, par. 2.4.

In definitiva, tutto cospirava a favore di una rilettura espansiva del concetto penale di Pubblica amministrazione, e conseguentemente delle qualifiche che ne segnavano i confini. La sommatoria della critica alla teoria liberale della separazione dei poteri⁷⁶, dell'esigenza di intercettare e qualificare adeguatamente le nuove forme dell'intervento statale nel tessuto sociale⁷⁷, nonché l'influsso dell'imperante ideologia statolatrica "che tendeva a esasperare, soprattutto sul piano organizzatorio, il naturale incremento della sfera pubblicistica"⁷⁸, sollecitavano infatti ad adottare un approccio estensivo verso la definizione dei soggetti pubblici.

Come noto, l'invito venne colto in pieno e messo a frutto nella forgia dei nuovi articoli 357, 358 e 359 del codice penale. In buona sostanza, non si fece altro che aggiornare e portare alle estreme conseguenze quelle ricostruzioni ottocentesche che, facendo leva anche sugli addentellati forniti dal codice Zanardelli, reputavano "delitti contro la Pubblica amministrazione" ogni offesa "diretta a ledere o esporre a pericolo le prerogative sovrane proprie di tutta l'organizzazione statale, considerata nella sua globalità"⁷⁹.

Il risultato fu un complesso di norme comprensive di una variegata platea di figure soggettive, definite per la prima volta in termini compiutamente generali e astratti⁸⁰ e organizzate secondo un criterio rigorosamente gerarchico.

Innanzitutto venne riproposto il Pubblico ufficiale, stavolta nell'art. 357 c.p. A differenza del passato, il codice Rocco qualificò espressamente come tali tutti coloro che esercitavano "una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria". Come ribadito dal Guardasigilli nella sua *Relazione*, infatti, "tutti i soggetti di diritto pubblico – a qualsiasi di questi tre ordini appartengano – sono detentori di quell'autorità, che in essi si riverbera dall'ente, nel cui nome agiscono; a tutti aderisce quell'elemento pubblicistico, che contrassegna i fini degli enti, della cui realizzazione essi si fanno

⁷⁶ Intesa al più quale semplice criterio di distribuzione di competenze (v. *Infra*).

⁷⁷ A partire proprio da quelle di tipo economico che si stavano iniziando a sperimentare esattamente in quel periodo, e che porteranno alla nascita di ciò che in seguito il Maestro Massimo Severo Giannini denominerà "diritto pubblico dell'economia" (v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995).

⁷⁸ C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 357.

⁷⁹ F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione*, cit., 121.

⁸⁰ Come visto, infatti, nel codice Zanardelli qualifica pubblica era definita attraverso un'elencazione non tassativa di diverse figure soggettive (v. *Supra*, Cap. I, par. 1.2).

organo; e, quindi, rispetto a tutti è concepibile un'offesa, che, attraverso le loro persone, tocca la pubblica Amministrazione, compromettendone il regolare funzionamento”⁸¹.

Nell'articolo successivo, il 358 c.p., fece il suo “debutto” una categoria relegata dalla codificazione del 1889 tra i soggetti passivi delle forme aggravate d'ingiuria e diffamazione: l'incaricato di pubblico servizio. Recuperando la denominazione già impiegata nel *Code Napoléon* (artt. 224 e 230) e nel codice sardo (art. 260), il legislatore fascista lo definì tautologicamente come la persona che presta in qualunque modo un “pubblico servizio”. In sostanza, si cercava di inquadrare quei soggetti che si trovavano a svolgere un'attività di natura pubblica ma d'importanza “limitata”, caratterizzata dalla “modestia delle attribuzioni” che gli sono state attribuite per realizzarla⁸². Pertanto, essi non furono ritenuti in grado di compiere tutta una rilevante serie di delitti, come ad esempio quelli incentrati sull'abuso di poteri (v. art. 323 c.p.), *a fortiori* se di tipo coattivo (è il caso ad esempio dell'art. 319 c.p.). Vennero invece ricompresi tra i soggetti attivi e passivi di altre importanti ipotesi incriminatrici (tra di esse campeggia in particolare la corruzione impropria) quando si trovavano a ricoprire anche la veste di “Pubblico impiegato”, perché si riteneva che in tali casi il “servizio pubblico” si riferisse “al soddisfacimento di bisogni collettivi di speciale importanza”⁸³.

Chiude il gruppo il c.d. “esercitante un servizio di pubblica necessità”, protagonista dell'art. 359 c.p. La figura fu creata dalla l. n. 563 del 1926, per rafforzare il divieto di serrata e di sciopero contro le possibili condotte antagonistiche poste in essere da soggetti al servizio di “imprese di servizi pubblici o di pubblica necessità”⁸⁴. Il codice la recuperò con l'intento di spostare ulteriormente in avanti il confine della regolamentazione penale delle attività pubbliche, facendovi rientrare le professioni che soddisfano “indeclinabili esigenze del pubblico”, che tuttavia “non assumono tale grado di diffusività e tale espansione, da richiedere che, per il soddisfacimento di esso, la

⁸¹ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 112. Accezione in patente antinomia, dunque, con l'impianto classificatorio prescelto, e con il supposto intento di distinguere e rendere compiutamente autonomi i primi tre titoli del Libro II (v. *Supra*, Cap. I, nt. 65). Questa contraddizione uscirà allo scoperto nella prassi, rendendo manifesta la potenzialità onnicomprensiva del concetto di Pubblica amministrazione effettivamente veicolato dalle norme del codice fascista (v. *Infra*, Cap. I, par. 2.2).

⁸² *Relazione del Guardasigilli*, cit., 131.

⁸³ E meritevoli pertanto di una tutela penale rafforzata, v. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 152.

⁸⁴ V. A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011, 801 ss.

pubblica Amministrazione assuma su di sé i mezzi idonei allo scopo”⁸⁵. Ad ogni modo, essa conserva una rilevanza applicativa del tutto residuale, ricorrendo come soggetto attivo soltanto in quattro delle fattispecie contenute nel Titolo II⁸⁶.

Per tutte e tre le qualifiche, infine, si precisò all’art. 360 c.p. l’irrelevanza del possesso della posizione al momento del compimento del fatto, essendo sufficiente che l’illecito commesso si riferisca “all’ufficio o al servizio” che si è avuto modo di esercitare⁸⁷.

Ricapitolando, quindi, la codificazione fascista si pose al crocevia di una fase di transizione tra periodi storici e sistemi istituzionali che avrebbe richiesto di essere governata con lungimiranza, anche attraverso una politica criminale chiara e al passo con gli assetti economico-sociali che si stavano profilando. La risposta fu invece una riproposizione in salsa autocratica della “Pubblica giustizia”, descritta peraltro attraverso una “fitta rete di distinzioni e suddivisioni”⁸⁸ concettuali che, come si avrà modo di osservare tra breve, sembrano almeno in questo caso espressive di un tecnicismo giuridico sfuggito di mano.

2.2. Soggettivismo e oggettivismo nell’individuazione dell’autore qualificato

⁸⁵ Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 122 ss. Nello specifico vengono considerati tali i privati che esercitano una professione sottoposta a un processo di abilitazione da parte dello Stato, e dei quali si sia obbligatoriamente tenuti a valersi in caso di bisogno (si richiamano espressamente le professioni forensi e sanitarie); nonché i soggetti che pur non esercitando una funzione e non prestando un servizio pubblico, adempiano comunque a “un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione” (cfr. art. 359, co. 1, n. 2, c.p.).

⁸⁶ Di quei quattro reati citati, peraltro, tre sono stati abrogati (l’art. 330 c.p., relativo all’abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavoro, l’art. 332 c.p., sull’omissione di doveri di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio, e l’art. 333 c.p., concernente l’abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro). Ad ogni modo, l’incaricato di cui all’art. 359 c.p. compare come autore anche in una fattispecie del Titolo VII, relativa alla *falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità* (art. 481 c.p.). Il pubblico ufficiale, invece, è individuato quale agente anche dai delitti contro la persona disciplinati agli artt. 606, 607, 608, 609, 615 c.p., mentre concorre col incaricato di pubblico servizio a comporre i soggetti attivi della fattispecie di tortura (art. 613-bis c.p.). È sempre il pubblico ufficiale, infine, che compare quale unico destinatario della contravvenzione di cui all’art. 716 c.p.

⁸⁷ Osserva A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., che la disposizione sembra essere stata pensata per affermare l’irrelevanza della “*formale cessazione della qualità*”, ove alla stessa sopravviva comunque una personale, diretta possibilità d’influire sugli svolgimenti dell’attività amministrativa correlata alle mansioni un tempo di competenza”.

⁸⁸ C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 357.

Per la distinzione del pubblico dal privato, il legislatore del 1930 prese le distanze dal metodo descrittivo adoperato dal codice Zanardelli, proponendo per la prima volta una definizione “unica, comprensiva, astratta” dei pubblici soggetti⁸⁹. In tal senso, gli artt. 357 e 358 c.p. fecero piazza pulita della tipizzazione a elenco contenuta nel vecchio art. 207⁹⁰, ritenuta corresponsabile delle lacune incidenti sulla tutela penale delle funzioni dello Stato⁹¹. Al suo posto s'introdusse una vera e propria definizione stipulativa, basata sulla giustapposizione di due parametri differenti: uno di natura soggettiva (indicato nel co. 1 degli artt. 357 e 358 c.p.), e uno di natura obiettiva (messo in risalto principalmente nel co. 2 di quelle stesse norme).

Nello specifico, la descrizione delle due qualifiche principiava dal legame che doveva intercorrere tra il soggetto agente e l'ente, consistente nel c.d. rapporto di pubblico impiego. Osservato con più attenzione, tuttavia, il riferimento alla posizione lavorativa dell'agente sembrava conservare una funzione applicativa soltanto per la specializzazione del regime giuridico degli incaricati di pubblico servizio, contribuendo come visto a selezionare quelli sottoposti a un trattamento penale più rigoroso rispetto agli altri⁹². Ai fini della distinzione del pubblico dal privato, invece, il rapporto d'impiego sembrava passare in secondo piano. Lo dimostrava anzitutto il tenore letterale del co. 2 di entrambe le definizioni legislative, dal momento che vi si affermava che poteva essere qualificata “pubblica” anche “ogni altra persona” che “esercita” o “presta” a qualsiasi titolo⁹³ una pubblica funzione o un pubblico servizio. E

⁸⁹ Cfr. C. GIROLA, *Funzione pubblica e servizio pubblico nel nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 506 ss., a cui si rimanda per l'approfondimento delle critiche che quasi unanimemente la dottrina del tempo muoveva alla tecnica legislativa adoperata in questo frangente dal codice previgente.

⁹⁰ Che aveva ottenuto soltanto l'effetto di “deformare la norma legislativa in una elencazione casistica, facendole perdere i caratteri della astrattezza e della generalità, che le sono proprie” (cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 118).

⁹¹ Lacune valutate con particolare severità dalla riforma fascista, per cui lo Stato era “sopra tutti”, rappresentando addirittura “la continuità morale della Nazione nella storia” (cfr. *Discorso di Benito Mussolini al Consiglio Nazionale del partito fascista*, 8 agosto 1924), e pertanto era considerato meritevole di essere salvaguardato contro tutti quei “fatti che impediscono o turbano il regolare svolgimento dell'attività dello Stato e degli altri enti pubblici” (cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 112).

⁹² In quanto chiamati “al soddisfacimento di bisogni collettivi di speciale importanza” (cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 152; V. *Supra*, Cap. I, par. 2.1.).

⁹³ Permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo.

lo confermava pure l'intento manifestato dal codificatore, secondo cui “la formula adottata dal Progetto esprime assai bene l'intento legislativo di svincolare il concetto della pubblica funzione dal presupposto di una formale investitura, e di ricollegarla invece all'attività pubblica, considerata nel momento del suo esercizio”⁹⁴.

Seguendo la direzione indicata dal legislatore, dunque, la parte prevalente della dottrina si concentrò sull'analisi obiettiva della mansione svolta al momento del fatto, cercando di rintracciare le caratteristiche distintive della funzione e del servizio pubblico rispetto alle attività private⁹⁵. Gli esiti però furono piuttosto equivoci⁹⁶, complice anche la mancata esplicitazione del contenuto tecnico-giuridico dei concetti di “funzione” e di “servizio pubblico”. Non si trattò di una dimenticanza: d'accordo con la relazione di accompagnamento al codice, infatti, questi termini dovevano essere individuati facendo aggio sulle nozioni dominanti nell'ordinamento generale⁹⁷. Conseguentemente, non ci si dilungò troppo nella loro descrizione, limitandosi in buona sostanza a prescrivere tautologicamente che “agli effetti della legge penale” è “pubblico ufficiale” o “incaricato di pubblico servizio”, colui che esercita una pubblica funzione o presta un pubblico servizio.

Col senno di poi, l'affidamento che fu riposto nelle elaborazioni teoriche della dogmatica⁹⁸ ci appare in tutta la sua avventatezza, e si presta indubbiamente a essere letto come uno dei frutti avvelenati dell'ideologia tecnicista del compilatore⁹⁹.

A ben vedere, infatti, tale fiducia venne ripagata soltanto nella distinzione interna tra “funzione” e “servizio” pubblico, ove a prescindere dall'opinabilità dei parametri che furono adoperati¹⁰⁰, gli interpreti riuscirono in breve tempo a convergere su delle coordinate discretime sufficientemente univoche: sin da subito, invero, l'attività

⁹⁴ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 118.

⁹⁵ Tra i principali fautori dell'orientamento di stampo oggettivo si annoverano ad es. F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, 570; P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, 44; Corte Cost., 26 giugno 1974, n. 192, in *giurcost.org*.

⁹⁶ V. *Infra*, Cap. II, par. 2.

⁹⁷ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 117 ss; v. inoltre *Infra*, Cap. II, par. 1 e 2.

⁹⁸ O almeno di quello specifico settore della dogmatica giuspubblicistica che si è occupato di fornire le coordinate per distinguere i soggetti pubblici dai privati (la tematica verrà illustrata più nel dettaglio *Infra*, Cap. II, par. 2.4 ss.).

⁹⁹ Si veda nuovamente C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 357.

¹⁰⁰ V. *Infra*, Cap. I, par. 3.2; v. inoltre Cap. IV, par. 9; infine, in prospettiva *de iure condendo*, si veda Cap. V, par. 4.

funzionale venne descritta come esercizio di un potere autoritativo, certificativo, o altresì “rappresentativo” dell’ente¹⁰¹. Per converso, però, nella definizione del ben più rilevante confine esterno delle qualifiche¹⁰², i parametri obiettivi si rivelarono piuttosto vaghi, e per di più sprovvisti di un’apprezzabile forza di richiamo rispetto alla dicotomia pubblico-privato che erano invece incaricati di rimarcare. Un aspetto che emergeva in modo particolarmente evidente quando si trattava di individuare gli elementi necessari a distinguere il servizio pubblico dalle attività private, con i criteri oggettivi che si facevano a tal punto sfuggenti, da far refluire nuovamente verso interpretazioni soggettivistiche. Come messo in luce da autorevole dottrina, infatti, “regime e contenuto” del pubblico servizio venivano “caratterizzati negativamente, per esclusione dei connotati tipici della funzione. La sola nota positiva” era costituita dalla “qualificazione pubblicistica del soggetto dell’attività: più esattamente, il momento determinante è quello della titolarità dell’attività, che deve spettare a un ente pubblico”¹⁰³.

A cagione del pericolante statuto obiettivo del *servizio*, l’elemento del pubblico impiego riguadagnò dunque quella centralità che gli era già stata propria nella precedente esperienza applicativa¹⁰⁴, trovandosi nuovamente a riscuotere il favore di una parte consistente degli addetti ai lavori¹⁰⁵. Invero, il suo successo venne decretato anche dalla relativa semplicità del meccanismo di qualificazione che prometteva di offrire all’interprete: per individuare la posizione soggettiva dell’agente, infatti, sarebbe bastato risalire alla tipologia di rapporto di lavoro intrattenuto con l’ente pubblico di

¹⁰¹ Per la dottrina si rinvia anzitutto al fondamentale lavoro di A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato servizio nel diritto penale*, Torino, 1951 (esso verrà peraltro approfondito *Infra*, Cap. IV, par. 3); si veda inoltre F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2016, 361 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983, 129 ss.; per la giurisprudenza invece si rinvia tra le tante a Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 1969, Barone, in *CED 113900*; Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 1969, Maida, in *CED 113908*; Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1981, Antonelli, in *Cass. pen.*, 1982, 1321.

¹⁰² Invero l’unico destinato a conservare nel tempo una rilevanza pregnante in termini di differenze sul piano del trattamento giuridico-penale.

¹⁰³ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 362.

¹⁰⁴ Dal codice Toscano sino al codice Zanardelli, come si è già avuto modo di accennare *Supra*, Cap. I, par. 1.1 ss.

¹⁰⁵ Furono fautori dell’approccio soggettivo N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1935, 30 ss.; G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, II, 1950, Bologna, 144 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, V, 1986, 5 ss.

riferimento¹⁰⁶. Un rapporto che aveva il non trascurabile pregio di poter essere descritto facendo aggio su una disciplina positiva effettivamente esistente e facilmente rintracciabile, anziché su complesse e controverse ricostruzioni dottrinali¹⁰⁷.

Nel tempo, tuttavia, i consensi andarono scemando, sia per i risultati applicativi cui iniziò a dare luogo, sia perché questo meccanismo qualificatorio si dimostrò ben presto meno lineare del previsto: da un lato, infatti, si cominciarono a escludere dai soggetti pubblici, ad esempio, i notai e parlamentari, perché sprovvisti di un qualsiasi rapporto di impiego con l'Amministrazione; dall'altro, invece, vi era la necessità di determinare cosa fosse un ente pubblico, il che, al contrario di quanto ritenuto dallo stesso legislatore¹⁰⁸, non era affatto semplice, e lo sarebbe diventato sempre meno col passare del tempo¹⁰⁹.

In definitiva, tra ricostruzioni obiettive e concezioni di stampo soggettivo, il percorso per la parametrizzazione dei confini penali delle attività pubbliche si presentava a dir poco accidentato. Invero, la contestuale valorizzazione di elementi opposti e (ad ogni buon conto) incerti, finì di fatto per consegnare ai giudici un *passé-partout* per applicare le fattispecie proprie del Titolo II a qualunque soggetto dotato di una, seppur minima, caratterizzazione pubblicistica¹¹⁰. S'inaugurò così il periodo delle interpretazioni basate sugli indici rivelatori della pubblicità, ovvero sulla c.d. strumentalità rispetto a una attività pubblica¹¹¹, le quali determinarono un'espansione vieppiù incontrollata dei soggetti destinatari dei reati propri contro la P.a., coinvolgendo anche attività (come ad esempio quelle economico-produttive) e mansioni lavorative (si pensi ad esempio a quella dei c.d. bidelli di scuola elementare), tradizionalmente ritenute estranee al campo d'intervento dei soggetti pubblici.

¹⁰⁶ Si vedano ad esempio i riferimenti giurisprudenziali segnalati *Infra*, Cap. I, par 2.3.

¹⁰⁷ A differenza della “funzione pubblica” e del “Pubblico servizio”, il “pubblico impiego” rappresentava un elemento normativo in senso proprio, poiché rimandava effettivamente a un plesso di norme differenti dalla norma incriminatrice, e già esistente nell'ordinamento giuridico (v. *Infra*, Cap. II, par. 1).

¹⁰⁸ V. *Relazione a S.M. il Re del Ministro*, cit., 4486.

¹⁰⁹ V. *Infra*, Cap. II, par. 2.4.

¹¹⁰ E “in tal modo” – come osserva condivisibilmente, tra gli altri, A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 740 – “recuperando una posizione fondamentalmente soggettiva, perché qualunque pubblico impiego è, di necessità, dotato di mansioni quantomeno “accessorie” a uffici caratterizzati da potestà pubblicistiche”.

¹¹¹ Per un quadro riassuntivo delle diverse prospettazioni teoriche avanzate nella vigenza delle vecchie formulazioni, si veda per tutti F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 866 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., *passim*.

2.3. L'espansione tentacolare dello statuto penale della pubblica amministrazione: la qualificazione degli operatori bancari

L'*Heterogonie der Zwecke* nella definizione *tecnicistica* dell'ambito d'applicazione dei delitti contro la P.a. è ben esemplificato dalla vicenda che ha interessato l'individuazione del regime penale delle attività bancarie¹¹².

Con la caduta del regime e l'avvento della Costituzione del 1948, la questione s'iscrisse all'interno di un quadro normativo ove si prevedeva innanzitutto che "la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito" (art. 47, co. 1 Cost.). La preesistente legge bancaria (R.d. n. 375 del 1936), inoltre, stabiliva una fitta rete di controlli per gli enti esercenti credito "sia nella fase dinamica, sia, soprattutto, nella fase genetica, quella dell'accesso all'attività stessa"¹¹³. La competenza era demandata a un istituto di diritto pubblico, la Banca d'Italia¹¹⁴, i cui funzionari erano qualificati espressamente dalla legge come pubblici ufficiali (art. 10 l.b.)¹¹⁵. Il problema, tuttavia, non si pose soltanto a causa della particolare regolazione del settore, ma anche per la compresenza sul mercato di istituti di credito istituiti dalla legge o comunque in mano al Tesoro¹¹⁶, e aziende di credito formate e organizzate secondo gli schemi civilistici propri delle ordinarie attività economiche private.

¹¹² Il tema è stato al centro di numerosi contributi da parte della dottrina. Tra questi, si ritiene opportuno segnalare i lavori di AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980; G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico e aziende di credito private di fronte al diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1980, 438 ss.; P. NUVOLONE, *Gli istituti di credito di diritto pubblico e il concetto di pubblico ufficiale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1950, 52 ss.

¹¹³ Cfr. V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 599 ss. (*Dejure.it*), che richiama anche l'art. 28 l.b., "a norma del quale, oltre alla verifica della sussistenza di una serie di requisiti formali della banca (caratteristiche organizzative, patrimoniali, etc.), all'autorità centrale era lasciata una valutazione 'sostanziale' condotta sul parametro delle 'esigenze economiche del mercato', con conseguente apertura di un diaframma discrezionale che revocava in dubbio la tesi della natura meramente autorizzatoria dell'atto".

¹¹⁴ Sulla nascita ed evoluzione della banca centrale italiana si rinvia per tutti ad AA. VV., *La Banca d'Italia. Sintesi della ricerca storica 1893-1960*, a cura di F. COTULA – M. DE CECCO – G. TONIOLO, Roma-Bari, 2003; C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004.

¹¹⁵ Sul punto si veda F. BRICOLA, *L'art. 10 della legge bancaria*, in *Problemi penali della legislazione bancaria*, Milano, 1981, 103 ss.

¹¹⁶ Come ad esempio il Banco di Napoli, il Banco di Sicilia, oppure alla Banca Nazionale del Lavoro.

In una prima fase, tale compresenza portò all'applicazione di statuti penali differenziati: i reati contenuti nel Titolo II per i primi, i soli delitti societari e contro il patrimonio per le seconde. La ragione risiedeva nell'approccio interpretativo seguito dalla Cassazione penale, propensa a stabilire la posizione soggettiva degli agenti sulla base della mera etichetta legale assegnata all'ente in cui prestavano servizio¹¹⁷. Le ricadute sul piano applicativo non furono di poco momento, se solo si considera che oltre alle più severe cornici edittali, i delitti dei pubblici ufficiali coprivano anche uno spettro di condotte decisamente più ampio¹¹⁸.

L'interpretazione soggettivista praticata dalla giurisprudenza penale, tuttavia, era avversata sia dalle corti civili, propense a mettere in risalto l'omogeneità dell'attività professionale svolta¹¹⁹, sia da una parte sempre più consistente della comunità politica, sgomenta di fronte alle evidenti disparità di trattamento subite dagli operatori economici nel mercato del credito¹²⁰. Dal canto suo, la dottrina penalistica aveva a più riprese messo in guardia dalle storture prodotte dagli approcci formalistico-soggettivi, peraltro del tutto impermeabili verso una dimensione, quella funzionale, che sembrava invece esser messa in primo piano dalle qualifiche penali¹²¹. L'invito che ne seguì, fu pertanto quello di concentrare l'attenzione sui profili oggettivi dell'attività esercitata, e in particolare sul regime giuridico di "diritto privato" o di "diritto pubblico" in cui veniva prestata¹²².

¹¹⁷ Si veda ad esempio Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 1966, Barberis, in *CED* 103871; Cass. pen., Sez. II, 22 novembre 1978, Bagante, in *CED* 141358, che si basano proprio sulla natura del soggetto collettivo (classificato come "ente pubblico economico") e sull'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente, per qualificare i funzionari delle casse di risparmio come pubblici ufficiali.

¹¹⁸ Si pensi alle norme sulle falsità documentali richiamate dall'art. 493 c.p., a quelle di omissione di denuncia contenute negli artt. 361 ss. c.p., oppure alle fattispecie di corruzione: tutte ipotesi incriminatrici applicabili soltanto ai soggetti pubblici, e sprovviste peraltro di una figura di reato omologabile per i soggetti comuni. Ma si pensi anche alla maggior estensione dei precetti di alcuni reati propri semi-esclusivi, tra i quali spicca in particolare la condotta di "distrazione", punibile nel peculato ma non sussumibile nel concetto di appropriazione richiamato dall'art. 646 c.p. (a riguardo si rinvia per tutti alle osservazioni di A. PAGLIARO, *Peculato e abuso di fido bancario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 533 ss.; S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione e rischio d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 486 ss.).

¹¹⁹ Si veda V. CAVALLARI, *Spunti processuali penali in tema di attività bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, 390 ss., e i riferimenti giurisprudenziali richiamati nel testo della relazione.

¹²⁰ Si vedano ad esempio gli interventi del Presidente del Consiglio Cossiga e del Ministro del Tesoro Pandolfi richiamati da G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico*, cit., 441.

¹²¹ V. per tutti C.E. PALIERO, *Lo statuto penale degli "operatori bancari" fra disciplina comunitaria e diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1361.

¹²² Sul punto si rimanda a M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico (a proposito dei dipendenti degli istituti di credito di diritto pubblico)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, 217 ss., che afferma la

In qualche misura, le Sezioni Unite della Cassazione penale provarono a farsi carico delle preoccupazioni espresse. I termini, però, furono piuttosto lontani da quelli sperati. Supportate da norme definitorie tautologiche, per giunta composte da concetti al centro di annosi dibattiti dottrinali¹²³, le Sezioni Unite ebbero buon gioco nel raccogliere gli inviti ad assicurare l'eguale trattamento degli operatori bancari e una maggior attenzione all'attività che li caratterizza, per parificarli tutti sotto il regime previsto per gli agenti pubblici: esaminando la particolare caratterizzazione della normativa bancaria¹²⁴, infatti, la Corte dichiarò che "ogni attività bancaria volta alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito è contrassegnata da un immanente interesse pubblico e come tale essa acquista la qualità di servizio pubblico in senso oggettivo, con la conseguenza che i privati legittimati a compierla acquistano la qualità di incaricato di pubblico servizio"¹²⁵.

Il provvedimento non ebbe molto fortuna: nel giro di un mese venne smentito dalle Sezioni Unite civili¹²⁶, e tempestato di critiche dalla quasi totalità della dottrina. Innanzitutto, si evidenziò come la parità di trattamento sbandierata dalla Corte, fosse stata in realtà conseguita soltanto in parte¹²⁷. In secondo luogo, si osservò che la tesi del

necessità di guardare alla tipologia di "regolamentazione" per determinare "l'appartenenza di un dato tipo di condotta ad una delle due grandi province dell'ordinamento: il diritto pubblico e il diritto privato. A seconda, cioè, che il suo svolgimento avvenga sotto il regime dell'uno o dell'altro l'attività sarà pubblica o privata: *rectius*, di diritto pubblico o di diritto privato". Linea di pensiero ulteriormente sviluppata da C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 371, seppur in senso maggiormente sostanzialistico.

¹²³ Ne sembra cosciente lo stesso Guardasigilli: nell'illustrare la definizione di "funzionale pubblica", infatti, egli afferma espressamente di essersi "astenuuto dal prendere in esame e dall'inserire nel testo legislativo la soluzione dei problemi di stretta indole dogmatica", trattandosi a suo avviso di compiti che esulano dalla "legiferazione penale, e devono ritenersi riservati alla scienza del diritto amministrativo" (*Relazione del Guardasigilli*, cit. 118 ss.; sul rapporto tra diritto penale e amministrativo v. *Infra*, Cap. II). È quindi ben consapevole di star introducendo nel diritto penale, concetti dogmatici dotati di elevata complessità tecnica e soprattutto altamente polemogeni.

¹²⁴ Orientata come visto alla tutela di un interesse protetto dalla Costituzione, e sottoposta ad autorizzazioni e controlli stringenti da parte di un'autorità amministrativa centralizzata.

¹²⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 10 ottobre 1981, Carfi, in *For. It.*, 1981, 553 ss. con nota di F. CAPRIGLIONE, *Qualificazione dell'attività bancaria e imprenditorialità degli enti creditizi*, *ibidem*; nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 765 ss., con nota di M. ROMANO, *La "parificazione" tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione*, *ibidem*.

¹²⁶ Cass. civ., Sez. Un., 26 novembre 1981, in *Foro it.*, 1982, 1596, che ribadirono la natura privata delle attività bancarie.

¹²⁷ V. C.E. PALIERO, *Lo statuto penale degli "operatori bancari"*, cit., 1364, che mette in luce come nel filone giurisprudenziale che ne è derivato "il discutibile corollario esegetico della "parificazione" è infatti consistito nella punizione a titolo di *peculato* delle appropriazioni da parte dell'operatore pubblico

servizio pubblico oggettivo¹²⁸ non poteva essere sostenuta sulla base degli artt. 357 e 358 c.p., per i quali il pubblico servizio doveva comunque essere inteso alla stregua di “un’attività ‘soggettivamente’ sempre della pubblica amministrazione, proprio come è ‘soggettivamente’ sempre attività della pubblica amministrazione la pubblica funzione”. In tal senso, quindi, la funzione del co. 2 dell’art. 358 c.p. sarebbe soltanto quella di “affermare che la medesima attività privata della pubblica amministrazione svolta da soggetti pubblici impiegati può egualmente essere svolta, con i medesimi effetti penali, anche da soggetti privati estranei all’organizzazione strutturale della pubblica amministrazione stessa. Se soltanto si ha cura di considerare la contrapposizione negli artt. 358 e 359 c.p. tra pubblico servizio e servizio di pubblica necessità, si comprende che il riferimento normativo è evidentemente alla concessione amministrativa”¹²⁹.

Davanti a queste critiche, per vero tutt’altro che irresistibili¹³⁰, i giudici penali non si scomposero, rimanendo fedeli all’orientamento “pubblicistico” fino al 1987, anno in cui intervenne una nuova decisione a Sezioni Unite: la sentenza “Tuzet”.

(art.314 c.p.), a titolo, invece, di *malversazione* delle appropriazioni da parte del dipendente di una banca privata (art. 315 c.p.)”.

¹²⁸ La paternità si deve all’autorevole giuspubblicista U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. Essa fu formulata valorizzando una prospettiva puramente oggettivo-funzionale ricostruita a partire da riferimenti tratti dal diritto costituzionale (artt. 2, 3, co. 2., 41, co. 3, e oggi si potrebbe aggiungere anche 118, ult. co. Cost.), quale attività orientata, attraverso una serie di specifici programmi e controlli, alla prestazione di servizi d’utilità sociale e d’interesse generale. La teoria ha avuto una grande influenza sul dibattito scientifico italiano, venendo ripresa anche in tempi più recenti da Cons. St., Sez. V, n. 911 del 2013, in *giustizia-amministrativa.it* (i rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo *in subiecta materia* saranno approfonditi *Infra*, Cap. II).

¹²⁹ Cfr. M. ROMANO, *La “parificazione” tra operatori*, cit., 773 ss., il quale prosegue precisando che “in realtà, l’unico modo, da un lato per non creare una assurda frattura tra i nn. 1 e 2 dell’art. 358, dall’altro per non unificare indebitamente le ipotesi degli artt. 358 e 359, che la legge distingue tra loro molto nettamente, è di intendere invece in ogni caso per pubblico servizi ai fini penali *un’attività propria dello Stato o d’un altro ente pubblico*, svolta o da pubblici impiegati (n. 1), oppure da privati, ma pur sempre in forza di una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione (n. 2)”; sul punto v. inoltre F. BRICOLA, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisioni delle Sezioni unite e progetti di riforma*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, II, Milano, 1997, 3233 ss.

¹³⁰ Lo mise in luce per tutti (e a tutti) l’autorevole voce di F. MARINUCCI, *Gestione d’impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 439, evidenziando tra l’altro che la “limitazione formale” dell’atto di concessione “non si lascia però ricavare dalla legge penale: la si mutua da una concezione amministrativistica del pubblico servizio, ormai abbandonata anche da chi l’ha patrocinata in passato”. Inoltre, “il pericolo di sconfinamenti e confusioni” tra gli artt. 358 e 359 c.p. “è neutralizzato, in partenza, dallo stesso chiaro dettato della legge penale”, che fornisce “una elencazione tassativa, e per di più residuale” dei servizi di pubblica necessità.

La pronuncia fu resa sull'onda lunga delle accese polemiche dottrinali scaturite dalla Carfi, e colse il pretesto di un mutamento normativo in realtà meno dirimente di quello che si voleva far sembrare¹³¹, per dichiarare infine che “il modulo privatistico nella gestione dell'intermediazione creditizia e gli strumenti negoziali di diritto privato con i quali sono regolati i rapporti con i fornitori dei servizi, collocano l'ordinaria attività bancaria, indipendentemente dalla natura dell'ente che la esercita, nella sfera del ‘privato’”¹³².

L'interpretazione è rimasta stabile sino a oggi, andando a valorizzare la caratterizzazione *tout court* privatistica di un'attività interessata del resto da politiche di liberalizzazione vieppiù incisive¹³³.

In conclusione, volendo tirare le somme, la vicenda testimoniò in maniera chiara come nel passaggio dal polo della descrizione casistica a quello opposto della definizione tecnicistica, il legislatore non sia mai riuscito a esprimere direttive politico-criminali chiare sulla distinzione del pubblico dal privato. Al contrario, gli indici volta per volta proposti hanno spesso conseguito il solo effetto di far girare a vuoto la dottrina su elementi assolutamente formali, oppure su dati e teorizzazioni giuspubblicistiche superate, o comunque dotate di scarsa forza di richiamo nel settore penale¹³⁴. Una situazione che lasciò di fatto libera la giurisprudenza di plasmare a suo piacimento lo statuto penale della Pubblica amministrazione. Attività che svolse per vero con

¹³¹ Per approfondimenti sull'impatto avuto dalla direttiva CEE n. 77/780 si rinvia per tutti a G. GIACALONE, *È indifferente per il diritto comunitario lo statuto penale degli operatori bancari*, in *Foro it.*, 1987, 345 ss.

¹³² Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Foro it.*, 1987, 481, con nota di G. GIACALONE, *Vecchio e nuovo nella qualificazione giuridica dell'attività bancaria*, *ibidem*, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695, con nota di C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è “comune” la qualifica giuridico penale degli operatori bancari*, *ibidem*; v. inoltre F. BRICOLA, *Le banche e le sezioni unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, 111 ss. La sentenza tuttavia prosegue precisando che “lo statuto penale della p.a. è applicabile all'attività degli enti creditizi pubblici che esula dalla gestione economica, ai compiti collaterali che gli enti creditizi, pubblici e privati, svolgono in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, nonché all'attività bancaria connessa con i crediti di scopo”.

¹³³ V. *Infra*, Cap. II, par. 1 e ss.

¹³⁴ Sorprendentemente, infatti, nei vari tentativi di risoluzione del *rebus* interpretativo posto dalle qualifiche pubbliche, non è dato riscontrare, almeno non diffusamente, alcuna verifica sulla congruenza funzionale per il diritto penale, delle ricostruzioni teoriche che si tentarono d'importate dalle altre branche del diritto (sul punto v. anche *Infra*, Cap. III, par. 3.1).

particolare dedizione, proponendo soprattutto letture sostanzialistico-funzionali tese, in modo più o meno scoperto, a rattoppare anche le falle del diritto penale societario¹³⁵.

3. La riforma del 1990 e il criterio di qualificazione funzionale-obiettivo

Il legislatore tentò di invertire la rotta nel 1990, con la legge n. 86, seguita poi dalla n. 181 del 1992, con cui si modificarono numerose previsioni in materia di delitti contro la Pubblica amministrazione, compresi gli artt. 357 e ss. c.p.¹³⁶.

Per quanto qui interessa, a seguito della novella la qualificazione dei soggetti pubblici venne affidata a un criterio prettamente oggettivo. Segnando un punto di forte discontinuità rispetto alle criteriologie del passato, infatti, nel nuovo testo venne eliminato ogni riferimento al rapporto di dipendenza con lo Stato o altro ente pubblico¹³⁷. L'attenzione veniva invece concentrata sulle caratteristiche dell'attività svolta¹³⁸, restando perciò relativamente indifferente il fatto che a compierla fosse una "soggettività privatistica" ovvero una compiutamente pubblica¹³⁹.

¹³⁵ In proposito si leggano le considerazioni di M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione*, cit., 1332; V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit.; G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione*, cit., 435 ss.; A. VALLINI, *La nozione di "incaricato di pubblico servizio"*, cit., 306 ss.; v. inoltre G.M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 424 ss.

¹³⁶ Per un'analisi dei contenuti della riforma si veda A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, 1992, 566 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 815 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 539 ss.

¹³⁷ A riguardo si veda A. PAGLIARO, *Brevi note sulla riforma del delitto contro la pubblica amministrazione*, in *Ind. pen.*, 1989, 27.

¹³⁸ A conferma di ciò si evidenzia anche l'eliminazione di tutti i riferimenti al rapporto intersoggettivo tra ente pubblico e titolare della funzione, interrompendo così una tradizione che durava fin dai codici preunitari (v. *Supra*, Cap. I, par. 1.1).

¹³⁹ Come è stato osservato, in effetti, la rilevanza della "natura giuridica del soggetto cui l'attività viene riferita" continua a conservare una qualche rilevanza "sempre nel rispetto rigoroso del criterio funzionale oggettivo, in termini di verifica dell'eventuale mutamento del regime cui è sottoposta l'attività, a seconda che essa venga assunta dall'ente pubblico, ovvero delegata ad un soggetto privato" (cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, Art. 357 (Commento), in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, coordinato da T. PADOVANI, 1996, Torino, 458 ss.).

Nello specifico, l'art. 357, co. 1, c.p., elenca nuovamente le stesse tre attività rilevanti, ossia quella "legislativa", quella "giudiziaria"¹⁴⁰ e quella "amministrativa". Ai fini dell'attribuzione della qualifica, dunque, le diverse funzioni dello Stato appaiono ancora una volta assolutamente parificate l'una all'altra: il *funzionario* amministrativo, giudiziario e legislativo, infatti, risultano egualmente abilitati a compiere e a subire i medesimi delitti del Titolo II, senza che dalla riconduzione all'una o all'altra funzione possano neppure derivare divergenze significative in merito al regime giuridico della responsabilità¹⁴¹.

La riproposizione di una simile opzione politico-criminale sollevò qualche perplessità in una parte della dottrina. Le ragioni non risiedevano soltanto nella sottovalutazione dei problemi di tipicità a cui tale soluzione unitaria poteva dare luogo¹⁴²: invero, si osservò come il conferimento di un medesimo regime penale ad attività pubbliche affatto diverse, oltre a rappresentare una peculiarità del nostro ordinamento, costituisse anche una scelta *di continuità* rispetto alle matrici ideologiche sottese al codice del 1930, tendenti alla "unità della sovranità e alla degradazione della teoria della separazione dei poteri a semplice criterio di distribuzione delle competenze"¹⁴³.

Tali considerazioni, tuttavia, vennero respinte da chi rimarcò che "la disciplina penale obbedisce a una logica interna a sé medesima: quella di assicurare la tutela dell'intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici. Di fronte a questa esigenza

¹⁴⁰ Il testo proposto in prima battuta prevedeva invero il riferimento alla funzione "giurisdizionale". L'indicazione fu riportata a quella "giudiziaria" che era già stata adoperata dal codice Rocco solo con la l. n. 181 del 1992. Si voleva evitare di ingenerare fraintendimenti in merito all'applicabilità del Titolo II anche al Pubblico ministero, perché secondo la dottrina processual-penalistica dominante tale organo non svolgerebbe una funzione propriamente giurisdizionale (v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 69 ss.).

¹⁴¹ Soprattutto a seguito del progressivo affiancamento dell'incaricato di pubblico servizio in tutte quelle fattispecie dalle quali era stato originariamente escluso (si pensi ai delitti di corruzione e di concussione ad esempio, v. *Supra*, Cap. I, par. 2.1).

¹⁴² Specie con riferimento alla funzione legislativa (a riguardo si rimanda a F. CINGARI, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2017, 176 ss.; G. FIANDACA, *Abuso di funzioni costituzionali e responsabilità penale (considerazioni provocatorie nel clima della deriva democratica berlusconiana)*, in *Potere e responsabilità nello Stato Costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Torino, 2013, 137 ss.; si veda inoltre la recente sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 40347 del 2018, con nota di C. UBIALI, *In tema di corruzione parlamentare*, cit.; v. inoltre S. BRASCHI, *Punti fermi e problemi aperti in tema di corruzione parlamentare*, cit.).

¹⁴³ Cfr. F. BRICOLA, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, 1970, 129; sul punto si veda inoltre F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione*, cit., 3 ss.

globale poco importa al diritto penale se l'attività tutelata sia legislativa, amministrativa, giurisdizionale o di governo”¹⁴⁴. Del resto, come si è già avuto modo di osservare, i c.d. “pubblici poteri” erano trattati in modo tendenzialmente indifferenziato anche nel periodo liberale post-unitario, col concetto di Pubblica amministrazione adoperato fin dal suo esordio in un’accezione del tutto lata e atecnica¹⁴⁵.

In tal senso, dunque, più che la continuità con un’ideologia reazionaria del passato, la scelta compiuta dalla riforma del 1990 sembra accreditare la perdurante incapacità del legislatore di confrontarsi sul piano politico-criminale con la teoria della divisione dei poteri. In effetti, per il diritto penale italiano il significato della distinzione analitica tra le diverse funzioni dello Stato non sembra andare oltre il piano meramente terminologico. Anzi, l’impiego di quegli stessi termini in un ambito che non appare autorizzarne l’attribuzione dei medesimi contenuti, finisce anche per esser fonte di equivoci più o meno gravi, a partire dalla ricostruzione dell’oggettività giuridica dei reati che li richiamano¹⁴⁶.

Scendendo nell’analisi delle singole funzioni, con la l. n. 86 del 1990 non si è compiuto alcuno sforzo per precisare i connotati delle prime due, ossia quella legislativa e giudiziaria. A ben vedere, però, l’omissione sembra potersi giustificare in base al fatto che l’individuazione dei soggetti che le esercitano non abbia solitamente dato luogo a particolari difficoltà nella prassi¹⁴⁷.

Al contrario, la definizione dell’attività amministrativa ha rappresentato da sempre l’aspetto più controverso e polemogeno nell’applicazione delle qualifiche pubbliche. Comprensibilmente, pertanto, l’attenzione si è concentrata soprattutto sulla sua determinazione. In particolar modo, si è cercato di parametrarne i confini dando

¹⁴⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto*, cit., 5 ss.

¹⁴⁵ V. *Supra*, Cap. I, par. 1 e ss., ed eccezion fatta per la *querelle* relativa alla qualificazione dei Parlamentari del Regno, su cui si veda quanto esposto *Supra*, Cap. I, par. 1.2; v. inoltre anche *Infra*, Cap. I, par. 3.3.

¹⁴⁶ La dottrina ormai dominante, infatti, tende a individuare come bene giuridico protetto dalle fattispecie del titolo II, il “buon andamento” e la “imparzialità” richiamati dall’art. 97, co. 2, Cost. A prescindere dalla capacità denotativa che può essergli ascritta, questi due parametri sono indicati dal costituente con riferimento alla sola “Pubblica amministrazione” intesa quale depositaria della “funzione amministrativa”, e quindi non come concetto di genere impropriamente riassuntivo di tutte le attribuzioni dello Stato (a riguardo si rinvia inoltre alle considerazioni svolte *Infra*, Cap. III, par. 2 e 3.1).

¹⁴⁷ A riguardo si veda tra le tante la pronuncia Cass. pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 1086, in *Cass. Pen.*, 1999, 117. A ben vedere, la spiegazione può essere ricavata anche dalla diversa natura degli elementi che aggettivano la funzione: *normativa* per i primi due, *valutativa*, invece, per l’ultimo (v. *Infra*, Cap. II, par. 1).

primariamente risalto alla tipologia di disciplina deputata a regolarla, stabilendo conseguentemente che è “amministrativa” soltanto quell’attività “disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi” (art. 357, 1° comma, c.p.). Tra di esse, inoltre, si è specificato che s’intendono in ogni caso escluse le “mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale” (art. 358, 2° comma, c.p.).

Nell’ambito dell’attività amministrativa così delimitata, infine, si è confermata nuovamente la ripartizione interna tra la *funzione* (esercitata dal Pubblico Ufficiale) e il *servizio* (prestato, per l’appunto, dall’Incaricato di pubblico servizio), stavolta però organizzandola espressamente sulla base degli indici obiettivi dell’esistenza o meno di poteri autoritativi, certificativi o *rappresentativi*¹⁴⁸.

3.1. La parametrizzazione dell’attività amministrativa attraverso le “norme di diritto pubblico e atti autoritativi”

Il legislatore ha dunque segnato i confini dell’attività amministrativa in termini prettamente oggettivi, e, come si usa dire¹⁴⁹, in due direzioni: *verso l’alto*, sulla base della natura della disciplina che la regola (art. 357, co. 2, c.p.); *verso il basso*, guardando alla consistenza delle mansioni effettivamente svolte (art. 358, co. 2, c.p.). In sintesi, quindi, “esercita” una funzione amministrativa o “presta” un pubblico servizio, chi svolge un’attività sottoposta a una disciplina pubblicistica, non consistente in prestazioni d’ordine o meramente materiali: *si è pubblici soggetti per ciò che si fa, non per ciò che si è*¹⁵⁰.

È evidente lo sforzo compiuto per specificare meglio le caratteristiche delle qualifiche, e per cercare così di porre rimedio a quella carenza di tassatività, che aveva

¹⁴⁸ Si afferma più precisamente che “è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi” (cfr. art. 357, co. 2, c.p.; v. *Infra*, Cap. I, par. 3.2).

¹⁴⁹ Si veda ad esempio Cass. pen., Sez. VI, 10 febbraio 1996, n. 1653, in *Cass. pen.*, 1997, 75, che si diffonde ampiamente sulle caratteristiche dell’impostazione oggettivo-funzionale abbracciata dalla riforma del 1990.

¹⁵⁰ La distinzione interna tra funzione amministrativa e pubblico servizio, invece, si gioca adesso sul possesso di determinati “poteri”, indicati attraverso un’elencazione tassativa dall’art. 357, co. 2, c.p. (v. *Infra*, Cap. I, par. 3.2).

permesso alla giurisprudenza di applicare le fattispecie del Titolo II perfino alle imprese bancarie. In effetti, nel distinguere il pubblico dal privato il legislatore si è avvalso di una criteriologia che era già stata sostenuta da alcuni degli esponenti più autorevoli della dottrina giuspenalistica¹⁵¹, traducendola peraltro in legge prendendo letteralmente a prestito uno schema per la riforma degli artt. 357 e 358 c.p. predisposto poco tempo prima da uno di questi¹⁵².

Seppur approvate a seguito di “un travagliato ed annoso iter parlamentare”¹⁵³, dunque, le norme definitorie sembravano nascere sotto i migliori auspici, candidandosi a fulgido esempio di un legislatore insolitamente attento¹⁵⁴ alle acquisizioni del dibattito scientifico in materia penale¹⁵⁵.

¹⁵¹ Si pensa soprattutto al lavoro più volte citato di C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 366, in cui si afferma per l'appunto che “quando si va in cerca di una differenziazione esprimibile in termini giuridici, si finisce inevitabilmente per imbattersi nella sola che è davvero consistente e piena di significato, se pur non sempre agevole da riconoscere in concreto, e che è rappresentata dalla disciplina pubblicistica oppure privatistica dell'attività, o più esattamente dei rapporti giuridici che si allacciano tra l'impresa esercente e gli utenti del servizio [...] una disciplina pubblicistica dei suddetti rapporti comporta che l'impresa esercente venga collocata in una posizione che sovrasta quella degli utenti, comporta il potere della prima di regolare i rapporti medesimi con atti di volontà unilaterale”; tra gli altri si riferiscono al criterio della natura della disciplina anche M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico*, cit., 217 ss.; G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, 3 ss. Invero, ognuno di essi adopera questo criterio in accezioni non sempre assimilabili, il che avrebbe forse potuto indurre a riflettere più attentamente sull'utilità applicativa di questa ulteriore superfetazione dogmatico-dottrinale.

¹⁵² Ci si riferisce al lavoro di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987, 29 ss., che propone una riformulazione per gli artt. 357 e 358 c.p. che è stata traspota quasi esattamente in legge nel 1990 (la differenza più significativa attiene al mancata recepimento di una specificazione sulla disciplina di diritto pubblico contenuta nella proposta di art. 357, co. 2, c.p. attinenti alla natura delle sanzioni previste in caso di sua inosservanza, v. ID, op. ult. cit., 58). A quel lavoro seguirà inoltre ID, *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 C.P.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 1165 ss. Entrambi si pongono sullo sfondo di un'elaborazione teorica compiutamente espressa a partire dalla celebre monografia ID, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit.

¹⁵³ Cfr. T. PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 539.

¹⁵⁴ Che una proposta avanzata dalla dottrina più autorevole o perfino prevalente non riesca a trovar spazio nella legislazione corrente, è un dato che ormai non sconcerta più nessuno tra gli addetti ai lavori. Del resto, la politica non si basa su un criterio di legittimazione di tipo tecnico, ma rappresentativo. Il fatto che poi la forbice tra questi due aspetti si sia estremamente divaricata nel nostro Paese è cosa nota, su cui anche gli studiosi hanno cercato di ragionare (accompagnando talvolta alla critica anche un'opportuna autocritica, v. G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17 ss.; si veda inoltre S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *Arch. Pen.*, 2, 2015, 1 ss.).

¹⁵⁵ Il riferimento alla proposta citata *Supra*, Cap. I, nt. 153 non è incidentale, ma è ricercato e voluto dal legislatore, che anzi vi si affida, reo confesso di non aver potuto (e forse anche saputo) approfondire in maniera soddisfacente il tema della delimitazione del campo di applicazione del Titolo II. Ciò è ben

Nondimeno, i frutti applicativi attesi non sono ancora stati raccolti, e le critiche (di un'altra parte) della dottrina non sono tardate ad arrivare.

Esse si sono appuntate su entrambi gli elementi discretivi introdotti. Partendo dal confine *verso il basso* (c.d. esterno-inferiore) si è osservato come esso sia stato definito tramite termini propri di una normazione giuslavoristica ormai superata¹⁵⁶, e perciò incapaci di fornire coordinate utili a decifrare il quadro attuale delle pubbliche mansioni¹⁵⁷. In merito al confine *verso l'alto* (c.d. esterno-superiore), invece, è apparso discutibile tanto il richiamo alla natura della disciplina, perché sembra riecheggiare grandi questioni teorico-generalì che sarebbe improprio scaricare sulla giurisprudenza¹⁵⁸, quanto il riferimento agli “atti autoritativi”, il quale, se inteso in

esplicitato dall'intervento dell'on. Bruno Fracchia, in *Atti parlamentari Camera dei Deputati, X Legislatura, Commissione Giustizia*, seduta del 23 gennaio 1990, 27 ss.: “Sulle questioni sorte in riferimento all'articolo 357 del codice penale, dopo che la Camera dei deputati nella scorsa legislatura ha approvato un primo testo di riforma in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, si è registrato un ampio dibattito in seno alla dottrina, culminato nell'importante convegno di Siracusa. Il Comitato ristretto ha elaborato questa norma sulla base delle posizioni emerse in dottrina [...] Su questa base, è stato elaborato un testo che riprende esattamente le conclusioni del convegno citato; se non lo approvassimo, determineremmo uno scompenso. [...] Ad ogni modo, colleghi, possiamo anche rimettere tutti in discussione, ma non illudiamoci di individuare oggi un'altra definizione. Questa è una norma di avanguardia, è una norma che la nostra Commissione si assume l'onere di inviare al Senato non ritenendo di aver definito una volta per tutte una questione assai dibattuta e importante. Come sappiamo, infatti, si tratta di definire un ambito diverso di applicazione delle previsioni penali, più ristretto di quello nel quale vige l'attuale normativa”.

¹⁵⁶ Il concetto di “semplici mansioni di ordine” è stato abbandonato sin dal 1980, quando con la l. n. 321 le carriere impiegate sono state riordinate in qualifiche funzionali.

¹⁵⁷ V. *ex multis* G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, 178. A ogni buon conto, come osservato da attenta dottrina, l'espressione riportata sul codice, per quanto desueta, possiede un significato chiaro agevolmente ricavabile dal linguaggio comune: con quella frase, infatti, il legislatore intenderebbe riferirsi a competenze prive di autonomia e discrezionalità, quindi a mere attività esecutive di scelte e indirizzi imputabili ad altri, richiedenti (principalmente) la spendita di energia fisica (v. A. VALLINI, *Le qualifiche*, cit., 795). Critico verso l'esclusione M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 2013, 371, perché si tratterebbe “di soggetti che, seppure adibiti a compiti strettamente esecutivi, occupano una posizione di stretta contiguità collaborativa con i superiori che tali qualifiche rivestono, cosicché dal punto di vista dell'assetto complessivo di tutela della p.a. una differenza di trattamento in relazione ai delitti contro la p.a. può risultare nei fatti forzata” (sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *Infra*, Cap. IV, par. 8.1 ss.).

¹⁵⁸ Si fa riferimento alla questione della c.d. “grande dicotomia” tra diritto pubblico e diritto privato, una distinzione ancora largamente dibattuta in sede teorico-generale e non priva di una rilevante carica valutativo-ideologica (v. *Infra*, Cap. III, par. 2). Riprendendo le parole di un illustre civilista, “la distinzione di diritto pubblico e diritto privato offre un esempio de' più interessanti di fortuna delle parole: disancorata dai suoi fondamenti originari, ha assunto le significazioni più mutevoli, ha rispecchiato ne' suoi termini le posizioni e le fasi di contrasti di dottrine politiche e di ordinamenti giuridici, ha subito il tormento della critica e manifesta tuttavia una capacità di resistenza, che non si saprebbe se attribuire piuttosto alla forza della tradizione romana o all'immanenza d'un problema i cui

termini letterali¹⁵⁹, condurrebbe all'esito paradossale di riabilitare un meccanismo qualificatorio soggettivistico, dato che l'autoritatività dell'atto è un predicato della pubblicità dell'ente che lo emette¹⁶⁰.

Non stupisce quindi come siano stati pochi i punti fermi raggiunti. Si concorda sul fatto che il riferimento al profilo tecnico della natura della disciplina trasferisca sul piano obiettivo la distinzione tra attività pubblica e privata, ponendo in *non cale* la c.d. concezione soggettiva¹⁶¹. Non si discute, inoltre, sul fatto che l'introduzione di quel riferimento sia servito (anche) per fare piazza pulita dei numerosi criteri discretivi precedentemente adoperati¹⁶², come detto responsabili dell'incontrollata estensione dei destinatari dei reati propri contro la P.a. Si pongono, o si dovrebbero porre, perciò, al bando, tutte quelle teorie fondate sullo scopo, sugli indici sintomatici, sulla strumentalità a un pubblico interesse qualsivoglia. Da ora in avanti, quel che conta ai fini della qualifica è esclusivamente la natura della disciplina dell'attività svolta dall'agente¹⁶³. Dell'attività, peraltro, svolta in concreto¹⁶⁴, perché la professione in sé

dati sono insopprimibili nello spirito umano" (F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in Id., *Studi giuridici*, Roma, 1939, I, 195).

¹⁵⁹ Come sembra fare ad esempio A. PAGLIARO, *Principi di diritto*, cit., 13, secondo il quale l'inciso "atti autoritativi" si riferirebbe precisamente ad "atti normativi individuali che siano espressione di una potestà d'imperio". Invero, la formula linguistica adoperata dall'illustre autore non è delle più felici dal punto di vista teorico, poiché i caratteri della normatività e della individualità sono tendenzialmente antitetici (per la puntualizzazione delle differenze tra atto normativo e amministrativo si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9 in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁶⁰ Tradizionalmente, infatti, l'atto autoritativo costituisce il "prodotto formale di cui è artefice la pubblica amministrazione" (R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Torino, 2017, 19; v. inoltre B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, II, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 858, dove si osserva come l'impossibilità per i privati di emanare atti amministrativi sia sempre stata considerata "uno dei pochi tradizionali punti fermi della teoria del provvedimento"). Ciò spiega le risalenti pronunce di merito che hanno ritenuto, ad esempio, l'arbitro di calcio un soggetto pubblico, in ragione del fatto che i "poteri" di cui sarebbe titolare vengono attribuiti e disciplinati dai regolamenti emanati da un ente pubblico, il CONI (v. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trat. Dir. Pen. Parte spec.*, 2013, Padova, 72). Nondimeno, se la qualifica dipendesse dalla pubblicità dell'ente dal quale la regolamentazione discende, anche il codice civile costituirebbe una disciplina di diritto pubblico.

A ben vedere, l'autoritatività degli atti può rappresentare una delle conseguenze, non già una premessa della pubblicità della disciplina che la fonda (v. *Infra*, Cap. IV, par. 4 ss.).

¹⁶¹ Aspetto che traspare bene anche in alcune delle applicazioni giurisprudenziali più prossime all'entrata in vigore della legge di riforma (a riguardo v. *Infra*, Cap. II, par. 2.3 ss.).

¹⁶² Primo tra tutti, per l'appunto, quello basato sugli indici sintomatici della pubblicità (la teoria sarà oggetto di specifico approfondimento *Infra*, Cap. II, par. 2.3.1).

¹⁶³ Come ricorda P. SEVERINO DI BENEDETTO, Art. 357 (Commento), cit., 458 ss., "La nuova disciplina ha voluto segnare sul punto una netta accentuazione della prospettiva funzionale-oggettiva delle

per sé esercitata è irrilevante, essendo invece necessario che l'attuazione della condotta anti-giuridica abbia provocato una distorsione delle mansioni pubbliche¹⁶⁵.

Ciò detto, tuttavia, a quasi trent'anni dall'introduzione dei nuovi artt. 357 e 358 c.p., non si è ancora riusciti ad accordarsi sui confini dell'intervento penale verso i c.d. pubblici poteri. Il risultato è costituito da una prassi applicativa che continua ad essere orientata dalla logica del caso concreto, seguendo schemi argomentativi che per la loro ampiezza, e nei loro effetti, non sembrano sostanzialmente differire dalle interpretazioni proposte fin dai tempi della "pubblica giustizia".

3.2. La distinzione del Pubblico ufficiale dall'Incaricato di servizio pubblico

Come si è anticipato, oltre a riformare il confine esterno delle qualifiche, le leggi nn. 86 e 181 hanno ridefinito pure quello interno all'attività amministrativa, che a partire dal codice Rocco permette di distinguere l'esercente della funzione (art. 357, c. 2, c.p.) dal prestatore di pubblico servizio (art. 358 c.p.)¹⁶⁶.

qualifiche pubblicistiche, sganciandole del tutto da quel rapporto di dipendenza che la norma abrogata poneva in alternativa al criterio di effettivo svolgimento [...] di una pubblica funzione. [...] I parametri della scelta definitoria sono stati nel senso di accogliere il criterio di qualificazione della funzione attraverso la disciplina cui essa è assoggettata, con conseguente ripudio sia delle tesi fondate su criteri ontologici o teleologici di individuazione della funzione amministrativa (ad esempio, criterio della immanenza di un interesse pubblico; ovvero del perseguimento di finalità pubblicistiche) sia delle tesi fondate sulla differenza in sé dei modelli organizzativi della P.a., rispetto a quelli utilizzati da soggetti privati".

¹⁶⁴ Come precisato dalla giurisprudenza, l'atto tipico deve essere stato posto in essere *all'interno* di un rapporto giuridico caratterizzato in termini pubblicistici (v. Cass. Pen., Sez. VI, 24 aprile 1998, Grande, in *CED* 213895). Coerentemente, perciò, la Cassazione ha escluso che sia Pubblico ufficiale, ad esempio, il Presidente di un Consiglio dell'ordine forense quando organizza convegni di studio non deliberati dal Consiglio e finanziati con accrediti versati su conti non riconducibili all'ordine, perché trattasi di attività non istituzionale (Cass. Pen., Sez. V., 24 giugno 2005, n. 34327, in *Riv. Pen.*, 2006, 874); oppure il Carabiniere che non si sta avvalendo, o comunque non sta in concreto esercitando, le sue prerogative pubblicistiche (Cass. Pen., Sez. I, 17 aprile 2001, n. 21730, in *RV* 219565).

¹⁶⁵ Riprendendo una distinzione già colta qualche decennio orsono da A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951, 74 ss. è bene precisare che il rapporto tra il fatto incriminato e la qualifica muta a seconda delle fattispecie, richiedendosi talvolta che il reato abbia la sua causa nell'attività pubblica (v. artt. 361 e 362 c.p.), oppure che essa rappresenti il suo scopo (artt. 318 e 319 c.p.), o infine che l'esercizio potenziale o effettivo delle funzioni o dei servizi sia contestuale al fatto punito (v. art. 316 c.p.). In tale ultimo senso, "l'attualità dell'esercizio di funzioni o di servizi non si identifica con l'attualità del "servizio".

¹⁶⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.1.

L'impianto su cui si articola la ripartizione è rimasto inalterato, con l'incaricato del servizio definito in via residuale, e il Pubblico ufficiale caratterizzato invece in maniera più marcata come titolare di tutte le qualità del primo, e di alcune prerogative ulteriori¹⁶⁷. In particolar modo, l'incaricato di pubblico servizio è descritto in positivo soltanto dagli elementi che segnano il confine tra il pubblico e il privato, ossia la pubblicità della disciplina e il contenuto non meramente materiale o d'ordine delle mansioni che è chiamato a svolgere. Una volta accertata la pubblicità della regolamentazione, infatti, questa figura viene differenziata da quella del Pubblico ufficiale soltanto in ragione della mancanza dei suoi poteri tipici. Pertanto, essa risulta evidentemente priva di elementi discretivi autonomi, in grado di distinguerla in positivo dall'altra qualifica pubblica.

Ricapitolando, quindi, una volta accertata la natura amministrativa dell'attività, la partita per la sua qualificazione in termini di servizio o di funzione si giocherà esclusivamente sull'esistenza degli elementi aggiuntivi propri di quest'ultima.

Nella loro individuazione e descrizione, il legislatore stavolta ha potuto fare aggio non soltanto su un orientamento autorevolmente sostenuto¹⁶⁸, bensì su una posizione assolutamente dominante tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. Si fa riferimento alla risalente interpretazione volta a riconoscere l'esercizio della funzione amministrativa al solo titolare di *poteri imperativi, certificativi o decisionali-rappresentativi*. In effetti, dell'accostamento della qualifica di pubblico ufficiale all'esercizio di potestà pubblicistiche si può trovare traccia perfino nell'elaborazione

¹⁶⁷ Per il servizio pubblico, infatti, si è ritenuta “tutt'ora valida una ricostruzione in termini residuali, sia rispetto alla pubblica funzione, sia rispetto al servizio di pubblica necessità” (cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti*, cit., 57).

¹⁶⁸ Com'era stato per l'appunto quello recepito per delimitare il confine esterno della qualifica, v. *Supra*, Cap. I, par. 3.1.

penalistica formatasi antecedentemente al codice Zanardelli¹⁶⁹, e può essere scorta anche in alcuni passaggi della Relazione del Guardasigilli al codice penale del 1930¹⁷⁰.

Facendo leva su tale retroterra, ed eleggendo nuovamente come punto di partenza la formulazione degli artt. 357 e 358 già richiamata¹⁷¹, con le riforme dei primi anni '90 il legislatore stabilì quindi che la funzione amministrativa si contraddistinguesse per la “formazione” e la “manifestazione della volontà della pubblica amministrazione”, oppure per il “suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

A ben vedere, però, la formulazione non è stata delle più felici: manca infatti la “precisazione della *qualità* e della *consistenza* del contributo tipico”¹⁷². Come da tempo segnalato, inoltre, riproponendo il criterio della partecipazione alla formazione e/o alla manifestazione della volontà della Pubblica amministrazione, si finisce per soggettivizzare surrettiziamente il processo di qualificazione, creando nuovamente un

¹⁶⁹ Si veda A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento*, cit., 5, che ricorda come già nel progetto di codice redatto dalla c.d. seconda Commissione, i pubblici ufficiali venissero definiti come “*coloro che sono investiti della rappresentanza o dell'esercizio della pubblica autorità o di una parte di essa*, sia nel governo o nell'amministrazione dello Stato, sia nell'amministrazione della Provincia, del Comune o degli istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, della Provincia o del Comune; e *coloro che sono investiti di un ufficio a cui per presunzione di legge è attribuita pubblica fede*” (cfr. art. 180 progetto cit.; corsivo aggiunto).

¹⁷⁰ Con riferimento ai poteri d'imperio, per esempio, si veda *Relazione del Guardasigilli*, cit., 120, dove si afferma che la nozione di “servizio pubblico” dovrebbe “ricollegarsi a qualsiasi attività, il cui esercizio non sia accompagnato da un potere d'imperio e da potestà coercitive”; con riferimento alle potestà certificative, invece, v. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114, ove si critica tra l'altro l'equiparazione ai fini della falsità in atti compiuta dall'art. 284 cod. pen. Zanardelli, tra i pubblici ufficiali e “coloro, che sono autorizzati a formare atti, ai quali la legge attribuisce pubblica fede”, proprio perché in tal modo si alimentava “l'equivoco che un'attività documentale siffatta possa essere compiuta da soggetti, che non siano pubblici ufficiali”. Non sorprende, dunque, registrare come tali tre parametri vennero in seguito adoperati alternativamente per decenni dalla dottrina e dalla giurisprudenza, al fine di concretizzare le peculiarità tipologiche della funzione rispetto al servizio, che i precetti delle previgenti, tautologiche, definizioni normative non riuscivano autonomamente ad esprimere (Si rinvia per tutti a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano, 1982, 741 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit.; C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., *passim*; per la giurisprudenza si veda ad esempio Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 1969, Barone, in *CED 113900*; Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 1981, Glaser, in *Cass. pen.*, 1982, 1295; Cass. pen., Sez. I, 10 marzo 1986, Cazzaro, *CED 17391*).

¹⁷¹ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.1, nt. 153.

¹⁷² La lacuna era stata in parte tamponata dalla proposta di legge di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti*, cit., 58, la quale cogliendo la scivolosità del criterio *decisionale-rappresentativo* (v. *Infra*), aveva almeno in tal caso specificato la necessità di un “contributo determinante”.

cortocircuito con la metodica di accertamento obiettiva della posizione soggettiva¹⁷³. Più in radice, però, tutti e tre i concetti proposti appaiono di natura prettamente speculativa e ancora una volta sforniti di una solida base empirico-normativa, pertanto soggetti a inevitabili variazioni di contenuto a seconda di chi li impiega¹⁷⁴.

Le conseguenze si sono avvertite distintamente nella prassi, dove si è ritenuto Pubblico ufficiale ad esempio l'addetto a un ufficio di segreteria di un organo amministrativo, perché contribuirebbe alla formazione della volontà della Pa in ragione della sua potenziale capacità d'influire di fatto (ossia, cambiando materialmente la posizione dei fascicoli) sull'ordine di trattazione delle pratiche del suo ufficio¹⁷⁵. O ancora, è stato ritenuto titolare di un potere certificativo anche il dipendente di un'azienda di servizi postali, laddove "il contratto di appalto gli attribuisca il compito di rilasciare o farsi rilasciare ricevuta per iscritto"¹⁷⁶.

Ad ogni modo, almeno sul piano degli effetti penali l'indeterminatezza che affligge i confini "interni" appare molto meno drammatica di quella che attanaglia il perimetro "esterno": anche a seguito delle riforme degli anni '90, infatti, le conseguenze pratiche derivanti della bipartizione tra ufficiale e incaricato sono andate progressivamente scemando, rendendo oggi la distinzione di fatto priva di ogni significato concreto¹⁷⁷.

¹⁷³ Adoperando questo criterio, infatti, "l'attività dell'impiegato si qualifica come funzione o servizio non tanto per il suo intrinseco contenuto, o per il suo regime giuridico, quanto per il grado gerarchico di colui che la pone in essere. Si presume che alle posizioni più elevate faccia sempre riscontro la funzione, e che quelle di livello inferiore si esprimano invece nel servizio. Resta vero che le qualificazioni penalmente rilevanti riflettono l'attività del soggetto: ma l'attività a sua volta tende a definirsi in funzione dell'inquadramento burocratico del soggetto medesimo" (cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 361).

¹⁷⁴ Solo a titolo d'esempio, si può richiamare la polemica innescata sull'esatta parametrizzazione del potere certificativo, con una parte della dottrina che proponeva di limitarne l'ambito, se non alle capacità di vergare atti fidejacenti, quantomeno in relazione al grado di efficacia probatoria riconosciutegli dall'ordinamento; e la giurisprudenza, invece, intenta a disconoscere tali limitazioni, potenziando così al massimo grado l'afflato espansivo del concetto, fino a ricomprendervi ogni attestazione anche a valenza meramente interna per l'ufficio, o coinvolgente aspetti del rapporto di lavoro privatizzati (per una sintetica e puntuale ricostruzione della controversia si rinvia ad A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 790 ss.).

¹⁷⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 1993, Di Tommaso e a., in *CED 194032*.

¹⁷⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 11 maggio 2005, Iannuzzi e a., in *CED 232062*.

¹⁷⁷ Il tema della praticabilità, e della perdurante utilità, di una ripartizione interna tra i soggetti pubblici sarà oggetto di specifico approfondimento *Infra*, Cap. V.

3.3. I funzionari esteri e dell'Unione europea

Può essere utile in chiusura dare qualche cenno sull'art. 322-*bis* c.p., che estende alcuni reati propri contro la P.a. anche ai funzionari di organizzazioni internazionali, di Stati membri dell'Unione Europea, nonché di Stati stranieri quando siano destinatari della promessa o dell'offerta di denaro o altra utilità (art. 322-*bis*, c. 2, c.p.)¹⁷⁸.

L'interesse per la norma non nasce certo sul piano applicativo, dove riveste invero un'importanza alquanto marginale¹⁷⁹. Piuttosto, quello che sembra utile rilevare, almeno nella prospettiva di queste pagine, è come l'art. 322-*bis* c.p. riproponga a sua volta una concezione lata di Pubblica amministrazione, comprensiva anche di soggetti esercenti una funzione legislativa (ad. es. imembri del Parlamento europeo menzionati dall'art. 322-*bis*, c. 1, n. 1) c.p.) e giudiziaria (si pensi ai giudici, al procuratore e ai procuratori aggiunti della Corte penale internazionale, cfr. art. 322-*bis*, co. 1, n. 5-*bis* c.p.)¹⁸⁰.

Inoltre, sceglie nuovamente di affiancare al metodo di qualificazione puramente e scopertamente soggettivo adoperato nel co. 1, uno invece di segno opposto, incentrato

¹⁷⁸ La norma era necessaria per evitare possibili *impasse* derivanti dalla difficoltà di riconoscere la natura pubblica delle funzioni svolte da soggetti che non prestano servizio direttamente per il nostro Paese, oltretutto per assicurare il rispetto dei trattati che impegnano l'Italia alla repressione della corruzione internazionale (v. *ex multis* A. PAGLIARO, *Principi di diritto*, cit. 15, secondo cui “agli effetti del diritto penale italiano, per “pubblica funzione” si intende soltanto quella svolta al servizio dello Stato italiano. La pubblica funzione svolta al servizio di altri Stati può venire in rilievo solo indirettamente: come nei casi, nei quali può consentire la estradizione o quando gli atti esteri siano convalidati nell'ordinamento italiano”). Per un'analisi più approfondita della norma si rinvia per tutti a S. SEMINARA, sub Art. 322-*bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura G. FORTI – S. SEMINARA, Padova, 2017, 1064 ss.; S. MANACORDA, “Noli me tangere”? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2018, 538 ss.

¹⁷⁹ Le pronunce sono infatti piuttosto esigue, e tra queste riveste particolare interesse quella emessa recentemente da Cass. pen., Sez. VI, 17 marzo 2016, n. 11442, con nota di V. MONGILLO, *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1320 ss. che si occupa tra l'altro della qualificazione di soggetti operanti in una società partecipata nigeriana.

¹⁸⁰ Una scelta difficilmente spiegabile in ragione di supposte matrici totalitaristico-reazionarie alla base della scelta, considerato anche la provenienza che la caratterizza. Difatti, la norma è stata approvata in ottemperanza alle richieste provenienti anzitutto dalla Convenzione dell'Unione europea del 1997 relativa alla lotta contro la corruzione, e dalla Convenzione OCSE dello stesso anno sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali; entrambe ricomprendono all'interno del concetto di soggetto pubblico (*rectius* di “funzionario comunitario”, per l'art. 1 della Convenzione UE, e di “pubblico ufficiale straniero” per l'art. 1, par. 4, lett. a della Convenzione OCSE) ogni persona che presti un'attività al servizio delle istituzioni richiamate, potendo quindi essa consistere indifferentemente in una di tipo amministrativo, legislativo o giudiziario.

sulla consistenza oggettiva dell'attività esercitata: come si afferma nel co. 2 n. 2, infatti, le fattispecie di corruzione e induzione indebita devono essere applicate pure alle persone “che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali”.

In patente controtendenza con la tecnica definitoria adoperata per i soggetti pubblici nazionali, insomma, si ripropone un approccio rivelatosi particolarmente infelice in passato¹⁸¹, che nel caso di specie risulta essere peraltro di ancor più problematico impiego¹⁸².

Due aspetti che torneranno utili nel prosieguo, quando si comincerà a riflettere sulle possibili tecniche di distinzione del pubblico dal privato in campo penale¹⁸³.

¹⁸¹ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.2.

¹⁸² Specie nell'ultimo caso, dove per l'accertamento della posizione del funzionario straniero si devono applicare gli indici nazionali di qualificazione nell'ostico contesto di una normativa straniera, non potendosi evidentemente far affidamento soltanto sullo *status* formalmente riconosciuto da quel Paese al destinatario della condotta corruttiva (sul punto v. M. ROMANO, *I delitti*, cit., 276).

¹⁸³ V. *Infra*, Cap. V.

Capitolo II: La norma definitoria sospesa tra gli effetti penali e i contenuti amministrativi. Il diritto pubblico come orizzonte di senso nella ricerca di una prospettiva di tutela per i delitti del Titolo II

A seguito dell'invasione Napoleonica, prese piede anche nel nostro Paese l'impostazione politico-criminale transalpina, tendente a predisporre una tutela penale specifica per la c.d. Amministrazione pubblica. Si tratta di una normativa che segna il distacco dalla lunga tradizione del *crimen laesae maiestatis*, proponendo in sua vece un'organizzazione incentrata sulla teorica giuspubblicistica della divisione dei poteri, mirata a dar risalto a fattispecie maggiormente caratterizzate e raggruppate in base ai diversi statuti delle funzioni dello Stato-apparato che aggrediscono. In tal senso, s'iniziano a separare i delitti contro la Pubblica amministrazione da quelli contro l'Amministrazione della giustizia, ed entrambi da quelli mirati più in radice ad attentare all'esercizio delle prerogative sovrane (prima del monarca, e in seguito del popolo).

Nel loro insieme, queste fattispecie avrebbero dovuto comporre il sistema della tutela penale dei c.d. "pubblici poteri", segnando i confini con quella ordinariamente prevista per i privati e sincronizzando così il giure criminale con la nuova forma di Stato liberale che si andava sviluppando.

Come si è avuto modo di osservare, però, l'esatta parametrizzazione dei reati contro la Pubblica amministrazione risultò fin da subito particolarmente problematica, manifestando un'innata tendenza espansiva sia verso le altre funzioni dello Stato, sia verso le attività organizzate secondo schemi classicamente privatistici.

Le ragioni verranno approfondite in questi paragrafi, attraverso una riflessione che s'incentrerà sull'analisi delle modalità e delle conseguenze di questa particolare correlazione instaurata dal legislatore penale, tra le concettualizzazioni giuspubblicistiche relative all'organizzazione dello Stato, e la specializzazione della tutela penale predisposta per salvaguardarla.

1. La normatività debole degli artt. 357 e 358 c.p.

Nel tentativo d'individuare i c.d. soggetti pubblici, il nostro ordinamento ha percorso tre strade differenti: una prima di tipo casistico e a carattere soggettivo (art. 207 del codice Zanardelli); una seconda di natura generale-astratta, che si dipanava attorno ai due poli del rapporto di dipendenza tra il soggetto e l'ente pubblico di riferimento, e la natura legislativa, giudiziaria, o amministrativa dell'attività prestata (art. 357 nella versione originaria del codice Rocco); l'ultima, anch'essa generale-astratta, che sposa una linea funzionale-obiettiva, collegando la qualifica esclusivamente all'esercizio in concreto di una delle tre attività già esposte, e specificando inoltre che per indentificare quella amministrativa si debba aver riguardo alla tipologia di mansioni (art. 358, co. 2, c.p.) e alla natura "di diritto pubblico" della disciplina chiamata a regolarla (art. 357, co. 2., c.p. attualmente in vigore).

A dispetto delle differenze di tempo e di testo, però, nessuna delle tre soluzioni ha saputo assicurare interpretazioni univoche e stabili, con il "criterio del magistrato"¹ che si è rapidamente affermato come l'unico effettivamente influente sulla parametrizzazione della posizione soggettiva.

Sicuramente le norme che hanno tentato di descrivere l'autore dei reati propri contro la P.a. non sono mai state tra le più semplici: basti pensare che in ognuna delle tre diverse nozioni che si sono provate a formulare, l'elemento connotativo centrale della "pubblicità" non è stato definito neppure una volta dal legislatore penale. Nel codice Zanardelli, anzitutto, si parlò genericamente di "coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni" a servizio di un ente sottoposto (almeno) alla "tutela dello Stato"². Nondimeno, mancò la definizione di cosa fossero le "pubbliche funzioni", e in cosa consistesse esattamente questa "tutela"³. Le cose non cambiarono neppure a seguito

¹ Espressione adoperata da L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano* (sub art. 207), Torino, 1922, 294, per indicare l'amplissima discrezionalità lasciata al giudice dal codice penale Zanardelli nell'apprezzare "di caso in caso, nella latitudine legale della pena, la influenza della maggiore o minor dignità del pubblico ufficiale".

² V. *Supra*, Cap. I, par. 1.1.

³ La distinzione tra "vigilanza" e "tutela" entrava in gioco negli enti non territoriali, e si ritiene che facesse riferimento a due diverse forme di controllo: la prima "riconducibile a una funzione di polizia, in quanto intesa a evitare che l'attività di un ente rechi pregiudizio a interessi pubblici o privati esterni al medesimo; la seconda rivolta invece ad assicurare che l'ente conseguia le sue finalità istituzionali, e quindi indice della rilevanza pubblicistica di queste ultime" (cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto*

dell'approvazione del codice Rocco, con il Guardasigilli che rivendicò addirittura la scelta rendendone espressa la funzione: a suo modo di vedere, infatti, l'ordinamento penale doveva “tutelare precisamente e soltanto quella funzione, che è da considerarsi pubblica nell'ordinamento giuridico generale [conseguentemente] il Progetto non poteva, né doveva procedere ad ulteriori determinazioni dei caratteri essenziali di tale forma di attività pubblica, che non possono essere altri se non quelli, che di essi fornisce la dottrina giuspubblicistica”⁴. Anche l'impostazione recepita nell'ultima riforma del 1990 si è posta grossomodo sugli stessi binari, risolvendo il riferimento espresso alle tre funzioni pubbliche (legislative, giudiziarie e amministrative), e precisando l'estensione di quella più controversa attraverso il criterio della natura della disciplina deputata a regolarla. Un criterio, di per sé muto, che richiedeva di essere concretizzato guardando alla “pubblicità” del plesso di appartenenza della normativa. I parametri necessari per svolgere questo tipo di giudizio, tuttavia, non furono nuovamente esplicitati.

In via di prima approssimazione, perciò, si può dire che nella legge penale la nozione generale di soggetto pubblico sia sempre stata fornita *per relationem*, ossia attraverso un rinvio più o meno ricercato, più o meno puntale, a nozioni proprie di altre branche del diritto⁵. Un'operazione di cui non può sfuggire l'apparentemente contraddittorietà: da un lato, infatti, si sceglie di introdurre una norma definitoria espressa, dimostrando quindi di voler fare chiarezza su un concetto ritenuto evidentemente incapace di precisare autonomamente la sua portata⁶; dall'altro, però, si

penale dell'impresa pubblica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 353; v. inoltre *Supra*, Cap. I, par. 1.1, nt. 39).

⁴ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 117 ss.

⁵ Sul punto v. anche S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 26.

⁶ Come precisato da F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in AA.VV., *Omnis definito in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, 382, la definizione legislativa “è un mezzo di irrigidimento del linguaggio normativo”, compiuto essenzialmente per il perseguimento di due scopi: da un lato, uno “scopo di certezza, direttamente conseguente al ruolo e alla natura concettualmente chiarificatrice della definizione. Dall'altro, uno scopo – di tipo più politico istituzionale – di determinazione degli equilibri realizzatisi tra i vari organi e poteri del sistema giuridico; un risultato, questo, conseguente alla forza “legislativa” che la definizione può vantare in quanto precetto”; si veda inoltre F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in AA.VV., *Omnis definito in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, che proprio nell'indeterminatezza del *definendum* rintraccia i presupposti per la creazione di “un diritto penale giurisprudenziale”.

infarcisce questa definizione di elementi che mutuano il loro significato altrove, e nel caso di specie dal c.d. diritto pubblico. L'impressione è quella di trovarsi di fronte a un gioco di scatole cinesi, perché le norme paiono produrre soltanto l'effetto di complicare un rinvio che si poteva forse già attivare col semplice impiego dei sostantivi "Pubblico ufficiale" e "Incaricato di pubblico servizio".

A ben vedere, però, sembrano esistere numerosi esempi di disposizioni strutturate in modo analogo, che ciononostante riescono a svolgere egregiamente la loro funzione normativa. Secondo la dottrina, infatti, gli artt. 357 e 358 c.p. rappresenterebbero soltanto una delle molteplici ipotesi di fattispecie a tipizzazione sintetico-normativa⁷. Di precetti, cioè, che adoperano i c.d. elementi normativi – e in particolar modo quelli aventi natura giuridica – per l'individuazione dei loro significanti⁸. Si pensi a titolo d'esempio al concetto di "matrimonio avente effetti civili" incluso nella fattispecie di bigamia (art. 556 c.p.), o altresì a quello di "interessi usurari" nell'omonimo reato di usura (art. 644 c.p.), o ancora e più recentemente alle "norme sulla disciplina della circolazione stradale" richiamate dal reato di "Omicidio stradale" (art. 589-*bis* c.p.)⁹. In nessuno di questi casi è mai sorta alcuna incertezza sui contenuti dei concetti normativi adoperati. Anzi, grazie anche alla loro sinteticità hanno permesso di evitare la dispersione del contenuto precettivo della fattispecie, preservando la struttura tipologica dell'incriminazione dalla lunga elencazione dei molteplici requisiti che quelle denominazioni spesso sottendono.

Del resto, è da tempo ormai che l'utilizzo di elementi normativi nel tipo non è più ritenuto di per sé in contrasto con le esigenze di tassatività e precisione imposte dal diritto penale¹⁰, potendo anzi risultare ben più chiari degli elementi descrittivo-fattuali¹¹.

⁷ V. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Trento, 2016, 333 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, 170 ss.

⁸ Sul tema degli elementi normativi si rinvia per tutti a S. BONINI, *L'elemento normativo*, cit.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004.

⁹ Ma si possono richiamare anche i riferimenti alla "proprietà" contenuti nell'art. 632 c.p., alla proprietà industriale richiamato ad esempio dall'art. 473 c.p., o alla "professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato" di cui all'art. 348 c.p.

¹⁰ Come è stato condivisibilmente affermato, infatti, il "superamento del *Tatbestand* oggettivo e descrittivo di matrice belinghiana dovrebbe spingerci a ridimensionare nature e portata dei c.d. elementi normativi, quanto meno in rapporto alla loro sufficiente determinatezza: sotto questo punto di vista, l'elemento normativo giuridico è in via di principio *rigido* come l'elemento descrittivo, e contribuisce con

L'ipotesi di imputare i problemi delle qualifiche pubbliche alla tecnica definitoria, pertanto, perde di vigore. Piuttosto, rileggendo attentamente le definizioni, la questione sembra attenere non tanto alla "normatività" degli elementi adoperati, quanto alla loro *normatività debole*.

Per capire meglio cosa s'intende, si prenda anzitutto il primo comma dell'art. 357 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa". La posizione soggettiva di Pubblico ufficiale viene collegata all'esercizio effettivo di determinate funzioni, che il legislatore penale inquadra anzitutto con tre aggettivi differenti. Le prime due, "legislativa" e "giudiziaria", richiamano immediatamente gli artt. 70, 101 ss. Cost.¹², disposizioni che a tacer d'altro consentono quantomeno di individuarne con poche incertezze i principali titolari¹³. La successiva, "amministrativa", è quella che ha dato luogo storicamente a maggiori dispute, non essendovi mai stata alcuna norma che definisse con precisione in cosa essa consistesse, e a chi esattamente fosse o potesse essere attribuita.

Conscio di questo problema, il legislatore ha inserito al co. 2 la specificazione che è "amministrativa" l'attività "disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi". All'interno di questa, poi, è stata ritenuta *funzione* quella caratterizzata dalla "formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi" (art. 357, co 2, c.p.),

la stessa precisione di quest'ultimo a definire le note costitutive dell'illecito" (L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 209).

¹¹ Dai quali peraltro li separa un confine piuttosto labile, che talvolta può addirittura "relativizzarsi sino a diventare praticamente nullo: concetti tradizionalmente ritenuti descrittivi naturalistici possono, con l'evoluzione della scienza e del diritto, subire un graduale processo di "normativizzazione" che non ne inficia, peraltro, la sufficiente determinatezza" (Cfr. L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 202 ss.; si pensi ad esempio ai concetti ritenuti naturalistici per antonomasia, ossia quelli di "vita" e "morte", che si sono andati normativizzando a causa dell'incessante sviluppo conoscitivo e tecnologico che ha interessato la pratica clinica, v. A. GARGANI, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 506; sulla dubbia necessità di continuare a distinguere le due posizioni si leggano inoltre le considerazioni di C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, I, Monaco, 2005, 57 ss.; è invece favorevole alla conservazione di una distinzione tra le due tipologie di elementi S. BONINI, *L'elemento normativo*, cit., 187 ss.).

¹² Oltretutto i regolamenti della Camera dei Deputati e del Senato, e il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 sull'ordinamento giudiziario. In passato invece l'addentellato era offerto *in primis* dagli artt. 3, 68 e ss. dello Statuo Albertino.

¹³ Rispettivamente, i membri della Camera e del Senato, e gli esponenti della magistratura. La specificazione "principali" è d'obbligo, vista la mancata indicazione della qualità e consistenza del contributo tipico necessario per l'integrazione della qualifica (v. *Supra*, Cap. 1, par. 3.2).

servizio invece quello privo di tali prerogative, ma disciplinato nella stessa forma della funzione amministrativa, con l'esclusione in ogni caso di "semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale" (art. 358 c.p.). Nessuno di questi parametri, però, si ricollega a un plesso di norme attualmente vigente nel nostro ordinamento.

In effetti, le nozioni di "norme di diritto pubblico e atti autoritativi", nonché di poteri *rappresentativi*, autoritativi e certificativi¹⁴, richiamano non delle positive disposizioni di legge, bensì dei concetti teorici frutto della speculazione dogmatica della dottrina giuspubblicistica. Per quanto riguarda il riferimento alle mansioni d'ordine, invece, come si è già avuto modo di osservare esso costituisce il frutto di una legislazione giuslavorista che ha ormai perso il suo vigore, e che conserva pertanto una funzione puramente denotativa¹⁵.

Ecco allora l'equivoco: i concetti adoperati per definire l'attività amministrativa non rappresentano elementi normativi, o perlomeno li rappresentano solo vagamente e debolmente. Com'è noto, infatti, possono essere considerati normativi quegli elementi "per la cui determinazione [...] l'interprete deve servirsi di una norma diversa da quella incriminatrice, richiamata appunto dall'elemento normativo, già esistente nell'ambito di un ordinamento giuridico od extra giuridico senza bisogno che il giudice sia costretto a determinarla in funzione del singolo caso concreto"¹⁶. In questo caso, invece, la fonte del parametro è di estrazione dogmatica, trovando fondamento soltanto in ricostruzioni scientifiche variabili nel tempo, nell'autorevolezza e nei contenuti, sancite in ogni caso in documenti non aventi valore legale. Conseguentemente, il meccanismo di eterointegrazione non può qui prescindere dalla "mediazione interpretativa del giudice"¹⁷, al modo di quei *Wertbegriffe* ritenuti solitamente di natura etico-sociale¹⁸.

Per la comprensione degli elementi richiamati dagli artt. 357-358 c.p., dunque, il giudice sembra costretto a guardare al di fuori del diritto positivo, attingendo al

¹⁴ Ma lo stesso è valso per quelli di "funzione pubblica" (art. 207), e altresì di "funzione amministrativa" e "servizio pubblico" (art. 357 e 358 c.p. vecchia formulazione).

¹⁵ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.1.

¹⁶ Cfr. F. PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Milano, 1974, 16.

¹⁷ L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 204.

¹⁸ Sull'eterogeneità tra elementi valutativi e normativi si aderisce alla posizione ormai prevalente, sviluppatasi a partire dall'opera di K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für E. Mezger*, Berlino-Monaco, 1954, 127 ss. (per approfondimenti si rinvia a L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 209 ss.).

formante dottrinale e giurisprudenziale che si è occupato di individuare i contorni di quel “pubblico” che, in passato, aggettivava la “funzione”¹⁹, e adesso invece la natura della disciplina chiamata a regolarla. Un formante che si è sviluppato nel corso degli anni in corrispondenza dell’evolversi della posizione dello Stato nei rapporti economico-sociali²⁰, e che ieri come oggi, trova dimora anzitutto (e per l’appunto) nel diritto “pubblico”, e più specificamente in quella sua branca che porta il nome di diritto amministrativo.

2. La qualificazione penale dei soggetti pubblici attraverso le “nozioni dominanti” nel diritto amministrativo

Fin dai tempi del codice Zanardelli, l’impiego in ambito penale delle elaborazioni giuspubblicistiche parve la naturale conseguenza di una tutela apprestata per proteggere funzioni che trovavano esattamente in quel campo il loro fondamento e la loro disciplina²¹. Il binomio sembrava imposto da un’impellente necessità logica: per definire *ciò che è pubblico*, è necessario rifarsi alla disciplina *che definisce e regola il pubblico*. Del resto, come già ebbe modo di osservare Francesco Carrara nel suo celebre Programma, la “persona pubblica” è quella “che esercita funzione pubblica”²², ossia “il pubblico funzionario riconosciuto come tale dalla pubblica amministrazione”²³.

Con l’avvento della riforma fascista del 1930, poi, questo legame venne espressamente ratificato dal codificatore, con il diritto amministrativo posto direttamente al timone della politica criminale verso le pubbliche funzioni, diventando a tutti gli effetti il fornitore degli scopi e degli interessi meritevoli di tutela²⁴. La legge

¹⁹ Il riferimento evidentemente va al codice Zanardelli e all’art. 207 già citato.

²⁰ V. *Infra*, Cap. III, par. 1 ss.

²¹ V. *Supra*, Cap. I, par. 1 e ss.

²² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, V, Lucca, 1870, 29.

²³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, VII, Lucca, 1874, 21.

²⁴ Difatti, come ricorda il Ministro Segretario di Stato per la giustizia e gli affari di culto Alfredo Rocco nella sua *Relazione del Guardasigilli*, cit., 118 ss., i caratteri essenziali dell’attività pubblica “non possono essere altri se non quelli, che di essi fornisce la dottrina giuspubblicistica. mi sono astenuto dal prendere in esame e dall’ inserire nel testo legislativo la Soluzione dei problemi di stretta indole dogmatica. Se ricorra, nella determinazione della pubblica funzione, il concetto civilistico della rappresentanza, o si debba utilizzare il concetto di organo; in che l’uno e l’altro differiscano fra loro; se tali concetti siano da riferire al pubblico ufficio, o invece alle persone, che a questo sono addette: questi

penale doveva semplicemente limitarsi a recepire le istruzioni e a sanzionare laddove gli veniva indicato, in una delle più plastiche esemplificazioni della concezione sanzionatoria del giure criminale²⁵.

Per vero, questo atteggiamento non fu condiviso da tutti i giuristi, provocando la reazione di una ben nutrita, e autorevole, parte della dottrina penalistica. Si fa riferimento ai sostenitori delle c.d. teorie autonomiste, che segnarono a più riprese come lo statuto penale della Pubblica amministrazione perseguisse finalità peculiari e non completamente omologabili a quelle del diritto amministrativo, necessitando pertanto di categorie sue proprie e adatte allo scopo²⁶.

Tra questi, vale la pena ricordare la proposta di Pietro Nuvolone, che fu tra i primi a sforzarsi di proporre un'interpretazione *penalisticamente orientata* dei concetti di "pubblicità", "funzione" e "servizio"²⁷. Egli partì dalla constatazione che la "dottrina giuspubblicistica, pressata dall'incalzare di sempre nuove esigenze, non può offrire [...] una linea direttiva sicura"²⁸. Decise, perciò, di valersi esclusivamente dell'aiuto delle scienze economiche, tracciando anzitutto una distinzione del pubblico dal privato fondata sulla natura sostanziale dell'interesse che l'attività era rivolta a soddisfare. In tal senso, affermò che si potesse considerare "pubblica" soltanto quell'attività che rispondeva "a un bisogno della collettività nazionale", in un rapporto di corrispondenza che deve essere tale però "*in base al nostro ordinamento giuridico e non solo*

ed altri problemi esulano dal compito della legiferazione penale, e devono ritenersi riservati alla scienza del diritto amministrativo" (sul punto però si segnala l'opinione di A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2008, 46, per il quale "nonostante i riferimenti del Relatore Rocco all'unitarietà del concetto di 'pubblica funzione', è difficile rinvenire con la definizione del 1930, ed è da escludere con la formula del 1990, il mero recepimento di quanto il diritto pubblico individua in tema di funzione amministrativa: il carattere autonomo del diritto penale [...] trova ora contenuto nella disciplina del comma 2 dell'art. 357. Contenuto che indubbiamente accede alle nozioni amministrativistiche, ma lo fa partendo dalla definizione penale e rientrando in essa, in quel che rappresenta per contenuti e per principi").

²⁵ Come noto, secondo tale impostazione il diritto penale avrebbe la sola funzione di punire la violazione di precetti mutuati da altri settori dell'ordinamento, v. A. ROCCO, *Sul carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, 53 ss.; si leggano inoltre le considerazioni di F. GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1920, 225 ss., per cui la sanzione penale presupporrebbe sempre la *pregressa* qualificazione del comportamento come illecito sul piano civile o amministrativo (c.d. concezione "ulteriormente sanzionatoria" del diritto penale).

²⁶ Per approfondimenti sulle teorie autonomiste si rinvia tra gli altri a F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 879 ss.

²⁷ P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 42 ss.

²⁸ P. NUVOLONE, *Brevi note*, cit., 43 (corsivo aggiunto).

socialmente”²⁹. All’interno delle attività pubbliche, poi, “funzione” e “servizio” opererebbero alla stregua di concetti “correlativi e interdipendenti”³⁰, distinguibili cioè esclusivamente sulla base del diverso rapporto di prossimità con il bisogno collettivo giuridicamente rilevante che ambiscono a soddisfare³¹.

Sulla stessa linea inaugurata da Nuvolone, poi, si inserì anche l’autorevole proposta di Filippo Grisigni³². La scelta di presentare un’interpretazione “autonomista” delle qualifiche principiava stavolta da una riflessione sulla logica degli artt. 357 e 358 c.p.: mediante la loro introduzione, infatti, il codice Rocco avrebbe attestato di voler definire direttamente i connotati delle qualifiche, decidendo dunque di non rifarsi a concetti formulati in altri rami del diritto. Muovendo da questo assunto, l’insigne criminalista affermò che nell’ottica del legislatore penale, pubblica funzione e pubblico servizio sarebbero complementari, essendo entrambe rivolti al conseguimento di uno scopo pubblico, ossia di tipo statale³³. Nello specifico, tali interessi sarebbero di due diverse tipologie: dello Stato come unità, distinto dalla collettività che lo costituisce, e della generalità delle persone che lo popolano. Per discernarli si dovrebbe far capo alla volontà dello Stato, in particolare andando alla ricerca di tutta una serie di indici sintomatici tratti da “tutto il sistema dell’ordinamento giuridico in vigore in un determinato momento”³⁴, che siano validi ad attestare l’intenzione dello Stato di considerare un fine come suo proprio (si richiama ad esempio l’ingerenza dello Stato nella nascita e nell’attività dell’ente). Sulla base di questa distinzione, l’autore traccia la sua definizione di pubblica funzione e pubblico servizio, stabilendo che la prima si ha quando “l’attività è diretta alla soddisfazione di un bisogno pubblico proprio dello

²⁹ P. NUVOLONE, *Brevi note*, cit., 42 ss. Si cerca dunque di raccordare il punto di vista sostanziale delle scienze economiche e sociali, con quello più formale proprio della scienza giuridica, di modo da assicurare così un criterio dotato sia di adeguata capacità selettiva, che di sufficiente predeterminabilità.

³⁰ P. NUVOLONE, *Brevi note*, cit., 49.

³¹ La ricostruzione nasce dall’interpretazione delle norme dedicate alla funzione e al servizio, col primo che sembrò descrivere un compito, un ufficio, strumentale a un fine da conseguirsi per il suo tramite; e il secondo, invece, che anche in ragione della sua giustapposizione al primo, sembrò invece individuare un ambito di attività strettamente funzionali a quello stesso ufficio. Pertanto, si concluse che la funzione inquadrasse un “complesso di attività che sono rivolte, in modo diretto, alla realizzazione di un fine”; il servizio, invece, le attività propedeutiche a queste ultime.

³² F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova 1954, 561 ss.

³³ “In quanto lo Stato è l’organo di soddisfazione dei bisogni sociali, della collettività” (cfr. F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati*, cit., 566).

³⁴ F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati*, cit., 568.

Stato-unità”, mentre la seconda ricorre nei casi in cui “l’attività è diretta alla soddisfazione di bisogni di tutti i componenti la popolazione, singolarmente considerati”³⁵.

Entrambe le ricostruzioni “autonomiste” tentano dunque, comprensibilmente, di superare le asperità di un diritto, quello amministrativo, che debuttò in ritardo nel nostro Paese³⁶, e che viene tutt’ora padroneggiato con difficoltà dalla nostra criminalistica³⁷; un diritto, soprattutto, che non si riteneva capace, e tantomeno legittimato, a offrire direttive valide in tema di controllo penale delle attività pubbliche.

A ben vedere, però, alle concettualizzazioni giuspubblicistiche che si andava criticando, si opposero riferimenti ermeneutici altrettanto laschi e vaghi³⁸, o comunque basati su elementi del tutto formali e obsolescenti dal punto di vista teorico³⁹.

³⁵ F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati*, cit., 567. Ciò non esclude, peraltro, che a un ente destinato a prestare un pubblico servizio possano eventualmente essere riconosciuti in determinati ambiti anche prerogative proprie della pubblica funzione (ad es. poteri autoritativi). Nondimeno, l’autore ritiene che per determinarsi la natura di pubblica funzione o di pubblico servizio si debba comunque fare sempre riferimento “a tutta l’attività complessiva che l’ente è chiamato a svolgere” (569). Il Grispigni però sembra non considerare che così facendo si ricade nel soggettivismo: ogni volta che si guarda alla natura dell’ente, si finisce infatti per rintracciare la qualifica dell’agente sulla base del rapporto che questo intrattiene con quello, piuttosto che sull’attività che egli concretamente svolge.

³⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 1 ss.

³⁷ Lo mette in luce anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 456, quando afferma che “la letteratura penalistica è ampia ma poco centrata [...]”. La giurisprudenza dei magistrati penali è rozza, provenendo da giudici che notoriamente ignorano il diritto pubblico”. A parere dell’illustre autore, questi problemi erano anche il frutto del forte atteggiamento autonomista della scienza criminale, che aveva reso il diritto penale “una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati” (cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quad. fior.*, 1973, 272). Invero, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, nell’ambito dei delitti contro la P.a. il diritto penale manterrà un atteggiamento tutt’altro che ostile verso la scienza amministrativa, segnalandosi semmai la difficoltà di metterne a frutto le concettualizzazioni e di filtrarne le metodiche.

³⁸ Si pensi al concetto di “bisogno della collettività nazionale” avanzato da Nuvolone, e al criterio della “prossimità” come strumento di delimitazione delle qualifiche pubbliche. Peraltro, come vedrà *Infra*, Cap. II, par. 2.3 ss., la logica finalistica che sembrava promuovere, contribuì a dare la stura, nella giurisprudenza che ne è seguita, alle più late applicazioni delle qualifiche in commento: secondo Nuvolone, infatti, “Il compito principale dell’interprete sarà sempre quello di individuare il fine cui tende un complesso di attività: e allora gli sarà agevole distinguere la funzione dal servizio” (cfr. P. NUVOLONE, *Brevi note*, cit., 1940, 50). Resta tuttavia ignoto in base a quel criteri il giudice possa determinare la finalità di un’attività, nonché la prevalenza di uno scopo piuttosto di un altro tra i possibili. Ad esempio, nel caso che segue all’inciso citato, il fattorino viene considerato un Incaricato di pubblico servizio quando consegna una bolletta, perché provvede solo indirettamente alla realizzazione dell’interesse dell’erario. Tuttavia, consegnando il carteggio egli provvede direttamente alla realizzazione dell’interesse collettivo alla circolazione e distribuzione della corrispondenza, con la conseguenza che, alla stregua di questa teoria, egli potrebbe esser considerato simultaneamente pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio.

Cadute le concezioni sanzionatorie, mutata l'architettura istituzionale e rivoluzionatasi la compagine socio-economica, non sorprende perciò più di tanto rilevare come quel rapporto di intima connessione tra le due branche del diritto abbia continuato a essere coltivato fino ai nostri giorni, venendo pure posto alla base della riforma delle qualifiche intervenuta nei primi anni '90.

2.1. Il significato delle qualifiche pubbliche nelle prime proposte della dottrina “unitaria”

Il diritto amministrativo, dunque, ha rappresentato e continua a rappresentare un punto di riferimento fondamentale non soltanto nella costruzione, ma anche nell'interpretazione dottrinale e nell'applicazione giurisprudenziale dei delitti dei pubblici ufficiali. Come si è avuto modo di osservare, infatti, il connubio tra le due discipline venne (più o meno espressamente) instaurato dal legislatore a causa della ritenuta accessorietà delle previsioni penali rispetto alle determinazioni delle altre branche del diritto⁴⁰. Nondimeno, una volta abbandonati quegli schemi ricostruttivi, la dottrina ha saputo trarre nuovi argomenti dal comune “programma di tutela” che la Costituzione sembrava nel frattempo esser intervenuta ad approntare: la prescrizione di garantire la “imparzialità” e il “buon andamento” della Pubblica amministrazione (art. 97, co. 2, Cost), infatti, fissa degli scopi raggiungibili soltanto “attraverso una gamma complessa ed articolata di interventi”, che necessitano di essere portati avanti sinergicamente in tutti quei settori dell'ordinamento che, a diverso titolo, si occupano della regolazione dei pubblici soggetti⁴¹.

³⁹ Qui il riferimento va all'equazione tra interesse pubblico e interesse statale proposta dal Grisogni. Un'equazione che lo stesso Nuvolone ritenne eccessivamente formalistica, e dotata di scarsissima capacità selettiva (cfr. P. NUVOLONE, *Brevi note*, cit., 46 ss.).

⁴⁰ V. *Supra*, Cap. II, par. 2

⁴¹ V. G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 55, a cui si rimanda per l'approfondimento del concetto di “programma di tutela”, diverso e non sovrapponibile all'idea dei principi costituzionali come fonte di “beni giuridici” (sul punto si ritornerà anche *Infra*, Cap. III, par. 3.1, all'atto di analizzare una delle proposte interpretative che hanno fatto leva proprio sul concetto di bene giuridico per ricostruire il significato delle qualifiche).

Pertanto, pur avendo perso la carica ideologica che ne aveva catalizzato l'instaurazione, la stretta collaborazione tra diritto penale e diritto amministrativo sembra adesso potersi rilegittimare quale presupposto indispensabile per la piena attuazione dei superiori obiettivi costituzionali⁴².

Questa rinnovata comunione d'orizzonti, del resto, fomenta anche le esigenze di coerenza sistematico-concettuale che proprio il collegamento tra i due rami del diritto permette di conseguire, facilitando inoltre il raggiungimento degli obiettivi di determinatezza e precisione del precetto penale⁴³.

Lungo tutto l'arco della loro vigenza, dunque, le tautologiche definizioni fornite dagli artt. 357 e 358 del 1930 furono interpretate facendo ricorso prevalentemente a ricostruzioni di natura c.d. "unitaria", che valorizzarono significativamente le corrispondenze terminologiche con le elaborazioni della scienza amministrativa che ne avevano condizionato l'istaurazione⁴⁴.

Con l'avvento della l. n. 86 del 1990, la stretta relazione tra le disposizioni del Titolo II e il diritto amministrativo venne nuovamente confermata. In fase di costruzione, infatti, la tecnica di tipizzazione della qualifica fu mutuata da una dottrina particolarmente sensibile alle elaborazioni giuspubblicistiche⁴⁵, tant'è che la distinzione del pubblico dal privato e tra le due posizioni di Ufficiale e Incaricato fu fatta dipendere proprio dal riscontro di un regime "di diritto pubblico" per l'attività svolta dal soggetto agente⁴⁶. Nella fase di concreta qualificazione dei pubblici soggetti, infine, il legame venne ulteriormente implementato dall'assoluto predominio delle teorie ermeneutiche "unitarie", ossia di quelle concezioni attente a sincronizzare i contenuti delle norme penali con gli omologhi referenti amministrativi.

⁴² Messi non a caso al centro anche delle proposte che ispireranno la riforma del 1990, v. R. RAMPONI, *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987, 59 ss.

⁴³ Proprio per questo, come evidenziato anche da A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011, "frammentare l'unità dell'ordinamento giuridico, delineando categorie differenziate di pubblici operatori a seconda che si ragioni dal punto di vista del diritto amministrativo ovvero a fini penalistici" costituì una soluzione teorica che lasciò perplessa larga parte della dottrina, contribuendo a decretarne l'insuccesso.

⁴⁴ V. *Supra*, Cap. I, par. 21 e 2.2; Cap. II, par. 1 e 2.

⁴⁵ Si fa riferimento al già citato lavoro di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987, 29 ss.

⁴⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.1 e 3.2.

In effetti, di natura unitaria furono già le prime due tesi dottrinali che si contesero il campo all'indomani dell'intervento di riforma, nel tentativo (ben presto rivelatosi vano) di fornire dei criteri atti a tradurre in termini più chiari, la formula tecnica adoperata dal legislatore per la definizione dei pubblici soggetti.

Nello specifico, la prima tesi si ricollegava ad una risalente proposta interpretativa di Giuseppe Guarino⁴⁷, secondo la quale sarebbero di "diritto pubblico" soltanto quelle norme che conferiscono prerogative e obblighi a soggetti specificamente individuati all'interno dell'ordinamento giuridico, e non, perciò, a chiunque. In pratica, secondo questa teoria la natura della disciplina potrebbe essere ricavata da quella "vincolata" del soggetto cui la stessa è diretta.

L'altra tesi, invece, venne formulata dalla stessa dottrina che ispirò la riforma del 1990⁴⁸. In particolar modo, secondo Paola Severino Di Benedetto l'attenzione dovrebbe sempre essere rivolta alla disciplina che regola l'attività svolta in concreto dall'agente al momento del fatto. Dato che l'art. 357, co. 2, c.p. parla di "norme di diritto pubblico e atti autoritativi", dal novero delle regolamentazioni rilevanti dovrebbero anzitutto essere immediatamente escluse le "numerose fattispecie privatistiche dotati di una caratterizzazione tipologica così spiccata, da poter essere senza dubbio essere ascritte al corrispondente ambito di disciplina"⁴⁹. Per converso, dovrebbero indubbiamente esservi incluse tutte quelle "categorie di atti" che si "estrinsecano attraverso schemi tipici tassativi", come ad esempio gli atti di concessione, le dispense e le autorizzazioni: si tratta infatti di tipologie di provvedimenti strutturati in modo tale, da poter essere ricondotti "senza particolari difficoltà interpretative" all'interno della "regolamentazione pubblicistica"⁵⁰. Per quel che riguarda i c.d. "casi dubbi", ossia non caratterizzati tipologicamente o comunque posti in essere con la tecnica della fattispecie a formazione progressiva, il discrimine tra norma pubblica e privata dovrebbe invece essere rinvenuto nelle diversità del modello

⁴⁷ G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1970, 216 ss.

⁴⁸ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983, 68 ss.

⁴⁹ Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, Art. 357 (Commento), in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, coordinato da T. PADOVANI, 1996, Torino, 462, che richiama gli esempi del "contratto tipico", e degli "schemi ordinari del procedimento di formazione di un negozio giuridico privato".

⁵⁰ I virgolettati sono sempre di P. SEVERINO DI BENEDETTO, Art. 357 (Commento), cit., 462.

sanzionatorio adoperato per far fronte alla sua violazione. Più in particolare, se la sanzione (non penale⁵¹) posta a presidio dell'attività da qualificare viene irrogata d'ufficio, allora la disciplina violata dovrà ritenersi di diritto pubblico, qualora invece si attivi su richiesta di parte, essa potrà ritenersi di matrice privatistica. Si aggiunge, peraltro, che laddove manchi qualsivoglia meccanismo sanzionatorio posto a presidio dell'attività considerata, si sarà in presenza di atti adottati secondo "diretta tipicizzazione normativa"⁵² di stampo pubblicistico, la quale elimina perciò alla radice il problema del ricorso a criteri interpretativi qualsivoglia.

Al netto di questa ultima petizione di principio, la dottrina non ha impiegato molto a mettere in luce il formalismo delle due proposte interpretative⁵³, e la fragilità delle strutture argomentative deputate a sorreggerle⁵⁴. Anzitutto, si è rimarcato come l'utilità del criterio *ratione subiecti* sia apertamente contraddetta dal quadro normativo vigente: per limitarsi solo ai casi più evidenti, basti pensare alle professioni private ad accesso ristretto (alle quali allude anche l'art. 359 c.p.)⁵⁵, e altresì alle numerose attività pubbliche ad accesso indifferenziato⁵⁶ o comunque generalizzato (si pensi

⁵¹ Come precisato da P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio* (voce), in *Dig. disc. pen.*, X, Torino 1995, 515 "La qualifica in esame, avendo natura funzionale-oggettiva, può essere correttamente ricavata non già attraverso una mera correlazione tra qualifica soggettiva e regime sanzionatorio penale, bensì attraverso il filtraggio della diversa norma che disciplina la specifica attività del soggetto da qualificare, cui può corrispondere, in maniera speculare, una forma di illecito cui consegue la messa in moto, d'ufficio, del meccanismo sanzionatorio".

⁵² Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., 516.

⁵³ Alle quali aderì in modo non molto perspicuo anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 13, secondo il quale "nei casi che rimangono dubbi", si dovrebbero adoperare "i criteri dottrinali che identificano la norma di diritto pubblico come norma a soggetto vincolato, come norma il cui meccanismo sanzionatorio è messo in moto di ufficio, come norma che alla libertà dell'agire privato sostituisce la 'discrezionalità' (che è vincolo quanto meno a un fine) dell'amministrazione, ecc. In sostanza, sarà pubblica l'attività nella quale si estrinseca un potere o un dovere pubblicistico".

⁵⁴ V. A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 770; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 174; S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1070.

⁵⁵ Andando a selezionare tra queste, le professioni che si ritengono per le loro caratteristiche di più evidente "interesse pubblico", v. *Supra*, Cap. I, par. 2.1.

⁵⁶ Almeno "a priori", intendendosi riprendere con tale riferimento la terminologia praticata dal Consiglio di Stato per emarginare gli atti amministrativi a contenuto generale dagli atti a contenuto normativo, v. per tutti v. Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it: "È atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una

all'affidamento di un servizio pubblico qualsivoglia, che avviene attraverso una procedura selettiva cui può partecipare chiunque sia dotato delle caratteristiche minime indicate dal capitolato)⁵⁷. Dal canto suo, la seconda teoria non tiene in debito conto i forti mutamenti che hanno interessato il diritto civile e il diritto amministrativo rispetto al paradigma classico-ottocentesco, pregiudicando grandemente la possibilità di rintracciare schemi tipici obiettivi caratterizzati in termini inequivocabilmente pubblici o privati⁵⁸. Il riferimento alle condizioni di procedibilità, infine, appare fondamentalmente improprio, poiché finisce per far discendere conseguenze sostanziali dal diverso atteggiarsi di meccanismi che operano su un piano prettamente processuale⁵⁹. Con riguardo a tale ultimo profilo, inoltre, si paventa il rischio di possibili circoli viziosi “ogni volta che la configurabilità dell'illecito dipende dalla qualifica pubblicistica della gente, la quale dovrebbe desumersi dalla possibilità di intentare di ufficio un giudizio di responsabilità, ciò che invece può rappresentare solo una mera conseguenza dell'attribuzione di quella qualifica”⁶⁰.

In definitiva, insomma, le teorie sulla “soggettività riservata” e sulla “procedibilità delle sanzioni irrogate per la violazione della disciplina” non hanno riscosso particolare successo in dottrina, e non sono del resto riuscite neppure a far breccia nella giurisprudenza di legittimità. Esse hanno comunque il merito di aver fornito un primo importante banco di prova per la sperimentazione di soluzioni ermeneutiche differenti, contribuendo inoltre in maniera decisiva a focalizzare

serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”.

⁵⁷ Basti pensare alle professioni private ad accesso ristretto (alle quali allude lo stesso art. 359 c.p.), e altresì alle numerose attività pubbliche ad accesso (in astratto) indifferenziato o comunque generalizzato (si pensi all'affidamento di un servizio pubblico qualsivoglia, che avviene attraverso una procedura selettiva cui può partecipare chiunque sia dotato delle caratteristiche minime indicate dal capitolato).

⁵⁸ L'aspetto sarà approfondito diffusamente *Infra*, Cap. III, par. 2; in riferimento al settore amministrativo in sé per sé considerato invece, si veda inoltre *Infra*, Cap. II, par. 2.4.1, dove si affronta precipuamente il problema dell'incerto statuto epistemologico di tale branca del diritto.

⁵⁹ V. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2011, 238, il quale, con riguardo alla querela disciplinata agli artt. 120 ss. c.p., ha chiarito che essa, laddove prevista, non costituisce in alcun caso una “deroga al carattere pubblicistico-obiettivo della tutela penale, non ponendo in questione la punibilità del reato, ma operando sul piano processuale, come conferma il regime dell'art. 345 c.p.p.”. Invero, la querela non attribuisce alla parte privata alcun potere di esercizio dell'azione penale, che rimane anzi saldamente nelle mani del Pubblico ministero: anche quando viene presentata, infatti, la formazione dell'imputazione penale dipende pur sempre da una decisione del P.m. (o, nei casi di formulazione coatta dell'imputazione, dal giudice, cfr. art. 409, co. 5, c.p.p.).

⁶⁰ Cfr. S. SEMINARA, *Commento agli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI – F. STELLA- G. ZUCCALÀ, 2003, 794.

l'attenzione degli interpreti sulla natura funzionale-obiettiva del criterio di qualificazione introdotto, e sulla necessità di valutare la posizione soggettiva in base all'attività concretamente svolta.

2.2. La valorizzazione dei profili organizzativi dell'ente come soluzione al *rebus interpretativo*: il neo-ontologismo ragionato della concezione “oggettivo-temperata”

L'insoddisfazione per l'impianto teorico dei primi due orientamenti dottrinali ha aperto la strada a nuovi tentativi ricostruttivi. Tentativi alimentati, del resto, anche dal crescente malcontento per la prassi applicativa venutasi a formare sulle qualifiche, che continuava ad assecondare i suoi tralattizi modelli interpretativi in modo apparentemente refrattario alle pur rilevanti modifiche introdotte in materia dal legislatore⁶¹.

È in questo quadro che Stefano Del Corso espone la sua proposta ermeneutica “obiettivo-temperata” o “mista”⁶², ripresa in seguito e considerevolmente approfondita da Vittorio Manes⁶³.

Secondo questi autori, si dovrebbe prender atto di come il concetto di “disciplina di diritto pubblico” designi una categoria di genere in cui sarebbe possibile far confluire tutti i più disparati atti di regolazione, compresi quelli che hanno incoraggiato e accompagnato i processi di liberalizzazione (l'esempio più immediato che viene fatto riguarda ad i regolamenti dell'AGCM): “l'importazione di categorie extrapenalistiche”, infatti, lungi dall'aver offerto “un contributo di chiarificazione, ha garantito spesso una delega in bianco agli interpreti che il dialogo con la dottrina giuspubblicistica non ha saputo colmare, dovendo attingere, peraltro, ad una ridda di opinioni molto variegata e discorde”⁶⁴.

In attesa di un auspicato intervento di riforma, si propone una ricostruzione del c.d. “confine esterno” di tipo “misto”, ossia fondata su elementi soggettivi e oggettivi.

⁶¹ V. *Infra*, Cap. II, par. 2.3 ss.

⁶² S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1036 ss.

⁶³ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.

⁶⁴ Cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 116.

Come sottolineato da Stefano Del Corso, infatti, la nozione oggettiva di servizio pubblico è destinata “a disperdere – se assunta in una sua discutibile unilateralità – quel profilo organizzativo della stessa” che vale invece a caratterizzarlo tanto quanto il suo aspetto finalistico-strumentale⁶⁵. In altre parole, il dato organizzativo non dovrebbe essere completamente dissolto nel profilo funzionale dell’azione amministrativa, pena altrimenti l’incapacità del modello teorico di “cogliere sia la relazione di carattere organizzativo che lega il soggetto con la P.A. [...] sia il significato dell’interferenza che esiste fra la soggettività pubblica, nei casi in cui compaia, e l’attività imprenditoriale”⁶⁶. Pertanto, anche sulla scorta dell’esperienza tedesca⁶⁷, si ritiene che un approccio di tipo “misto” sia l’unico in grado di selezionare, tra tutte le attività, quelle che portino effettivamente ben “impressa [...] una influenza pubblicistica e dirigistica nel suo concreto espletamento” tale da giustificarne anche “la considerazione differenziata da parte del diritto penale rispetto a quelle private”⁶⁸.

Il punto problematico, però, resta sempre l’individuazione di queste attività in concreto. Secondo i sostenitori di questa teoria, l’interprete non dovrebbe affidarsi soltanto a “un qualche vago, sfumato, ineffabile profilo d’interesse collettivo”⁶⁹, come fatto fin ora da una buona parte della giurisprudenza (di merito e di legittimità)⁷⁰. Piuttosto, si dovrebbero individuare i casi in cui l’influenza della P.a. risulti determinante anche sui profili organizzativi e gestionali dell’ente⁷¹, e sia tale da porlo in

⁶⁵ S. DEL CORSO, *Pubblica funzione*, cit., 1077.

⁶⁶ S. DEL CORSO, *Pubblica funzione*, cit., 1077.

⁶⁷ Il quadro normativo e la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* vengono ben approfonditi da V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 160 ss.

⁶⁸ Del resto, “solo in un simile contesto è giustificato porre sotto speciale tutela la “lesione della fiducia riposta dai consociati sull’agire efficiente ed imparziale, fiducia appunto tradita dall’esperienza delle venalità dei (pubblici) agenti” (cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 184).

⁶⁹ Cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 185, considerato anche che un simile criterio si presta “all’arbitrio ricostruttivo più incontrollato, o al proprio personale progetto di *Kriminalpolitik im kleinen*”.

⁷⁰ V. *Infra*, Cap. II, par. 2.3 ss.

⁷¹ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 195 ss., che prosegue precisando come “gli ‘indici’ di ‘condizionamento pubblicistico’” non debbano essere intesi “in chiave ‘sintomatica’, ma ‘reale’: come si avrà modo di vedere, a fronte di una società a partecipazione pubblica (o in una “società mista” nata da una *partnership* pubblico-privata) impegnata in uno dei settori delle *public utilities*, ad esempio, si dovrà verificare in che grado si è realizzato il processo di liberalizzazione nel settore stesso, se la società opera su quel mercato alla stessa stregua di un qualsiasi altro soggetto, o se viceversa è protetta da misure ‘protezionistiche’ o ‘anticompetitive’; in definitiva, se dietro alla presenza della ‘mano pubblica’ nella compagine azionaria si nascondono, per così dire, lo ‘Stato imprenditore’ o, viceversa, lo ‘Stato gestore’,”

una posizione di preminenza rispetto agli altri operatori economici, sottraendolo quindi dalle ordinarie regole di mercato. Seguendo questa via, si propone di identificare l'attività pubblica in "quell'attività diretta a soddisfare bisogni generali svolta da un qualsiasi soggetto, pubblico o privato, sulla base di un atto di conferimento della pubblica amministrazione e dell'affidamento di un diritto speciale o esclusivo, limitatamente agli ambiti sottratti al contesto concorrenziale"⁷².

L'intuizione fondamentale che sorregge la proposta, dunque, è che la sottrazione alla logica del "monopolio" e la collocazione dell'impresa in un contesto ove essa è obbligata a confrontarsi "alla pari" con altri operatori del settore, evidenzia già di per sé il difetto di una regolamentazione pubblicistica. Come rilevato da Vittorio Manes, infatti, "se l'attività è espletata in un contesto di libero mercato", se il soggetto "vi partecipa in parità concorrenziale", e dunque in assenza di "privilegi", se insomma la c.d. "mano pubblica", pur presente, non è "tale da esprimere un peso su quella erogazione, assumendosene il carico organizzativo", allora il servizio è "pubblico" solo per "un incantesimo verbale che deve essere sfatato, perché non giustifica più la speciale tutela attivata per il tramite delle qualifiche pubblicistiche dal codice penale"⁷³.

Si considerino ad esempio le attività elencate all'art. 2195 c.c. (Imprenditori soggetti a registrazione). Queste rappresentano le attività economiche per il cui esercizio si è soggetti all'obbligo d'iscrizione nel registro dell'imprese, e che in ragione di ciò sottoposte a poteri autorizzativi, ispettivi e di vigilanza da parte della Amministrazione pubblica ⁷⁴. Non per questo, però, si può affermare che esse costituiscano una "pubblica funzione" o un "pubblico servizio", giacché le norme che disciplinano quelle medesime attività, prevalentemente di matrice civilistica, non contengono a ben vedere alcuna disposizione volta:

che alimenta anche le diseconomie di quell'attività d'impresa, assumendosene di fatto il rischio, e neutralizzandolo con la sua copertura".

⁷² V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 218 ss.

⁷³ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 195 ss., che prosegue aggiungendo peraltro come questa ricostruzione riesca "a far tesoro delle posizioni della dottrina amministrativistica più attenta alle dinamiche proprie del diritto penale", secondo la quale in sintesi "solo una posizione 'determinante', 'speciale', 'formalmente dominante' può del resto giustificare una precipua considerazione ed un'attenzione differenziata" dal parte delle fattispecie incriminatrici.

⁷⁴ I quali a seconda del loro oggetto possono poi pure incrociarsi con quelli di determinate *authority*, si pensi ad esempio alle facoltà di controllo della CONSOB e Banca d'Italia sugli istituti di credito.

- i. a vincolare i soggetti che la esercitano al perseguimento di un pubblico interesse, in modo imparziale e continuativo; e
- ii. ad assegnare a un terzo soggetto il potere di impartirgli direttive “dirigistiche”, volte a orientare in modo cogente la sua organizzazione e il funzionamento stesso della determinata impresa o del determinato settore in cui opera, che rimane invece governato dalle leggi del mercato (concorrenziali).

Diversamente, invece, nel caso del c.d. monopolio legale, come ad esempio quello vigente nel settore dei tabacchi⁷⁵. Qui il monopolista agisce sul mercato come unico operatore per disposizione di legge, e ha l’obbligo di contrarre con tutti i richiedenti ai sensi dell’art. 2597 c.c., nel rispetto quindi

- i. del principio di parità di trattamento; e
- ii. dovendo perciò eventualmente giustificare le ragioni del diniego.

I punti critici di questa teoria risiedono essenzialmente nella sua *pars soggettiva*, ossia nella parte in cui si valorizza ai fini della qualificazione del soggetto agente, i profili attinenti all’assetto organizzativo dell’ente presso il quale egli presta servizio. Nel sistema euro-unitario odierno, infatti, oltre ad esser ormai acquisito il principio di neutralità degli schemi organizzativi⁷⁶, l’aspetto soggettivo è divenuto recessivo alla

⁷⁵ Si tratta di un monopolio imposto su un bene di largo consumo, che mira a evitare speculazioni e consente un cospicuo aumento del gettito fiscale (Per approfondimenti sull’evoluzione del sistema di gestione monopolistico del settore tabacchi in Italia si veda A. CECI, *Il monopolio del tabacco in Italia. Ascesa e declino di una industria di Stato*, in *Historia et ius*, 8, 2015).

⁷⁶ Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono lo schema organizzativo non decisivo ai fini della determinazione della natura giuridica di un ente. A ben vedere, infatti, la previsione dello scopo di lucro non è stabilita a pena di nullità (art. 2332 c.c.), e la legge disciplina ormai numerose ipotesi di società non lucrative. Talvolta, inoltre, è lo stesso legislatore a qualificare come pubblica una società di diritto privato: è il caso della *AGE control* s.p.a., costituita con l’art. 18 della Legge finanziaria n. 887 del 1984, ed espressamente definita “S.p.a. con personalità giuridica di diritto pubblico”. Si può quindi affermare che anche una società di diritto privato può essere considerata “Pubblica amministrazione”, qualora sia assoggettata a una disciplina volta a imporle il perseguimento di un particolare interesse generale, introducendo deroghe pubblicistiche al suo ordinario assetto organizzativo-funzionale (cfr. *ex multis*

luce del funzionalismo imposto dai Trattati e dalla Corte di Giustizia. In virtù del principio dell'effetto utile (art. 4, par. 3 TFUE), infatti, il diritto dell'Unione europea ha plasmato una concezione "di scopo" della Pubblica amministrazione, variabile nelle sue geometrie a seconda delle finalità della disciplina presa volta per volta in considerazione. Volendo azzardare un'analogia con un istituto più familiare per il penalista, è un po' la stessa situazione che si è sperimentata con la confisca, ritenuto oramai un provvedimento di natura proteiforme, declinabile dunque secondo la logica delle c.d. "geometrie variabili" in rapporto alla specifica finalità attribuitale dal plesso disciplina che la prevede⁷⁷.

In sintesi, nel panorama attuale un soggetto può essere pubblico a certi fini e non ad altri, perciò dargli una connotazione *ratione subiecti* e una volta per tutte non appare più possibile. Il diritto europeo, infatti, ci dice che per accertare la natura pubblica o privata, ad esempio, del monopolista legale, bisogna andare a verificare volta per volta come il singolo plesso di disciplina ritaglia la figura di Pubblica amministrazione (T.U. sul pubblico impiego, legge sul procedimento amministrativo, codice degli appalti, etc.). Quindi, la pubblicità di un ente non può più essere apprezzata in astratto e una volta per tutte, alla stregua, appunto, di uno *status*. Non si può più guardare staticamente alle caratteristiche dell'ente, come si faceva in obbedienza della vecchia teoria degli indici sintomatici e del regime pubblicistico. Invece, si dovrà andare ad analizzare l'aspetto dinamico dell'attività svolta dall'ente, in rapporto agli scopi perseguiti dalla disciplina che la regola⁷⁸.

Peraltro, la pubblicità dell'ente non implica automaticamente la pubblicità dell'agente. Il codice penale si occupa delle persone fisiche, e poiché l'art. 357 c.p. richiede di andare ad accertare che l'attività *in concreto* esercitata dal reo al *momento*

Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303): si afferma per questa via una *concezione soggettiva di ente pubblico* disinteressata al dato formale della veste giuridica prescelta, e attenta invece al suo regime giuridico effettivo.

⁷⁷ Una dato che, come noto, ha indotto la dottrina pressoché unanime a ritenere opportuno parlare non più "di confisca", al singolare, bensì "delle confische", al plurale, in ragione della capacità di questo istituto di ricoprire tanto la funzione di pena accessoria, che di misura di sicurezza, di prevenzione, o altresì di sanzione amministrativa (sul punto si veda tra gli altri E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012).

⁷⁸ Adesso infatti acquista rilievo soltanto il *momento dinamico dell'esercizio dell'attività*, che potrà essere considerata amministrativa o privata a seconda della funzionalità di quella qualifica rispetto agli scopi perseguiti dalle norme che la regolano (il tema sarà oggetto di specifico approfondimento *Infra*, Cap. II, par. 2.4).

del fatto fosse disciplinata da norme di diritto pubblico e non consistesse in mansioni meramente materiali o d'ordine, può ben essere possibile che l'agente sia da considerarsi come privato pur operando all'interno di un "contesto pubblicistico" nel senso avuto in mente dagli autori⁷⁹. Questa ricostruzione, invece, si concentra sull'ente che sta sullo sfondo, e lo fa peraltro staticamente, senza tenere conto a sufficienza della natura ormai funzionale e cangiante della pubblicità delle Persone giuridiche che prende come riferimento.

Un'ultima nota, infine, anche su quella che si potrebbe definire *la pars obiettiva* della teoria. In effetti, i due autori non guardano soltanto al dato organizzativo in sé per sé considerato, ma come visto lo analizzano in collegamento con la posizione ricoperta dall'ente sul mercato. Ora, a questo riguardo si deve osservare come il richiamo all'assenza di concorrenza e alla condizione di monopolio sia tutt'altro che innovativo: già il Guardasigilli Rocco, infatti, affermava nella sua *Relazione* che "La posizione di monopolio, nella quale viene a trovarsi il servizio rivolto al bene della collettività, conferisce al servizio stesso il carattere di una attività pubblica; che rimane tale, ancorché la pubblica Amministrazione, invece di esercitare direttamente il monopolio, si valga dell'opera di concessionari"⁸⁰. Come è stato da tempo osservato, tra gli altri, da Cesare Pedrazzi, esistono tuttavia molteplici ragioni per cui l'elemento del monopolio non può essere considerato decisivo ai fini della determinazione della natura pubblica o privata del regime in cui si opera. Anzitutto, considerato autonomamente, il dato del monopolio non sembra dotato di adeguata forza di richiamo, potendo peraltro avere "una finalità prettamente fiscale, incompatibile con la nozione sostanziale di servizio pubblico". Inoltre, il suo contenuto "si esaurisce in un divieto rivolto alla generalità dei consociati di esercitare un certo tipo di attività economica, ma non dice nulla sul regime in cui l'attività stessa viene esercitata dal monopolista". A ben vedere, infine, neppure l'obbligo di contrarre che gli viene imposto sembra decisivo per definizione della natura

⁷⁹ Si pensi all'addetto alle pulizie, ovvero all'usciera che compia la propria attività alle dipendenze e negli edifici di un determinato ente locale: due casi particolarmente lampanti di soggetti che prestano un'attività meramente materiale e, pertanto, privata, pur svolgendola *a favore e nell'ambito* di un soggetto collettivo da considerarsi indubbiamente come "pubblico" ai sensi della presente cornice teorica.

⁸⁰ Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 122.

pubblica o privata, a tacer d'altro perché previsto pure per gli esercizi pubblici, quali ad esempio alberghi e ristoranti (art. 187 regolamento TULPS)⁸¹.

2.3. L'utilizzo del diritto amministrativo nei paradigmi argomentativi della Corte di Cassazione

Se la dottrina fatica a individuare soluzioni ermeneutiche condivise, la giurisprudenza non sembra neppure volercisi attardare.

In effetti, le pronunce che si occupano di indagare il problema della qualifica risultano piane e uniformi nella parte in cui spiegano i contenuti della riforma del '90 e la natura funzionale-obiettiva del criterio di qualificazione da essa introdotto. Perdono però di nitidezza sul più bello, ossia quando, arrivati alla funzione amministrativa, dovrebbero spiegare in cosa consistono le “norme di diritto pubblico e atti autoritativi” che distinguono individuano gli Ufficiali e gli Incaricati distinguendoli dai privati. Per la Cassazione queste rappresentano delle vere e proprie colonne d'Ercole, oltre le quali non è dato avventurarsi.

A riguardo, volendo schematizzare la struttura argomentativa delle motivazioni adoperate dalla giurisprudenza nell'applicazione degli artt. 357 e 358 c.p., è possibile isolare i seguenti punti ricorrenti:

- i. *incipit* sulla concezione funzionale-oggettiva introdotta dalla l. n. 86 del 1990;
- ii. descrizione del parametro di distinzione “interno” della funzione amministrativa dal pubblico servizio;
- iii. soluzione del caso concreto.

⁸¹ I virgolettati sono tratti da C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 365, che alla critica verso l'elemento del monopolio fa seguire la proposta di concentrare invece l'attenzione sulla capacità dell'ente di *sovrastare* la volontà degli utenti, grazie al “potere della prima di regolare i rapporti medesimi con atti di volontà unilaterale”. Come si avrà modo di vedere *Infra*, Cap. II, par. 2.4.1 e Cap. III, par. 2, il riferimento al criterio dell'autoritatività, specie in questi termini, risulta invero altrettanto discutibile, e certamente non decisivo con riferimento alla dicotomia pubblico-privato.

Come si vede, tra il primo e il secondo punto manca il passaggio ricostruttivo fondamentale, ossia l'attribuzione di un significato chiaro al significante "norme di diritto pubblico e atti autoritativi".

Solitamente, infatti, una volta delineati, anche con particolare dovizia, i connotati astratti del c.d. criterio funzionale-oggettivo, la Cassazione passa subito a elencare le ragioni che militano a favore o contro l'attribuzione della qualifica nel singolo caso, omettendo perciò di prendere posizione sul contenuto del criterio normativo da cui la stessa dipende⁸². Il risultato è un apparato argomentativo dove l'indagine sulla natura della disciplina segue e non precede quello sulla pubblicità dell'attività compiuta, ed è peraltro condotta in modo spesso apodittico, giustapponendo riferimenti non sempre pertinenti alla disciplina amministrativa di sottofondo.

Verifichiamo quanto appena affermato ponendo sul banco di prova una delle tante sentenze che si sono occupate degli artt. 357 e 358 c.p. Prendiamo per esempio la n. 49759 emessa il 20 dicembre 2012 dalla VI Sezione penale (ma il test è replicabile con ognuna di quelle citate in questo scritto). Andiamo al punto n. 7 della motivazione, che si occupa proprio dell'accertamento della qualifica pubblica, e proviamo a scomporlo secondo lo schema proposto: "[...] [1] giova ricordare come secondo la giurisprudenza di questa Corte, in base alla formulazione dell'art. 358 c.p., "è incaricato di pubblico servizio chi in concreto lo esercita, indipendentemente anche da qualsiasi rapporto di impiego con un determinato ente pubblico". Infatti, il legislatore ha privilegiato il criterio funzionale, che trova riscontro sia nel confronto tra il vecchio e nuovo testo dell'art. 358 c.p., [...] sia nella presenza della locuzione "a qualunque titolo". Si è così ritenuto che "il servizio pubblico ha natura funzionale ed oggettiva, nel senso che è tale quello che realizzi direttamente finalità pubbliche".

[2] Nell'ambito delle attività pubblicistiche, la qualifica di incaricato di pubblico servizio spetta soltanto a coloro che svolgono compiti di rango intermedio tra le pubbliche funzioni e le mansioni di ordine o materiali [...]"

⁸² Al riguardo si vedano anche le considerazioni di M. MELONI, *Le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*, 2015, 125 ss., nonché la giurisprudenza ivi richiamata.

[3] Ne consegue che la utilizzazione di una tipizzazione sociale grettamente privatistica (nel caso , una spa) non esclude la possibilità di ascrivere la qualifica [...] ai soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa del relativo ente sociale, qualifica da ritenersi per contro confermata ed integrata laddove quest'ultimo (ente) , come nella specie, rimanga disciplinato da una normativa pubblicistica [*essendo stata costituita da enti pubblici e partecipata integralmente da capitale pubblico, NDA*] e persegua finalità pubbliche”.

Come si vede, il caso è risolto senza specificare in alcun modo come debba essere interpretato il criterio discrezionale indicato dall’art. 357, co. 1 c.p., e la qualifica soggettiva dell’imputato viene desunta solo “a valle” dell’accertamento (peraltro condotto in modo alquanto discutibile) della natura soggettivamente pubblica dell’ente presso il quale egli presta servizio.

A ben vedere, poi, è proprio da questo stesso legame tra ente e agente che si fa discendere (e non dipendere) la natura “pubblica” della “disciplina”. Disciplina, peraltro, individuata con riferimento a vaghi criteri “teleologici” e di “influenza pubblicistica” attinenti all’attività e all’assetto del soggetto collettivo nel suo complesso, e non alla specifica mansione assolta dal reo al momento del fatto.

Insomma, si è in presenza di una disapplicazione *de facto* del criterio di qualificazione codicistico, con una vera e propria inversione logica del procedimento di accertamento della posizione soggettiva prescritto dal legislatore⁸³.

⁸³ A conforto di quanto affermato, A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 357 (nt. 32), osserva come la giurisprudenza “non di rado, ai fini dell’identificazione di un p.u., si omette ogni valutazione circa la natura pubblica della disciplina dell’attività svolta dal soggetto, per concentrarsi immediatamente sull’eventuale inerenza, alla stessa, di funzioni certificative o deliberative, ovvero di poteri autoritativi [...] Sennonché, tale trasformazione del criterio “interno”, di differenziazione tra diverse tipologie di soggetti pubblici, in un parametro “esterno” di individuazione della pubblica funzione tout court, oltre a contrastare col tenore letterale dell’art. 357 c.p., determina - su di un piano sistematico più generale - problemi interpretativi fondamentali, non ultimo la tautologia evidenziata in questo contributo, in tema di delitti contro la fede pubblica” (sull’inversione tra criteri di delimitazione esterna e interna delle qualifiche v. inoltre N. AMORE, *La Cassazione ritorna sulla nozione d’incaricato di pubblico servizio*, in *Giur. it.*, 2017, 958 ss.).

Non meno problematica inoltre è stata l'interpretazione del c.d. “confine inferiore” dell'attività amministrativa, definito come noto dall'art. 358, co. 2, c.p. Invero, la giurisprudenza è apparsa assolutamente concorde nell'escludere la qualifica d'Incaricati per coloro che sono adibiti a “mansioni” – si dice – “meramente esecutive, di carattere sostanzialmente ausiliario, per il cui espletamento sono sufficienti conoscenze e nozioni elementari e che apportino un contributo alla realizzazione delle finalità pubblicistiche che, in concreto, possa essere surrogato, nell'*id quod plerumque accidit*, da strumenti sostitutivi della prestazione personale”⁸⁴.

Tuttavia, anche qui, nonostante le incoraggianti premesse di principio, sono state molte le decisioni che hanno applicato l'art. 358 c.p., ad esempio, ai bidelli di scuola elementare⁸⁵, o ai c.d. operatori obitoriali⁸⁶.

2.3.1. Gli indici sintomatici della pubblicità dell'ente come strumento di determinazione della pubblicità dell'agente

Nell'impossibilità di assegnare *ex ante* un significato univoco all'elemento *lato sensu* normativo⁸⁷ introdotto dalla novella del 1990, la giurisprudenza ha finito dunque

⁸⁴ V. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, n. 7593 del 2015, in www.italggiure.giustizia.it.

⁸⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 16 marzo 1993, Aprea, in *Riv. pen. econ.*, 1994, 67, secondo la quale i bidelli di scuola elementare, accanto a prestazioni prettamente materiali (pulizia delle aule, riordino e manutenzione dei locali ecc.), svolgono anche mansioni di vigilanza, sorveglianza degli alunni, guardia e custodia dei locali che presentano aspetti collaborativi, complementari e integrativi delle funzioni pubbliche, potendo perciò essere considerati Incaricati di pubblico servizio nei limiti di queste incombenze (in senso conforme v. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 19 ottobre 1997, Francini in *Cass. Pen.*, 1999, 536; Cass. pen., Sez. VI, 7 maggio 1998, Gigante, in *Cass. Pen.*, 1999, 2844; Cass. pen., Sez. VI, 7 marzo 2000, Di Carmino, in *Cass. Pen.*, 2003, 912).

⁸⁶ “All'operatore obitoriale deve essere riconosciuta la qualità di incaricato di pubblico servizio, in quanto, seppure privo di poteri autoritativi, svolge un'attività regolata da norme di diritto pubblico, non limitata a semplici mansioni d'ordine o a compiti meramente manuali, ma concernente, oltre all'esame e al trasporto della salma, anche la raccolta e l'inventario degli oggetti rinvenuti, la redazione di una relazione, il controllo dell'osservanza delle disposizioni in materia di polizia mortuaria” (Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 24075 in *Cass. Pen.*, 2005, 557; v. anche Cass. Pen., sez. VI, 3 novembre 2006, n. 36526, in *CED* 235201).

⁸⁷ Generalmente, e forse tralattivamente, questo inciso viene classificato come “elemento normativo”. Tuttavia, se tale può essere considerato soltanto “ogni elemento per la cui determinazione [...] l'interprete deve servirsi di una norma diversa da quella incriminatrice, richiamata appunto dall'elemento normativo, già esistente nell'ambito di un ordinamento giuridico od extra giuridico senza bisogno che il giudice sia costretto a determinarla in funzione del singolo caso concreto” (Cfr. F. PALAZZO, *L'errore su legge*

per riproporre di nuovo approcci “caso per caso” sostanzialistici e generalizzanti, valorizzando volta per volta riferimenti eterogenei tratti dal diritto amministrativo. Nello specifico, la qualifica di pubblico soggetto viene agganciata a tutta una serie di indicatori tesi, nel loro complesso, ad attestare l’assoggettamento *dell’ente* dal quale *il soggetto attivo* dipende, a un regime organizzativo-funzionale speciale, non corrispondente a quello delle persone giuridiche private. Si tratta della c.d. “teoria degli indici sintomatici”, una metodica mutuata integralmente dalla “concezione sostanziale” di Pubblica amministrazione antecedentemente in auge nel diritto amministrativo⁸⁸, ai sensi della quale si cerca di “indurre” la qualifica dalla presenza di determinate caratteristiche dell’ente nel quale opera l’agente: tra questi si annoverano il perseguimento di finalità pubbliche⁸⁹, o comunque la realizzazione di attività strumentali rispetto a esse⁹⁰; l’impiego di denaro pubblico o la soggezione a controlli pubblici⁹¹; talvolta si è chiamato in causa perfino lo *status* professionale del reo⁹².

Convertendo gli indici di riconoscibilità dell’ente pubblico in indici di pubblicità dell’attività svolta dall’agente, la Cassazione è riuscita di fatto a eludere il problema interpretativo posto dal riferimento tecnico alla natura della disciplina. Nondimeno, grazie a questo orientamento, essa ha potuto comunque basare le proprie decisioni su parametri apparentemente tassativi, perché dotati di una ampia e solida elaborazione anche nel diritto amministrativo⁹³; al contempo, l’approccio “sintomatico” si è rivelato sufficientemente elastico da permettere al giudice di applicare le fattispecie proprie del

extrapenale, Milano, 1974, 16), probabilmente questa classificazione è errata: come ci dimostra la stessa prassi applicativa delle qualifiche, sarebbe forse più opportuno propendere per la sua natura *valutativa*. Per approfondimenti si rinvia per tutti alla monografia di L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.

⁸⁸ V. *Infra*, par. 3.1.

⁸⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 25 marzo 2005, n. 11902, in *CED 231234*; Cass. Pen., Sez. VI, 22 marzo 2013, n. 7370, in www.italggiure.giustizia.it; Cass. Pen., Sez. I, 6 settembre 2013, n. 36676, in www.italggiure.giustizia.it.

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 16 marzo 1993, *Apra*, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 2568, in *RV205905*; Cass. Pen., Sez. V, 21 marzo 2003, n. 22018, in *Riv. pen.*, 2003, 843; Cass. Pen., Sez. VI, 2 novembre 2009, n. 42098, in *RV245281*; Cass. Pen., Sez. VI, 4 ottobre 2012, n. 38758, in www.italggiure.giustizia.it.

⁹¹ Cass. Pen., Sez. VI, sent. 6 febbraio 1997, con nota di G. VICICONTE, *Responsabilità penale*, cit., 1479 ss.; Cass. Pen., Cass. Pen., Sez. VI, 29 ottobre 2009, n. 44501, in *RV245007*; Cass. Pen., Sez. VI, 39350/2017, in www.italggiure.giustizia.it.

⁹² Cass. Pen., Sez. VI, 17 novembre 1994, *Provini*, in *Cass. Pen.*, 1995, 2129; Cass. Pen., Sez. V., 23 ottobre 2013, n. 43363, in www.italggiure.giustizia.it.

⁹³ V. *Infra*, Cap. II, par. 2.4.

Titolo II anche a tutti quei soggetti “ibridi”, partecipati, caratterizzati da forme organizzativo-gestionali di stampo privatistico, e tuttavia costituiti, finanziati oppure ancora incisivamente controllati (ad esempio) dallo Stato o da altri enti territoriali (c.d. enti pubblici per antonomasia).

2.3.2. Sulla recente tendenza di adoperare il codice dei contratti pubblici quale “norma di diritto pubblico”

Riassumendo, sino a oggi la Corte di Cassazione ha applicato gli artt. 357 e 358 c.p. disinteressandosi del riferimento tecnico alla tipologia della disciplina. Piuttosto, essa ha preferito riproporre la logica del caso per caso già sperimentata sotto le norme previgenti: in pratica, si continua a desumere la qualifica soggettiva dalla presenza di “indici sintomatici” della pubblicità dell’ente da cui l’agente dipende.

In questo contesto, la sentenza “Bonomelli” inaugura un filone interpretativo che ha permesso la saldatura tra tale, risalente, orientamento, e il criterio basato sulla natura della disciplina introdotto dalla riforma del 1990. La chiave di volta è individuata nel codice dei contratti pubblici, il quale da un lato promuove una definizione ampia e sostanzialistica di “amministrazione aggiudicatrice”, e dall’altro impiega questa nozione come presupposto per l’applicazione di una disciplina tesa a imporre procedure a evidenza pubblica imparziali e trasparenti nell’aggiudicazione dei contratti d’appalto.

Nello specifico, la Cassazione, dopo aver descritto i criteri d’individuazione delle qualifiche introdotti dalla novella del 1990, esclude immediatamente che gli imputati rivestano la posizione di Ufficiali. In seguito, sfruttando la teoria degli indici sintomatici, prova invece a verificare la possibile applicazione dell’art. 358 c.p., precisando come “in ogni caso, gli indici sintomatici del carattere pubblico dell’attività svolta devono necessariamente collegarsi ad una disciplina che abbia connotazioni pubblicistiche”.

E qui entra in gioco il codice dei contratti pubblici.

A questo punto, infatti, la sesta Sezione rileva che l’ente dal quale l’attività degli imputati dipende, rientra nella nozione di “impresa pubblica” adoperata dal codice appalti quale “amministrazione aggiudicatrice” nelle gare indette nei c.d. “settori

speciali”⁹⁴: considerato che le procedure turbate si collocavano proprio nei predetti settori, la Corte osserva come “l'obbligatorietà delle procedure di evidenza pubblica consente di ritenere configurabile la qualifica soggettiva di cui all'art. 358 cod. pen. nell'ambito delle attività svolte dalla società privata, in quanto presuppone il riconoscimento e la necessità che quel servizio pubblico sia sottoposto ad un regime "amministrativo", che assicuri la tutela della concorrenza assieme all'imparzialità della scelta del soggetto aggiudicatario, esigenza che rileva in quei contesti, come appunto i settori c.d. speciali, ritenuti strategici per gli interessi pubblici dello Stato”. “Del resto” – si aggiunge – “il solo contesto della procedura di gara può essere un indice sintomatico del rilievo pubblicistico delle attività interessate, giustificando il riconoscimento delle qualifiche”⁹⁵.

La nozione ampia e sostanzialistica di amministrazione aggiudicatrice da un lato, e il vincolo di disciplina sul procedimento di gara dall'altro, rappresentano perciò gli assi portanti del giudizio di pubblicità dell'attività indebitamente sviata dagli imputati, e conseguentemente del ruolo da questi ricoperto. Un giudizio che s'inscrive ancora una volta all'interno della cornice teorica degli indici sintomatici, ma che proprio grazie all'impiego del codice appalti riesce a riallacciarsi al criterio legale della natura delle norme, conferendo alla decisione un'apparenza di maggior aderenza al dettato legale.

Da questo punto di vista, dunque, la sentenza “Bonomelli” costituisce un passo in avanti: dopo le Sezioni Unite “Citaristi”⁹⁶, essa rappresenta una delle poche pronunce in grado di fornire una qualche indicazione sul significato dell'inciso “norme di diritto pubblico e atti autoritativi”. Tuttavia, a differenza di quella sentenza, la pronuncia della

⁹⁴ Si tratta in particolare di “gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica” (cfr. art. 3, co. 5, d. lgs. n. 163 del 2006, adesso abrogato e sostituito dal d. lgs. n. 50 del 2016).

⁹⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI., 7 luglio 2016, n. 28299, “Bonomelli”, cit.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Cass. Pen.*, 1999, 117. Si tratta probabilmente della prima decisione giurisprudenziale che tenta di affrontare direttamente il problema interpretativo posto dall'art. 357, co. 1, c.p., nello specifico rifacendosi alla distinzione tra norme di “relazione” e “organizzazione”, che riecheggia da vicino quella elaborata (e da tempo superata) da risalente dottrina amministrativistica per distinguere la posizione di interesse legittimo da quella di diritto soggettivo (v. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937; ID., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 1951, 55 ss.; A.M. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro It.*, 1964, 200 ss.).

sesta Sezione non è rimasta isolata. La Cassazione ha infatti adoperato argomentazioni assimilabili per suffragare l'assegnazione della posizione di Ufficiale o Incaricato in almeno tre altri casi.

Procedendo per ordine cronologico, si segnala anzitutto la sentenza n. 31676 del 2017, nella quale l'intero ragionamento sulle qualifiche è costruito attorno ai concetti di "organismo di diritto pubblico" (in merito alla società all'interno della quale opera l'imputato) e "assistente alla direzione dei lavori" (relativamente alla funzione concreta esplicata dall'agente all'interno di essa) contenuti nel codice dei contratti pubblici (artt. 3, co. 26, e 130 d. lgs. n. 163 del 2006)⁹⁷.

In seguito, la pronuncia n. 36874 del 2017 emessa nel corso del procedimento cautelare relativo all'*affaire* Consip, con la quale la sesta Sezione richiama esplicitamente la decisione "Bonomelli" per suffragare la posizione soggettiva di uno degli indagati: "il ricorso alla procedura di evidenza pubblica è un indice sintomatico del rilievo pubblicistico dell'attività svolta dalla società, in quanto la sua previsione presuppone la necessità ed il riconoscimento che una determinata attività, relativa a settori strategici per gli interessi pubblici di uno Stato, sia sottoposta ad un regime amministrativo che assicuri la tutela della concorrenza assieme all'imparzialità della scelta del soggetto aggiudicatario"⁹⁸.

Infine, la sentenza n. 38921 del 2017, ove ancora una volta la Cassazione definisce la qualifica d'Incaricato di pubblico servizio a partire dalla natura di "organismo di diritto pubblico" dell'ente dal quale il reo dipende, e dal correlativo obbligo di osservare le procedure dettate dal *codex* appalti nell'aggiudicazione delle commesse oggetto della condotta illecita dell'imputato⁹⁹.

In conclusione, il codice dei contratti pubblici sembra ormai divenuto la pietra angolare del procedimento di accertamento delle qualifiche pubbliche in campo penale. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, le sue disposizioni assoggetterebbero gli enti destinatari a un "regime amministrativo" posto a tutela della concorrenza e dell'imparzialità delle procedure di gara, tale da rendere dei "soggetti pubblici" anche le

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. V, 28 giugno 2017, n. 31676 in www.italggiure.giustizia.it.

⁹⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 25 luglio 2017, n. 36874, in www.italggiure.giustizia.it.

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 4 agosto 2017, n. 38921, in www.italggiure.giustizia.it. Sulla stessa linea si è poi assestata anche Cass. Pen., Sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 7894, in www.italggiure.giustizia.it.

persone fisiche incaricate di attuarne in concreto le previsioni. Esse, infatti, da un lato si trovano a operare per organizzazioni dotate di evidente caratterizzazione pubblicistica (“organismi di diritto pubblico”), o comunque operanti in settori speciali, d’interesse generale (“imprese pubbliche”); dall’altro, invece, svolgono un’attività vincolata dalle procedure a evidenza pubblica ivi stabilite, e perciò sottoposte a regime “amministrativo”, ovvero, in termini penalistici, a “norme di diritto pubblico e atti autoritativi”.

Di primo acchito, il ragionamento fila. A ben vedere, però, l’implicazione biunivoca tra codice appalti e regime amministrativo che funge da premessa dell’intero ragionamento, così come l’utilizzo del medesimo codice quale disciplina di diritto pubblico, sembrano il frutto di teorie ormai obsolete, incapaci di descrivere i meccanismi di funzionamento degli apparati amministrativi odierni pubblici poteri, e *a fortiori* di selezionarne gli aspetti penalmente rilevanti.

Per individuarne le ragioni, è necessario invadere brevemente il campo dei giuspubblicisti, andando a verificare lo stato dell’arte del dibattito sulla struttura e le caratteristiche della Pubblica amministrazione.

2.4. La crisi della concezione soggettiva della Pubblica amministrazione, tra processi d’ibridazione pubblico-privato e integrazione euro-unitaria

Nella giurisprudenza penale e nella manualistica più istituzionale la Pubblica amministrazione viene solitamente rappresentata quale soggetto *sui generis* rispetto alle persone giuridiche private, a cagione della forma, delle potestà e dei vincoli – in una parola, del “regime” – ai quali sarebbe sottoposta. Nondimeno, con lo svilupparsi del diritto amministrativo economico e, soprattutto, del processo d’integrazione eurounitaria, i “regimi amministrativi” attualmente rintracciabili nel nostro ordinamento sono divenuti tanto numerosi e variegati, quanto gli interessi generali perseguiti dal decisore pubblico. Si tratta di plessi di disciplina differenti e strutturalmente non sovrapponibili, i quali di volta in volta individuano, o talora perfino istituiscono, anche gli attori pubblici chiamati a implementarli, sulla base delle caratteristiche ritenute più adatte al raggiungimento dei propri obiettivi. Per questa ragione si sostiene ormai da

tempo che “una nozione unitaria, di sintesi, di amministrazione, non è solo inutile, ma anche impossibile. L’amministrazione consiste di partecipazione o collaborazione all’attività di governo [...], di regolazione o disciplina [...], di erogazione di mezzi finanziari o di servizi [...], di attività di esazione [...], di attività di impresa [...], di attività ‘custodial’ o ‘proprietary’”¹⁰⁰.

Il percorso che ha segnato il definitivo tramonto della risalente concezione “soggettiva” di ente pubblico è principiato nel primo dopo guerra, con l’affermarsi dell’interventismo statale, atto di nascita del c.d. Stato economico e certificato di morte della rigida bipartizione tra attività amministrativa e imprenditoriale tramandata dalla dottrina tardo-ottocentesca ¹⁰¹ . Il passo successivo è rappresentato dalla costituzionalizzazione dello Stato sociale e del principio di pluralismo amministrativo (artt. 2, 3, 5, 114, e 118 Cost.), consentaneo all’introduzione di modelli organizzativi e gestionali più funzionali al soddisfacimento dei nuovi diritti (c.d. di seconda generazione) che si andavano affacciando nel nostro ordinamento¹⁰². Arrivati agli anni 80, poi, i processi di liberalizzazione che si sono affermati hanno via via lasciato sul campo numerosi soggetti di natura ibrida¹⁰³, dotati di veste giuridica privata, ma caratterizzati da connotazioni pubblicistiche tali da spingere gli interpreti a farne dipendere per la prima volta lo *status* dal regime giuridico “sostanziale”, più che dalla sola veste “formale” (c.d. *concezione soggettivo-sostanziale di ente pubblico*)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 45.

¹⁰¹ V. W. FRIEDMANN, *The planned States and the Rule of Law*, Melbourne, 1948; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1980, 26. Per una sintetica analisi dei fattori e delle cause che hanno portato gli Stati dell’Europa della prima metà del ‘900 a intervenire con sempre maggiore incisività in campo economico si veda F. VITO, *La pubblica amministrazione e l’attività economica dello Stato moderno*, in *Riv. int. scie. soc.*, 1953, 311 ss.

¹⁰² V. per tutti S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio*, cit., 1039; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2015, 3 e ss.

¹⁰³ Le c.d. società partecipate, attualmente disciplinate dal d. lgs. n. 175 del 2016 (per approfondimenti si veda tra i tanti V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, 2016; V.F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Diz. Dir. Pubb.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 5600 ss.; R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, 1326 ss.).

¹⁰⁴ Come già anticipato, è su questo terreno che nasce la teoria degli indici sintomatici, intesi quali indicatori dell’esistenza di un vero e proprio “regime pubblicistico”, ossia di un insieme di norme che permettono di indirizzare l’attività dell’ente verso l’interesse generale, senza che sia necessario valersi degli ordinari meccanismi privatistici di formazione della volontà del soggetto collettivo (v. Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in www.giustizia-amministrativa.it). Sul punto, e più in generale sul tema della neutralità degli schemi organizzativi rispetto al regime giuridico sostanziale dell’ente, si veda

L'ultimo passaggio, infine, è rappresentato dal processo d'integrazione eurounitaria, il quale, per le sue stesse caratteristiche¹⁰⁵, ha dovuto porre sin da subito l'accento sul versante effettuale delle *policy* proposte, piuttosto che sulle forme prescelte per attuarle (c.d. principio dell'effetto utile, art. 4, par. 3 TFUE)¹⁰⁶. Per questa ragione negli ordinamenti degli Stati aderenti si è gradualmente imposto un approccio giuridico di stampo *effect-oriented*, che ha tra l'altro portato a rivoluzionare la stessa concezione di Pubblica amministrazione: essa, infatti, da sempre intesa quale *status* soggettivo, da attribuirsi prima in base a determinate caratteristiche formali, poi in relazione all'individuazione di determinate peculiarità sostanziali, è progressivamente divenuta un concetto del tutto proteiforme, variabile in rapporto alle esigenze e alle finalità della disciplina presa volta per volta in considerazione. Questo significa che adesso il carattere di un ente non può più essere apprezzato in astratto, una volta per tutte, ma dovrà invece essere verificato in concreto, avendo riguardo soltanto del *momento dinamico dell'esercizio dell'attività*, e alla sua maggiore o minore funzionalità agli scopi perseguiti dalle norme che la regolano.

È quindi il regime giuridico che definisce la natura del soggetto, non (più) viceversa. E la natura del soggetto è individuata solo in relazione a quello specifico regime giuridico, e non ad altri. Si parla pertanto di nozione *funzionale* di Pubblica amministrazione, per sottolinearne la sua dimensione settoriale, *in parte de qua*, incapace di attribuire uno *status*, una qualificazione soggettiva assoluta e valida di per sé.

Gli esempi che si possono fare sono molteplici. Il Testo Unico del Pubblico Impiego (d.lgs. n. 165 del 2001) esclude dalla nozione di "Amministrazioni pubbliche" gli enti pubblici economici (art. 1, co. 2), mentre la legge sul procedimento

volendo N. AMORE, *La Cassazione ritorna sulla nozione d'incaricato*, cit., 954 ss., e i riferimenti ivi indicati.

¹⁰⁵ L'ordinamento dell'Unione europea, infatti, deve relazionarsi con una pletora di ordinamenti giuridici differenti, dotati di differenti sintassi normative e, conseguentemente, di differenti strutture istituzionali e forme procedurali. Ciò ha reso necessario l'adozione di criteriologie di stampo "materiale", orientate alla verifica empirica dell'idoneità/inidoneità delle misure adottate a livello nazionale, per dare attuazione alle decisioni prese in sede sovranazionale, v. *Infra*, Cap. III, par. 3.2.

¹⁰⁶ A riguardo tra i tanti si veda AA.VV., *Effet Utile*, a cura di L. TICHY – M. POTACS – T. DUMBROVSKY, Praga, 2014; G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2013; U. ŠADL, *The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accession case law of the court of justice of the EU*, in *Eu. jour. le. stud.*, 2015, 18 ss.

amministrativo (l. n. 241 del 1990) in generale si estende anche “alle società con totale o prevalente capitale pubblico”¹⁰⁷, e in materia di accesso risulta applicabile perfino a qualsivoglia “soggett(o) di diritto privato”¹⁰⁸. Ancora, in materia di rapporti di lavoro all’interno dell’Unione (art. 45 TFUE), la nozione di soggetto pubblico è talmente stringente, da escludere dal suo novero tutti coloro che svolgono attività d’impresa, nonché figure professionali classicamente ricomprese dalla giurisprudenza penale italiana tra i casi più icastici di pubblico agente: si pensi al notaio¹⁰⁹, alla guardia giurata¹¹⁰ o al professore universitario¹¹¹. Al contrario invece, il codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50 del 2016) ricomprende tra le c.d. “amministrazioni aggiudicatrici” anche le società pubbliche e gli enti pubblici economici, grazie all’introduzione delle nozioni di “organismo di diritto pubblico” e “impresa pubblica” (art. 3, co. 1, lett. *d* e *t*).

Queste differenze dipendono proprio dal ruolo che il concetto di Amministrazione assolve nei vari plessi di disciplina considerati: per esempio, con riguardo all’art. 45 TFUE esso costituisce un’eccezione al principio generale di libero svolgimento dell’attività lavorativa dei cittadini europei all’interno dell’Unione (cfr. art. 45, paragrafo 4 TFUE), e viene perciò inteso in senso particolarmente ristretto¹¹²; nel codice degli appalti, invece, la nozione di amministrazione aggiudicatrice è prodromica all’imposizione di procedure pro-concorrenziali di scelta del contraente (artt. 101 e 102 TFUE), conseguentemente la si interpreta estensivamente, includendovi tutti quei soggetti che, anche se formalmente privati, risultano sottoposti a una qualche forma di influenza pubblica, potenzialmente in grado di alterarne le scelte in senso anti-economico e discriminatorio (ad es. per considerazioni di natura politica).

Come si vede, quindi, al variare dei regimi amministrativi muta anche la morfologia dei soggetti pubblici chiamati a implementarli, in una teleo-logica votata alla (più) efficace realizzazione degli obiettivi della singola disciplina, che impedisce

¹⁰⁷ Seppur “limitatamente all’esercizio delle funzioni amministrative” (art. 29, co. 1 l. cit.).

¹⁰⁸ Sebbene “limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o comunitario” (art. 22, co. 1, lett. *e*).”

¹⁰⁹ C. Giust. UE., Gr. Ch., 24 maggio 2011, in *eur-lex.europa.eu*.

¹¹⁰ C. Giust. UE., V Ch., 31 maggio 1999, in *eur-lex.europa.eu*.

¹¹¹ C. Giust. UE., VI Ch., 2 luglio 1996, in *eur-lex.europa.eu*.

¹¹² Confinandolo in particolare alle sole professioni “involving direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the State or of other public authorities” (cfr. C. Giust. UE, ult. cit.; v. inoltre art. 38 D.lgs. n. 165 del 2001).

all'interprete di rassegnare conclusioni univoche e *ratione subiecti* in materia di pubblicità degli enti¹¹³.

2.4.1. La molteplicità dei regimi *pubblici* nel diritto amministrativo del tempo presente: osservazioni di sintesi sull'utilizzo del diritto amministrativo come parametro di qualificazione dei soggetti

La breve incursione nel ramo giuspubblicistico ci ha restituito un quadro piuttosto frammentario e privo di punti di riferimento stabili, in cui l'attribuzione della qualifica di Ente amministrativo avviene ormai *rationae materiae* e in funzione dei molteplici obiettivi perseguiti dalle diverse normative di settore. È innegabile, dunque, che il diritto amministrativo non sia (o comunque non sia più) in grado di fornirci coordinate univoche sul confine tra pubblico e privato. Può dare qualche indicazione, questo sì, in ogni caso limitatamente a un determinato ambito, e funzionalmente a specifici scopi predeterminati dal legislatore¹¹⁴.

Così stando le cose, dunque, le recenti applicazioni giurisprudenziali degli artt. 357 e 358 c.p., prima che discutibili, appaiono arbitrarie, per struttura e per contenuti.

Quanto al primo aspetto, la riproposizione della teoria degli indici sintomatici delinea un meccanismo ricostruttivo non soltanto *praeter legem* (o perfino *contra legem*)¹¹⁵, ma addirittura fuori fuoco, perché teso a verificare la natura di un soggetto, l'ente, che non necessariamente corrisponde a quella dell'agente. Ciò a maggior ragione se si tiene presente che a seguito della novella del 1990, questi si considera Ufficiale o

¹¹³ Non sono, perciò, più possibili prese di posizioni ontologiche. O forse non lo sono mai state, come sembra suggerirci un qualunque manuale di scienza dell'amministrazione: consultandoli, infatti, si evince che la Pubblica amministrazione non può mai essere associata a uno schema strutturale unico e necessariamente peculiare rispetto agli altri enti, essendosi peraltro registrate, nel tempo e nelle diverse aree geografiche, variazioni rilevanti dei moduli organizzativi adoperati per concretizzare le politiche dello Stato, in dipendenza dei diversi interessi volta per volta attribuitele (per un sunto efficace dei vari modelli di Amministrazione che si sono avvicendati nelle esperienze giuridiche occidentali, v. A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, 2005, 43 ss.).

¹¹⁴ Del resto, come preconizzava quasi ottant'anni orsono A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Atti R. Acc. delle Scienze di Torino*, LXXV, 1940, 258, "l'evoluzione del mondo del diritto è verso un mondo dove sarà sempre più largo il numero delle nozioni giuridiche che occorre controllare ad ogni applicazione".

¹¹⁵ A differenza del passato, infatti, ora le norme penali offrono un criterio di qualificazione specifico, incentrato sulla sola natura della disciplina.

Incaricato per ~~come agisce, e non per chi agisce~~; per *quello* che fa, e non per conto di *chi* lo fa (c.d. concezione obiettiva)¹¹⁶.

Ad ogni modo, anche volendo salvare lo schema teorico, l'inserzione tra i suoi indici dell'obbligatorietà delle procedure d'appalto è doppiamente contraddittoria, da un lato perché trasforma *de facto* proprio il criterio legale della natura della disciplina (il *codex* appalti è un *tipo* di disciplina) da parametro di qualificazione unico, a criterio di qualificazione concorrente; dall'altro perché incentrare il ragionamento sul codice dei contratti pubblici, significa necessariamente fare aggio ancora una volta sulla natura dell'ente da cui l'agente dipende¹¹⁷, e conseguentemente su un aspetto inconferente per le norme penali¹¹⁸.

In secondo luogo, oltre alla struttura non convincono neppure i suoi contenuti. A ben vedere, infatti, il codice dei contratti pubblici non ci dice *cosa* è la "Pubblica amministrazione", ma soltanto *chi* sono le "Amministrazioni aggiudicatrici", ossia un tipo specifico di enti. E così fanno tutti gli altri plessi di norme, in obbedienza all'illustrata concezione funzionale di Amministrazione¹¹⁹. In questo senso, allora, perché non richiamare la legge sul procedimento amministrativo¹²⁰, come fa il codice

¹¹⁶ Invero, alcune pronunce della Cassazione sembrano consapevoli di questa distinzione, salvo tuttavia esprimerla in termini piuttosto contraddittori. Si prenda Cass. Pen., Sez. VI, 27 agosto 2014, n. 36212, in www.italgiure.giustizia.it: essa, correttamente, parte ravvisando una netta differenza "tra la qualificazione astratta di un ente e la natura dell'attività contingente in concreto posta in essere da suoi appartenenti, questa sola rilevando ai sensi degli articoli 357 e 358 c.p. (anche nei casi di ente pubblico economico, Sez.6 sent. 33549/2013, ovvero di ente pubblico economico trasformato in società per azioni, Sez.2 sent. 7226/2006)"; dopodiché, però, prosegue osservando come sia necessario "privilegiare, per l'individuazione della natura dell'ente, non già la sua forma giuridica o la sua eventuale costituzione secondo le norme di diritto pubblico, bensì la sua disciplina per norme di diritto pubblico o per atti autoritativi (Sez. 6 sent. 11417/2003) e la natura prevalentemente pubblica degli interessi oggettivamente perseguiti". Come si vede, insomma, la natura dell'ente, che peraltro già di per sé non potrebbe neppure essere più accertata in astratto, in prima battuta è ritenuta irrilevante ai sensi degli artt. 357 e 358 c.p., ma in seguito viene fatta rientrare dalla finestra quale indice sintomatico della natura dell'attività svolta dall'agente, e conseguentemente della posizione soggettiva da questi ricoperta.

¹¹⁷ La nozione di "Amministrazione aggiudicatrice", difatti, è un vero e proprio *veicolo* per l'applicazione delle procedure ivi regolate.

¹¹⁸ Sembra perciò essersi riesumata la vetusta concezione soggettiva, la quale in questo frangente porta ~~E~~ ~~che~~ per giunta l'interprete ad avvitarci in un vero e proprio circolo ermeneutico, ove la pubblicità sostanziale dell'ente fa da presupposto all'applicazione del codice appalti, che a sua volta è indice della pubblicità dell'attività svolta dall'agente.

¹¹⁹ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

¹²⁰ Come fa ad esempio l'art. 7, co. 2 del Codice del processo amministrativo: "Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo".

del processo amministrativo? oppure la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 45 TFUE, che attribuisce la qualifica pubblica soltanto ai soggetti coinvolti nell'esercizio dei pubblici poteri e nelle svolgimento delle "funzioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato"¹²¹? Nella sentenza non si offre alcuna indicazione a riguardo, e del resto non si può certo dire che il codice dei contratti pubblici rappresenti un punto di riferimento più immediato per il diritto penale, e in specie per il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione. Le disposizioni del *codex appalti*, invero, regolano procedimenti e non puniscono comportamenti, per giunta in vista di interessi (*in primis* la concorrenza) comunemente ritenuti estranei al perimetro dei reati contro la P.a.¹²²

Acquista dunque credito l'ipotesi che il codice dei contratti pubblici non sia stato scelto per ragioni di diritto positivo, quanto piuttosto per la sua maggiore capacità di raccordarsi a metodiche interpretative sostanzialistiche ed espansive, che richiamano da vicino quegli stilemi argomentativi *effect-oriented* che stanno alla base dei provvedimenti rilasciati dalle diverse autorità (politiche e giudiziarie) transnazionali¹²³. Il tema sarà ripreso e approfondito nel capitolo che segue

¹²¹ Cfr. C. Giust. UE., VI Ch., 2 luglio 1996, cit.

¹²² E che peraltro non sembrano neppure in grado di offrire un contenuto di disvalore sufficientemente pregnante per le ipotesi di corruzione privata, v. E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, 427 ss.; A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2007, 826 ss. Inoltre, si noti che se la nozione di P.a. non è soltanto settoriale, ma anche funzionale, per cui importarla *sic et simpliciter* da un plesso di disciplina a un altro rappresenta un'operazione doppiamente azzardata, trattandosi di un sistema di norme diverso e rivolto alla protezione d'interessi differenti. E in queste pronunce non vi è alcuna traccia di un controllo di compatibilità funzionale dei metodi definitivi importati (sul punto v. anche *Infra*, Cap. III par. 3.1).

¹²³ Questo aspetto verrà ripreso e approfondito *Infra*, Cap. III, par. 3.2.

Capitolo III: Prolegomeni per una ricostruzione funzionale dello statuto penale della Pubblica amministrazione

Il rebus delle qualifiche pubbliche definite continua a disorientare gli interpreti, fomentando la ricerca di nuove soluzioni ermeneutiche. In effetti, la discussione tra gli addetti ai lavori va avanti ormai da tempo, tuttavia la pervicace tendenza a valorizzare *tout court* il riferimento al diritto amministrativo non sembra destinata a favorire il recupero di un razionale consenso interpretativo.

Nei prossimi paragrafi si cercherà pertanto di risalire alla scaturigine teorica della distinzione del pubblico dal privato, tentando di individuare le ragioni sostanziali in grado di giustificarla anche nel peculiare contesto dei delitti a soggettività ristretta contenuti nell'attuale Titolo II. Lo scopo è quello di gettare le basi per una ricostruzione alternativa degli artt. 357 e 358 c.p., che sia in grado di valorizzarne in modo *accessibile e prevedibile* la funzione politico-criminale.

1. L'attività amministrativa e i problemi d'inquadramento nella tradizionale tassonomia pubblico-privato

Il concetto di Pubblica amministrazione è andato incontro a profondi mutamenti nel tempo. Dalla sua nascita ad oggi¹, infatti, i ruoli, le attività e le responsabilità che ha assunto sono notevolmente cambiati², seguendo l'evoluzione dei rapporti intrattenuti dallo Stato con i cittadini e l'economia³. Ciò l'ha posta di fronte all'esigenza di

¹ In Italia la nascita della Pubblica amministrazione è avvenuta in tempi relativamente recenti: soltanto intorno alla seconda metà dell'ottocento, infatti, essa riuscì a guadagnarsi uno spazio relativamente autonomo rispetto all'apparato amministrativo del governo (v. *Supra*, Cap. I, par. 1; per approfondimenti si rinvia inoltre a S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974).

² V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

³ Nel periodo liberale in cui s'inscrive la nascita dell'ordinamento italiano, allo Stato era riconosciuta essenzialmente la funzione di regolatore *dall'esterno* della società, senza poter interferire direttamente sulle sue dinamiche. Nella seconda metà del novecento, invece, si pretendere un ruolo più attivo e interventista, con l'assunzione di compiti tesi anche a riequilibrare le asimmetrie del tessuto sociale. Nasce così lo "Stato sociale", che inizia ad affiancare alle funzioni di regolazione, anche la prestazione di servizi e la gestione diretta di attività economiche. Dal diverso atteggiarsi delle politiche pubbliche, è derivata pure una differente impostazione delle strutture organizzative chiamate ad attuarle, in un processo di trasformazione che segue volta per volta i costanti "aggiustamenti" dello Stato tra questi due

ridisegnare costantemente la propria struttura organizzativa, nell'intento di rispondere al meglio alle funzioni di regolazione, o altresì di produzione, erogazione e redistribuzione che veniva volta per volta chiamata a prediligere.

Da questo punto di vista, la situazione con cui ci troviamo a fare i conti oggi non è affatto inedita. Essa rappresenta, piuttosto, l'ennesima tappa di un percorso evolutivo che non accenna ad arrestarsi, e di fronte al quale il giurista non può chiudere gli occhi, rimanendo aggrappato a rassicuranti concettuologie del passato.

Non sorprendentemente, dunque, i problemi di qualificazione che continuano a riverberarsi ormai da qualche decennio non sembrano poter essere attribuiti ai mutamenti in sé per sé considerati. Questi, d'altra parte, costituiscono il pane quotidiano per i giuristi, essendo il diritto un prodotto sociale altamente storicizzato, volubile tanto quanto la realtà che ambisce a regolare⁴. Piuttosto, il problema sono le lenti che il legislatore ha prescelto per inquadrare quei cambiamenti; o meglio, nel nostro caso, per individuare il soggetto che vi si trova coinvolto.

1.1. Il disorientamento degli interpreti e i rischi del *criterio del magistrato*

La distinzione in campo penale dell'attività amministrativa da quella privata è divenuta ormai estremamente problematica. Come si è avuto modo di verificare, infatti, le proposte dottrinali e le applicazioni giurisprudenziali non sembrano più in grado di riuscire a intercettare il consenso degli interpreti, rassegnatisi ormai a un approccio simil-intuizionista orientato dalla logica del caso concreto⁵.

Per comprendere le ragioni che hanno concorso a produrre questa situazione, è necessario ripercorrere sinteticamente le tappe che hanno portato alla disgregazione

poli ideali (sul punto si rinvia ad AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Bari, 2012; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000).

⁴ Come ricorda nella sua introduzione P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, i grandi stravolgimenti a cui il sistema giuridico sembra sottoposto, specie in quest'ultima epoca, non rappresentano affatto il segnale di una patologia, il sintomo di una crisi più o meno profonda; al contrario, essi costituiscono proprio un fisiologico "rileso della storicità intrinseca alla natura stessa del diritto".

⁵ V. *Supra*, Cap. II.

della concezione tradizionale (e soggettiva) della Pubblica amministrazione ancora in voga al tempo della codificazione⁶.

Il primo passo, invero, avviene poco tempo dopo l'introduzione del codice penale, con l'affermarsi dell'interventismo statale in campo economico⁷, andatosi vieppiù intensificando in periodo post-bellico⁸. Con esso si sgretola la barriera innalzata dall'impostazione liberale tra lo Stato e il mercato, e nasce così lo "Stato-imprenditore".

In seguito, si è avuto il riconoscimento costituzionale del c.d. pluralismo amministrativo (artt. 2, 3, 5, 114, e 118 Cost.), antecedente necessario alla successiva moltiplicazione degli schemi organizzativi delle P.a.⁹.

Agli inizi degli anni 80, poi, le politiche pro-concorrenziali patrocinata dall'allora Comunità Economica Europea imposero una progressiva privatizzazione degli enti pubblici economici e una dismissione delle loro partecipazioni, che tuttavia non sempre venne portata completamente a termine¹⁰. Ciò ha determinato la nascita di numerosi soggetti dotati della medesima veste giuridica delle società commerciali, ma caratterizzati da connotazioni pubblicistiche tali da spingere gli interpreti a farne

⁶ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

⁷ La creazione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), ad esempio, avviene già nel 1933. Peraltro, anche antecedentemente a esso esistevano degli enti pubblici (il Consorzio Sovvenzioni prima, l'Istituto di Liquidazioni poi) deputati al risanamento d'impresa in crisi, che detenevano ormai stabilmente partecipazioni in aziende private. Segnali di una tendenza prossima ad affermarsi, e che il legislatore, che pure ne era il diretto artefice, non è riuscito a cogliere al momento di rinnovare le sue leggi penali.

⁸ Da questo punto di vista, si può ben dire che il Titolo dedicato ai reati contro la Pubblica amministrazione sia nato vecchio perfino rispetto agli scenari che si andavano già prefigurando a quel tempo (v. *Supra*, Cap. I, par. 2.1).

⁹ Un passaggio necessario per dare protezione e concreta attuazione alla nuova generazione di diritti che si andava affacciando nell'ordinamento, v. S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1039; v. inoltre G. VICICONTE, *Responsabilità penale del personale degli enti privatizzanti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, 1482 ss.

¹⁰ Si è parlato a riguardo di "privatizzazioni all'italiana", per fotografare quel fenomeno di liberalizzazione incompiuta realizzatosi nel nostro Paese, ove al mutamento della veste formale degli enti non è sempre seguita un'effettiva dismissione del controllo pubblico, vuoi in ragione della mancata cessione delle partecipazioni statali di maggioranza, vuoi a cagione dell'attribuzione *ex lege* al socio pubblico di poteri speciali (c.d. *golden share*), peraltro di dubbia compatibilità europea (v. Corte giust. UE, 6 dicembre 2007, cause riunite 463/04 e 464/04, *Federconsumatori e altri contro Comune di Milano, Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA e altri contro Comune di Milano*, in *curia.europa.eu*; Corte giust. UE, 23 ottobre 2007, causa 112/05, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in *curia.europa.eu*). Si veda sul punto Aa.Vv., *Privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 ss.

dipendere per la prima volta lo *status* dal regime giuridico “sostanziale” in cui si trovano a operare, più che dalla loro sola struttura “formale” (c.d. *concezione soggettivo-sostanziale di ente pubblico*)¹¹.

Successivamente, all’ibridazione delle vesti giuridiche, ha fatto seguito anche una contaminazione dei modelli d’azione, con il crescente impiego da parte dell’Amministrazione di strumenti (v. art. 1, co. 1-*bis* l. n. 241 del 1990) e moduli (si fa riferimento, ad esempio, alla c.d. amministrazione per contratti) tipici del diritto privato¹².

L’avanzamento del processo d’integrazione euro-unitaria, infine, ha segnato il definitivo affrancamento dall’impostazione soggettiva di Amministrazione. Come già rilevato¹³, infatti, l’Unione Europea, sfruttando il principio dell’effetto utile (art. 4, par. 3 TFUE) ha promosso una definizione a geometrie variabili del concetto di P.a., ai sensi della quale la natura pubblica o privata di una persona giuridica è stata fatta dipendere *sic et simpliciter* dalla maggiore funzionalità di uno di questi due regimi, alla realizzazione degli scopi perseguiti dalle politiche volta per volta promosse. In tal modo, il carattere di un ente non può più essere apprezzato in astratto, una volta per tutte, ma deve invece essere verificato in concreto, avendo riguardo soltanto del *momento dinamico dell’esercizio dell’attività*, e alla sua maggiore o minore funzionalità agli scopi perseguiti dalle norme che la regolano. In altre parole, è il regime giuridico che definisce la natura del soggetto, non (più) il contrario. E la natura del soggetto è individuata solo in relazione a quello specifico regime giuridico, e non ad altri (c.d. *concezione funzionale di Pubblica amministrazione*)¹⁴.

¹¹ Come si è già anticipato, è su questo terreno che nasce la teoria degli indici sintomatici. Essi infatti vennero intesi quali indicatori dell’esistenza di un vero e proprio “regime pubblicistico”, ossia di un insieme di norme che indirizzano l’attività dell’ente verso un interesse di rilievo generale, senza che sia necessario valersi degli ordinari meccanismi privatistici di formazione della volontà del soggetto collettivo (v. Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in www.giustizia-amministrativa.it). A riguardo, e più in generale sul tema della neutralità degli schemi organizzativi rispetto al regime giuridico sostanziale dell’ente, si veda volendo N. AMORE, *La Cassazione ritorna sulla nozione d’incaricato di pubblico servizio*, in *Giur. it.*, 2017, 954 ss., e i riferimenti ivi indicati.

¹² Al punto ormai da ritenerli pienamente fungibili a quelli di impronta amministrativa (per una sintetica ricognizione su questa tematica, si veda il contributo di A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell’attività negoziale della p.a.*, in *Riv. it. scie. giur.*, 2016, 7, 331 ss.).

¹³ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

¹⁴ Prese di posizioni ontologiche, perciò, non sono più possibili. O forse non lo sono mai state, come sembra suggerirci un qualunque manuale di scienza dell’amministrazione: consultandoli, infatti, si evince che la Pubblica amministrazione non è necessariamente associabile a uno schema strutturale unico e

Nonostante gli importanti mutamenti di scopo, e addirittura di concetto, che stavano interessando gli assetti amministrativi ed economici dello Stato, in sede di riforma il legislatore penale decise ancora una volta di adoperare una concettuologia del tutto classica e di stampo dicotomico per segnare i confini del suo (severo)¹⁵ intervento repressivo verso i pubblici apparati. Con la legge n. 86 del 1990, infatti, si stabilì che il possesso della qualifica pubblica sarebbe dipeso dalla natura (pubblica) delle norme regolanti l'attività dell'agente¹⁶. Una scelta, questa, che accredita l'esistenza di una convinzione profonda, ossia quella di poter distinguere nettamente il pubblico dal privato in ogni caso, persino nell'informe contesto socio-economico che caratterizza la post-modernità¹⁷.

A ben vedere, si tratta di un'idea nata ben prima del 1990, radicata in un retroterra teorico e culturale che ha avuto una profonda influenza sugli assetti normativi di molti Paesi: quello della c.d. grande dicotomia tra pubblico e privato.

2. Apriorische Trennung? Alle radici della mitologia giuridica della “grande dicotomia”

Pubblico e privato costituiscono indubbiamente una *coppia concettuale* centrale per le esperienze giuridiche occidentali. Le due nozioni, infatti, hanno rappresentato e continuano a rappresentare delle infaticabili compagne di viaggio per il giurista, influenzando ogni frangente dell'ambiente in cui ha scelto di operare: dagli insegnamenti impartiti nelle scuole di giurisprudenza, fino ai testi normativi studiati e

peculiare rispetto agli altri enti, essendosi peraltro registrate, nel tempo e nelle diverse aree geografiche, consistenti variazioni dei moduli organizzativi adoperati per concretizzare le politiche dello Stato (anche in dipendenza dei diversi interessi volta per volta attribuitele; per un sunto efficace dei vari modelli di Amministrazione che si sono avvicinati nelle esperienze giuridiche occidentali v. A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, 2005, 43 ss.).

¹⁵ Almeno rispetto al fiacco statuto penale dell'impresa a cui (in tal modo) si contrapponeva.

¹⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 3 ss.

¹⁷ Secondo il principale teorico *sulla* post-modernità, infatti, questo sarebbe un periodo storico “di transizione”, caratterizzato dalla forte volatilità, ambiguità e incertezza delle sue strutture, dovuti al progressivo *liquefarsi* dei precedenti assetti sociali e istituzionali (v. Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000).

applicati nei tribunali¹⁸. Persino i sistemi di giustizia vengono condizionati dal diverso atteggiarsi di questi due significanti¹⁹.

Per quanto ad oggi è possibile ricostruire, il loro debutto sul proscenio giuridico avviene non più tardi del 534 d.C., in uno dei frammenti d'apertura del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* (534), secondo il quale “*Publicum ius est quod ad Statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”.

Pubblico e privato, dunque, anzitutto come diritto pubblico e diritto privato. Due branche diverse, due emisferi separati delineati per opposizione sulla base degli *interessi* che sono chiamati a soddisfare. Dal frammento Ulpiano, questa distinzione sembra essersi fatta largo senza soluzione di continuità nel pensiero giuridico moderno dei Paesi occidentali, in special modo europeo-continentali²⁰. Tant'è che dopo oltre un millennio, Friedrich Carl von Savigny, nella sua celebre opera “Il sistema del diritto romano attuale”, ripeterà che se si passasse in rassegna l'intero diritto dell'ordinamento, lo si potrebbe distinguere in due diversi rami (*zwey Gebiete*): “das Staatsrecht und das Privatrecht. Das erste hat zum Gegenstand den Staat, das heißt die organische Erscheinung des Volkes; das zweyte die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse, welche den einzelnen Menschen umgeben”²¹.

La ricostruzione di Savigny, oltre a riecheggiare il frammento del *Codex*, rispecchia anche il panorama giuridico della seconda metà dell'ottocento: da un lato vi era lo Stato, che veniva inteso come un tutt'uno inscindibile, come un'autorità da cui

¹⁸ Come osserva G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, a cura di E. WOLF – H.P. SCHNEIDER, Stoccarda, 1973 228, “Der Charakter einer Rechtsordnung drückt sich durch nichts so deutlich aus wie durch das Verhältnis, in dem sie öffentliches und privates Recht zueinander stellt” / “Il carattere di un ordinamento giuridico si rivela in modo significativo da come il diritto pubblico e il diritto privato vengono collocati l'uno rispetto all'altro”.

¹⁹ V. *Infra*.

²⁰ Per la letteratura francese valga per tutti il riferimento all'opera di O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. Une entente assez cordiale?*, Parigi, 2004, 29 e ss.; più in generale si veda AA.VV., *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques*, a cura di J.B. AUBY – M. FREEDLAND, Parigi, 2004. Per quanto riguarda la letteratura tedesca, si rinvia alla panoramica offerta da G. DELLEDONNE, *La distinzione tra Privatrecht e Öffentliches Recht nel dibattito tedesco. Dalla separazione agli ordinamenti d'intercettazione, attraverso il superamento di un contrasto essenziale*, in AA.VV., *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del iv congresso nazionale SIRD*, Trento, 2016, a cura di G.A. BENACCHIO – M. GRAZIADEI, nonché ai riferimenti citati *Infra*.

²¹ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840, 22, reperibile on-line <http://ieg-ego.eu/de/threads/hintergruende/recht>.

promanano comandi ineludibili²². Al polo opposto, invece, il regno del diritto soggettivo e del *Rechtsgeschäft*, del “negoziio giuridico”, dominato (almeno inizialmente) dal c.d. dogma della volontà delle parti (*Willenstheorie*)²³.

Il combinato disposto tra supposta continuità storica e perfetta aderenza al diritto vigente, porterà qualche tempo più tardi uno studioso del calibro di Gustav Radbruch a parlare di una distinzione a priori del pensiero giuridico²⁴, che è possibile scorgere anche dietro le diverse e contingenti traduzioni positive che ne sono state date. Persino un anti-normativista come Carl Schmitt dovette ammettere di trovarsi al cospetto di uno dei *Großen Dualismen*²⁵ del nostro sistema.

Inizia insomma a fare presa l'idea di una separazione ontologica tra le due branche del diritto. E in effetti è proprio partendo da queste premesse che Norberto Bobbio sviluppa la sua celebre teoria su quella che lui chiama la “coppia dicotomica”²⁶.

Secondo Bobbio, pubblico e privato rappresentano una “grande dicotomia” del diritto, perché realizzano “una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie”²⁷. Tant'è vero che le più importanti dualità che sono state teorizzate fino ad ora, come quelle tra società politica e società economica, tra legge e contratto, tra diritto positivo e diritto naturale, e finanche tra giustizia distributiva e giustizia commutativa, possono essere fatte confluire – in modo più o meno esatto – all'interno della “coppia dicotomica”.

Ma cosa significa allora diritto pubblico, e cosa significa diritto privato?

Dai precedenti richiamati si ricava come sia stato inteso come “pubblico” anzitutto il diritto che cura gli interessi collettivi, mentre come privato quello che realizza l'utile dei singoli individui.

²² È difatti il periodo in cui si consolida e diffonde la c.d. dottrina imperativistica del diritto, v. J. AUSTIN, *Lectures On Jurisprudence: Or The Philosophy Of Positive Law*, Whitefish, 1874 (2010).

²³ Sostenuta tra gli altri proprio da F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., 1840; ID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Duffeldorf, 1870.

²⁴ G. RADBRUCH, *Rechtphilosophie*, cit., 221.

²⁵ C. SCHMITT, *Über die zwei großen “dualismen” des heutigen rechtssystems* [1939], in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe*, Berlino, 1988, 261.

²⁶ N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enc.*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985. Si veda inoltre N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, 122 ss.

²⁷ N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, cit., 3

Il criterio di distinzione primigenio, quindi, guarda alla natura, o se si vuole al titolare, degli interessi soddisfatti.

Questo, in obbedienza alla logica aristotelica esposta nella Metafisica, per cui “il tutto è maggiore [anche] della somma delle sue parti”, ha portato storicamente a postulare pure la *supremazia* del primo sul secondo²⁸. Pubblico, pertanto, sarebbe anche il diritto che regola rapporti sociali tra diseguali, ossia tra soggetti sopraordinati e subordinati, tra governati e governanti. Il privato, invece, regolerebbe rapporti tra eguali. Tale disuguaglianza sarebbe motivata principalmente da un elemento: il possesso del potere. Le relazioni disciplinate dal diritto pubblico, infatti, potrebbero quasi tutte essere tradotte come quelle intercorrenti tra detentori del potere di comandare e destinatari del dovere di obbedire. Non sarebbe così, invece, nel diritto privato, dove vige il principio di libertà delle parti e di intangibilità della sfera giuridica altrui (v. art. 1372 c.c.).

Gli echi di queste posizioni teoriche sono ancora netti e si avvertono in modo particolarmente distinto nell’ordinamento attuale. Già prendendo in mano la Legge fondamentale se ne può avere contezza.

Il riferimento più immediato è certamente quello concernente gli assetti proprietari, che la Costituzione distingue espressamente, e nettamente, in pubblici e privati (art. 42 Cost.). *Tertium non datur*. Da tale suddivisione derivano poi importanti conseguenze giuridiche, alcune descritte direttamente dalla Carta (ad esempio, l’espropriabilità della proprietà privata per motivi d’interesse generale, cfr. art. 42, c. 4 Cost.), altre specificate nel Libro III del codice civile e in diverse leggi complementari.

Il più vasto invece, almeno in termini di disposizioni costituzionali coinvolte e d’impatto sullo Stato-apparato, riguarda l’organizzazione giudiziaria e il riparto di giurisdizione (artt. 103 e 113 Cost.). Nel nostro ordinamento, infatti, la spendita diretta o indiretta di potere pubblico attiva una differente giurisdizione, gestita da una differente magistratura e secondo differenti regole sostanziali e processuali. Si tratta della giustizia amministrativa, depositaria del compito di tutelare una particolare situazione soggettiva dei cittadini: il c.d. interesse legittimo. Ossia, volendo essere

²⁸ Si veda a riguardo I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della grande dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 43, 343 ss.

cursori, ciò che rimane del diritto quando s'incontra e scontra con un "potere pubblico"²⁹.

Non ci si deve scordare infine degli artt. 97 e 98, e dell'art. 54 Cost. Dalla pubblicità dell'ente e dell'impiego, infatti, la Costituzione fa discendere doveri particolarmente pregnanti, tanto sul piano organizzativo che deontologico. Queste norme obbligano le Pubbliche amministrazioni, e soltanto queste, ad assicurare la legalità, l'imparzialità e il buon andamento dei propri assetti così come delle funzioni svolte, e pongono i loro impiegati "al servizio esclusivo della nazione", richiamandoli alla esecuzione della propria prestazione lavorativa "con disciplina e onore"³⁰. Com'è intuibile, si tratta di doveri aggiuntivi e qualificati rispetto a quelli incombenti sulla generalità dei privati, consistenti nei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2 Cost.) e di fedeltà alla Repubblica (art. 54, co. 1 Cost.).

In ognuna di queste tre distinzioni sembra possibile rinvenire i tratti qualificanti del pubblico e del privato isolati dalla elaborazione teorica a cui abbiamo accennato.

I differenti assetti proprietari riflettono soprattutto il diverso statuto del proprietario delle *res*, secondo uno schema soggettivistico che riecheggia gli stilemi codicistici³¹.

Il riparto di giurisdizione e la diversa organizzazione della magistratura chiamata a dirimere le controversie tra P.a. e privati, invece, appare principalmente il portato

²⁹ A riguardo si rinvia all'acuta riflessione di M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *For. It.*, 1987, 469 ss.; v. inoltre la recente monografia di F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

³⁰ Per approfondimenti sul tema v. per tutti AA.VV., *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN, Milano, 2009; v. inoltre R. RAMPONI, *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987, 71 ss., che sposa un'accezione oltremodo riduttiva dell'art. 54, co. 2: secondo l'autore, infatti, esso "per un verso, collegando il dovere alla prestazione del giuramento, intende correlare una efficacia sanzionatorie a maggiore alla violazione del dovere di fedeltà commessa nell'assolvimento di poteri pubblici; per l'altro, legittima l'esistenza di norme deontologiche di comportamento accessoria rispetto al dovere (di fedeltà) di svolgere la funzione in modo aderente alla fattispecie normativa. Fedeltà qualificata se proprio si vuole, ma che comunque non può costituire la base di nuovi o diversi doveri, in quanto il giuramento – per affermazione comune – esplica i suoi effetti essenzialmente sul piano morale e non può, pertanto, individuare un canone generale di comportamento suscettivo di unificare, quanto meno sul piano dei soggetti, la pluralità delle funzioni statuali (classiche). Del resto, la Costituzione col'abrogare il disposto dell'art. 49 dello Statuto albertino che fissava l'obbligo di prestare giuramento per senatori e deputati, è venuta in tal modo ad introdurre una deroga ed una limitazione significative alla sfera di operatività dell'art. 54, 2° comma, Cost."

³¹ I quali come noto definiscono il proprietario e non la proprietà, cfr. art. 832 c.c.

della situazione di asimmetria che intercorre tra Amministrazione e individuo³². Una situazione di asimmetria che è fotografata, peraltro, pure dalla dicotomia già richiamata tra provvedimento (non soltanto legislativo, ma amministrativo e giurisdizionale, accomunabili dalla “pubblicità” dell’ente che li emana e dalla efficacia costitutiva unilaterale che detengono verso le situazioni giuridico soggettive dei terzi) e contratto (che è invece liberamente pattuito e convenzionalmente determinato).

Le norme che vincolano l’organizzazione e il *modus operandi* dei soggetti pubblici, infine, sembrano correlate alla tipologia d’interesse che sono chiamati a soddisfare. A differenza degli enti privati, strutturati per perseguire scopi egoistici nei termini desiderati e in condizioni di tendenziale parità con gli altri operatori, le Pubbliche amministrazioni sono sempre vincolate in modo più o meno penetrante nei fini e nelle modalità d’azione. L’interesse da raggiungere, infatti, non pertiene all’ente che lo Amministra, ma alla collettività, perciò questa funzionalizzazione costituisce una importante garanzia per la sua migliore soddisfazione.

Le tracce della dicotomia diventano ancora più significative se si passano in rassegna gli atti aventi forza di legge.

Qui si ritrovano anzitutto i corollari delle suddivisioni operate dalla Costituzione, che appaiono però in veste più complessa e articolata (le richiamate norme del Titolo III e della legislazione speciale per il primo; il codice del processo amministrativo e i provvedimenti attuativi per il secondo; la legge sul procedimento amministrativo e il T.U. sul pubblico impiego per il terzo, e così via).

Ma oltre a queste ipotesi, i poli del pubblico e del privato si propongono quali criteri ordinatori anche in altri contesti. In campo civile, ad esempio, la natura privata o pubblica dell’interesse sotteso gioca un ruolo fondamentale anche nell’individuazione delle norme inderogabili e di quelle dispositive. Una distinzione tradizionalmente ritenuta impensabile nel diritto amministrativo, dove le regole sarebbero fatte per essere applicate, e ogni deroga da parte dell’Amministrazione significherebbe illegittimità, o almeno irregolarità. Nel diritto privato, al contrario, com’è stato osservato “il diritto sussidia l’autonomia privata, e interviene [inflexibilmente] là dove occorre presidiare

³² Non a caso il g.a. è stato definito giudice del “potere” amministrativo piuttosto che del “soggetto” Pubblica amministrazione, cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204 in *giurcost.org*: v. inoltre art. 7 c.p.a.

interessi ritenuti preminenti e per colmare le lacune dell'autoregolamentazione dei privati”³³.

In campo penale, invece, la sottoposizione a “norme di diritto pubblico” dell’ente o dell’agente condiziona come visto perfino la tipicità di numerose fattispecie, alcune delle quali molto ricorrenti nella prassi e di rilevante gravità. Ancora, si pensi all’impatto che può assumere la natura pubblica o privata dell’attività prestata, in rapporto alla possibilità di vincere le resistenze e pregiudicare gli interessi di terzi. Una portata che può acquistare anche toni drammatici: al di là della esecutorietà assicurata dal diritto amministrativo a numerosi provvedimenti di svariati soggetti pubblici, infatti, esiste una norma nel codice penale – l’art. 53 – che autorizza i c.d. “pubblici ufficiali” a provocare anche la morte, qualora ciò sia da considerarsi necessario non per difendersi da un’aggressione o per salvarsi da una situazione necessitante, bensì per adempiere alle proprie funzioni³⁴.

Pubblico e privato, dunque, ordinano e condizionano il regime giuridico di numerosi istituti sparsi in molti settori del ordinamento, seguendo le direttrici isolate dal dibattito teorico che ormai da secoli sembra averne individuato ragioni e peculiarità.

E forse è proprio da qui che nascono i problemi.

Quelle direttrici, infatti, lungi dall’essere espressione di una sorta di forma universale e ontologica del pensiero giuridico, sono il prodotto di un’elaborazione teorica piuttosto pericolante, che nasce da un’esperienza giuridica tutt’altro che risalente.

Partendo dal primo aspetto, non si può tacere come ognuno dei criteri discretivi tra pubblico e privato sia stato sottoposto a forte critica, e da giuristi di ogni estrazione³⁵.

I punti maggiormente problematici sono stati individuati, prevedibilmente, nella scarsa precisione dei parametri proposti, ben esemplificata dalla difficoltà di distinguere concretamente quando l’interesse possa essere considerato individuale e quando invece

³³ E. DEL PRATO, *Pubblico e privato: spigolature di un civilista*, in *Riv. it. scie. giur.*, 2016, 7, 289.

³⁴ Sul punto si rinvia a G. PANEBIANCO, *L’uso legittimo delle armi*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, 2010, 389 ss.; D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. Giur.*, 1994, I; volendo si veda inoltre N. AMORE, sub *Art. 53*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, con il coordinamento di G. DE FRANCESCO – G. FIDELBO – A. VALLINI, Milano, 2019.s

³⁵ Si va infatti da un normativista puro come Hans Kelsen, fino a un’istituzionalista del calibro di Santi Romano. Nel mezzo troviamo personalità quali Stefano Rodotà e Luigi Ferrajoli, che pure si limitano a criticare questa distinzione solo per certi aspetti.

collettivo³⁶, e nella loro incapacità di fornire una caratterizzazione sufficientemente attendibile delle due sfere del diritto. Max Weber, nella sua *Rechtssoziologie*, lo illustra in modo chiaro:

“Non ogni organo dell’istituzione statale, dice, è fornito di potere di comando, e l’agire degli organi statali ordinato secondo il diritto pubblico non è sempre un comando. [...] Vanno poi incluse nella sfera dell’agire regolato dal “diritto pubblico” non soltanto le relazioni dirette tra detentori del potere e sottoposti, ma anche quell’agire dei sottoposti che serve all’investitura e al controllo del detentore o dei detentori di potere preminenti. [Inoltre] questa definizione [...] non considera appartenenti al diritto pubblico tutti i poteri di comando autoritari e le loro relazioni con i sottoposti al potere. Ne resta escluso il potere del datore di lavoro, evidentemente perché esso sorge in forza di “negozi giuridici” tra soggetti formalmente “coordinati”. Ma anche il potere del padre di famiglia viene trattato come autorità di diritto privato, evidentemente soltanto perché unica fonte di potere legittimo è considerata l’istituzione statale, e perciò assume rilevanza di “diritto pubblico” soltanto quell’agire che [...] è rivolto alla conservazione dell’istituzione statale e al perseguimento degli interessi da essa, per così dire, monopolizzati”³⁷.

La discutibile qualità degli indici, inoltre, fa il paio con la forte storicità della dicotomia che concorrono a comporre. A ben vedere, infatti, sia in epoca romana, che nelle ricostruzioni ermeneutiche dei giureconsulti medievali (Azzone da Bologna), ciò che era ritenuto pubblico o privato non era il diritto in sé per sé, considerato invece “uno

³⁶ Un punto particolarmente criticato da Kelsen, che ha recisamente negato la praticabilità di qualsiasi distinzione tra gli stessi: sarebbe infatti “semplicemente impossibile affermare di qualunque norma giuridica positiva, che serve all’interesse collettivo o all’individuale. Ogni norma giuridica serve sempre ad entrambi allo stesso tempo. [...] Propriamente vi sono soltanto interessi individuali. Da che una norma giuridica protegge un interesse individuale, la protezione di questo è un interesse collettivo” (H. Kelsen, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, 341).

³⁷ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. *Economia e società*, a cura di P. ROSSI sull’edizione critica di J. WINCKELMANN (1956), III, Milano, 2000, 2.

e inscindibile”, bensì “i rapporti (*res*) o i soggetti (*personae*) su cui l’ordinamento giuridico dispone”³⁸.

Nella nostra penisola, poi, la parola “diritto pubblico” è rimasta a lungo sconosciuta, facendo capolino soltanto nel 1800, a seguito della campagna d’Italia di Napoleone Bonaparte³⁹. La contrapposizione tra pubblico e privato, nei termini in cui si è posta, non può allora esser fatta risalire al diritto romano, ma trova piuttosto i suoi natali alle “origini della modernità” giuridica⁴⁰, facendo la sua comparsa e conoscendo il suo acme teorico tra il 1700 e la fine del 1800⁴¹.

La “grande dicotomia”, dunque, sarebbe il prodotto di una stagione da tempo passata, incentrata su categorie pubblicistiche ormai in forte crisi (si pensi solo ai concetti di Stato-nazione e sovranità, recentemente tornati di moda), anche a causa della pressione di attori e modelli privati d’azione.

Anzitutto, abbiamo i processi d’ibridazione pubblico privato.

Come si è visto, tutto è iniziato con l’affermarsi dell’interventismo statale nel periodo a cavallo della seconda guerra mondiale. Evento che ha costituito l’atto di nascita del c.d. Stato economico e il certificato di morte della rigida bipartizione tra attività amministrativa e attività imprenditoriale tramandata dalla dottrina tardo-ottocentesca⁴². Arrivati ai giorni nostri, poi, le politiche di liberalizzazione che si sono affermate, hanno via via lasciato sul campo numerosi soggetti di natura ibrida, rendendo impossibile distinguere il pubblico dal privato *ratione subiecti* o sulla base della veste giuridico formale.

³⁸ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, 1949, 285, citato da B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. Fior.*, 45, 2016, 197 ss. Si veda inoltre S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, Milano, 1993, 375, ove si analizza anche il pensiero di Marco Tullio Cicerone, che sembrava sì riconoscere la distinzione tra pubblico e privato, ma in termini puramente convenzionali e non dicotomici, quali articolazioni dello *ius civile*: “In iure civili, quod est in privatarum ac publicarum rerum lege aut more positum”.

³⁹ V. anche *Supra*, Cap. I, par. 1.

⁴⁰ I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della grande dicotomia*, cit., 43, 346.

⁴¹ Esorbita dai fini di questo scritto ricostruire tutto il percorso storico; per approfondimenti si deve pertanto rinviare allo scritto di B. SORDI, *Verso la grande dicotomia*, cit., 193 ss.

⁴² Con i piedi ben piantati in quel periodo, infatti, Carl Schmitt poteva osservare che “una forma di organizzazione politica cessa di essere politica quando viene edificata sulla base del diritto privato, come è appunto il caso dell’economia moderna. Esistono certamente analogie fra il monarca, padrone assoluto dello Stato, e l’imprenditore nel capitalismo privato, padrone assoluto nella sua fabbrica; in ambedue i casi vi sono possibilità di cooperazione coi loro sudditi, ma forma e contenuto dell’autorità, del carattere pubblico e della rappresentanza sono fundamentalmente diversi” (C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923).

Ciò ha creato una serie di complicazioni. Verificare il campo di applicazione degli obblighi organizzativi e deontologici discendenti dall'art. 97 Cost., ad esempio, è diventato particolarmente complesso. Non meno gravi, poi, i problemi che tali processi hanno provocato nell'applicazione dello statuto penale della Pubblica amministrazione: la giurisprudenza si è letteralmente persa nel dedalo delle dismissioni e della privatizzazioni, con pronunce che sono arrivate a considerare pubblica persino l'attività bancaria⁴³. Abbiamo inoltre il fenomeno dei beni comuni, che si propone, almeno nella sua veste più radicale, di scardinare la bipartizione pubblico-privato, proponendo un peculiare assetto della proprietà che non si innesta sullo status del suo titolare, ma sul particolare contenuto che essa esprime nei confronti dei diritti fondamentali della persona⁴⁴.

Last but not least, l'intera impalcatura che sorregge il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sembra aver fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno. A prescindere dall'inconsistenza teorico generale della categoria "interesse legittimo", ben apprezzabile rifacendosi alla concezione Hohfeldiana della posizione soggettiva⁴⁵, è il tema del potere, e della funzionalizzazione del *munera* che lo esprime, a non esser più ritenuta una caratteristica *imprescindibile* ed *esclusiva* dell'attività amministrativa.

Imprescindibile, perché come insegna Paolo Grossi⁴⁶, l'elemento del potere risulta sempre meno centrale per l'azione della P.a. Accanto all'attività di diritto privato vera e propria, sdoganata dall'art. 1, co. 1-bis l. 241/90, vanno infatti aumentando i moduli negoziali e privatistici d'azione, in chiave non soltanto di efficientamento dei processi, ma anche di maggiore, *se non democraticità, almeno condivisione* dell'azione

⁴³ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.3.

⁴⁴ Sul punto si veda I. PUPOLIZIO, *Pubblico, privato, comune*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2014, 7 ss.

⁴⁵ W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning*, in *The Yale Law Journal*, 23, 1913. Riguardato attraverso lo schema proposto da Hohfeld, l'interesse legittimo potrebbe essere inteso anche quale *Shield* dell'*Individual Right*, ossia come distretto perimetrale del diritto soggettivo con funzione protettiva. E quindi, in sintesi estrema, "diritto" esso stesso, o meglio una sua componente. Sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi si vedano inoltre le riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2, 2009, 34 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Una breve riflessione sull'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ V. P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. Fior.*, 45, 9 ss.

amministrativa⁴⁷. Situazione evidentemente incompatibile con un Amministrazione intesa quale esercente di un potere. Ancora, si pensi al ruolo che il consenso assume nei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti, e in particolare alle forme di partecipazione procedimentale alla loro fase istruttoria da parte dei potenziali destinatari. In questo l'esempio dell'Anac in materia di piani triennali anticorruzione e di regolamenti in materia di trasparenza e accesso civico è esemplare⁴⁸.

Esclusiva, invece, perché pure in ambito privatistico si possono configurare attività funzionalizzate verso interessi di rilevanza sovraindividuale⁴⁹: si pensi, ad esempio, al curatore dell'eredità giacente (art. 528 ss. c.c.) all'esecutore testamentario (art. 700 ss. c.c.), nonché all'amministrazione e alla rappresentanza degli incapaci (art. 320 ss. c.c.) e di fondazioni (art. 25 c.c.). Inoltre, a partire dal pionieristico lavoro di Lina Bigliazzi Geri, "Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato"⁵⁰, crescono gli autori che prospettano ipotesi in cui sarebbe possibile riscontrare le caratteristiche di questa discutibile posizione giuridico soggettiva anche in ambito civile⁵¹. Più in generale, si può osservare come i limiti alle autonomie negoziali poste dalle regole delle varie Autorità amministrative indipendenti che sovrintendono ai vari mercati, abbiano posto fine al "classico modello civilistico che vedeva le parti disporre liberamente dei propri interessi su un piano di assoluta parità ed eventualmente il giudice intervenire per dirimere la controversia, senza mai ingerirsi nelle scelte di

⁴⁷ Si pensi alle convenzioni urbanistiche, e più in generale agli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della Legge sul procedimento. Al di là del dibattito relativo alla natura, per l'appunto, di diritto pubblico o privato di questi accordi, la V Sezione del Consiglio di Stato ha recentemente statuito che si applicano "le regole della responsabilità contrattuale anche nei confronti della stessa parte pubblica che non adempia ai propri obblighi da essi derivanti" (sent. n. 1491 del 2016, in *giustizia-amministrativa.it*).

⁴⁸ V. R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubb.*, 2017, 903 ss. La disciplina è attualmente contenuta nel regolamento del 13 giugno 2018, rubricato "definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione".

⁴⁹ Si leggano a riguardo le stimolanti riflessioni di S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, 150 ss., che conclude la sua analisi sul concetto di "potere autoritativo" osservando come "in un mondo dominato dal mercato (e in particolare da quello finanziario) il massimo grado di autoritatività non è più nelle mani degli Stati, ma nelle mani di soggetti privati in grado di orientare i flussi di investimento, sicché è totalmente illusioni o è anacronistico pensare che l'imperatività sia una prerogativa pubblicistica connessa all'esercizio di poteri amministrativi".

⁵⁰ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

⁵¹ Si veda per esempio L.V. MOSCARINI, *Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1133 ss.

convenienza [...] L'insieme di tali elementi segna un'alterazione profonda degli equilibri interni del diritto privato che non appare più l'espressione tipica di una disciplina che regola i rapporti tra soggetti in principio considerati uguali e sullo stesso piano, ma si presenta come un ambito nel quale le leggi speciali, ormai superando la centralità del codice, tendono a far riemergere un diritto privato degli *status*⁵².

Siamo alle prese, insomma, con un apparente scambio di ruoli: un diritto amministrativo che si privatizza, per andare in contro ad esigenze di efficienza e condivisione dei processi di scelta⁵³; e un diritto privato che si amministrativizza, in nome della tutela dei soggetti deboli⁵⁴.

Ad abundantiam, si può buttare nel calderone anche il rimescolio di piani regalatoci recentemente dal legislatore, con la storica introduzione di un illecito civile penalizzato ad opera dei d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016⁵⁵, e l'invenzione, per dirla con Padovani⁵⁶, di un illecito penale civilizzato, grazie all'introduzione di quella creatura chimerica che è l'art. 162-ter c.p., con cui si è ottenuto l'effetto pratico di trasformare la querela del processo penale, in una sorta di diffida ad adempiere particolarmente qualificata.

⁵² Cfr. A. LALLI, *Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, in *Riv. scie. giur.*, 2016, 321 ss.

⁵³ La complessa *situazione spirituale* del diritto amministrativo rappresenta del resto un argomento ben noto e da tempo discusso in dottrina: come rilevò lucidamente già nel 1954 il Maestro Massimo Severo Giannini nella sua prolusione pisana, “nessuna normazione raggiunge, quanto a incongruenze, quella amministrativa” [...] dopo le prime sintesi, le tematiche così faticosamente elaborate sono passate al vaglio del riscontro sulla realtà, esse non hanno resistito alla prova”. Sessantacinque anni dopo quella prolusione, la situazione della scienza amministrativa non è affatto migliorata, anzi se possibile è ulteriormente peggiorata. A ben vedere, il diritto amministrativo contemporaneo sembra essersi definitivamente congedato da tutti quegli istituti dogmatici che avevano contribuito a caratterizzarne il peculiare statuto disciplinare: come visto, infatti, alla disintegrazione del presupposto soggettivo di riconoscimento della normazione amministrativa, si è aggiunta anche la caduta di tutti quei punti di riferimento che erano stati individuati per giustificarne/assicurarne l'omogeneità, quali il concetto di funzione, di potere, di autoritatività e di discrezionalità amministrativa (sul punto si rinvia alla preziosa monografia di S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, cit., 145 ss.)

⁵⁴ La sempre più accentuata convergenza tra le due forme di diritto sostanziale, poi, si è riflettuta sull'altrettanto accentuato ravvicinamento delle forme di giurisdizione. Giudice ordinario e giudice amministrativo, infatti, sono oggi in grado di offrire tecniche di tutela dei beni della vita sostanzialmente omologhi.

⁵⁵ Per approfondimenti si rinvia per tutti ad A. GARGANI, *Illecito civile punitivo* (voce), in *Enc. Dir., Annali*, X, 2017, 487 ss.

⁵⁶ Intervento inedito tenuto in occasione della conferenza “Sul cammino delle riforme penali: la tappa della legge “Orlando” organizzata dalla Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa il 15 gennaio 2018 (v. <https://www.radioradicale.it/scheda/530589/sul-cammino-delle-riforme-penali-la-tappa-della-legge-orlando?i=3801092>).

Volendo riassumere, quindi, al termine di questa rapida carrellata ci si trova davanti ad attività private che perseguono interessi pubblici, enti pubblici che esplicano attività economiche, privati che esercitano pubbliche funzioni, e soggetti pubblici che operano attraverso schemi civilistici. Tutto ciò sullo sfondo di un fenomeno più ampio, ovverosia la rinascita della *lex mercatoria* quale principale esempio delle nuove forme di regolazione privata che, grazie alla loro effettività, riescono perfino a imporsi su quelle formali di matrice pubblicistica⁵⁷.

Ci si potrebbe domandare, quindi, che cosa ne sia di questa dicotomia, e se rappresenti ormai un vecchio arnese da riporre in soffitta⁵⁸.

Certamente la sua carica ideologica è divenuta inattuale. All'ugualitarismo formale, infatti, non crede più nessuno. Almeno dal punto di vista teorico, poi, la contrapposizione frontale tra individuo e Stato può considerarsi risolta dal principio personalistico, che rende le prerogative dell'apparato strumentali al miglior sviluppo della persona umana. L'intensificarsi degli scambi transnazionali e della finanza, infine, hanno contribuito considerevolmente a erodere il concetto di sovranità nazionale, già compresso dall'interdipendenza politica ed economica degli Stati che è andata progressivamente aumentando a partire dal secondo dopo guerra⁵⁹.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la distinzione pubblico – privato può rappresentare ancora un strumento per ordinare concetti giuridici e distinguere posizioni soggettive all'interno dell'ordinamento⁶⁰. Del resto, è innegabile che persista un nocciolo duro di funzioni, come quella legislativa ad esempio, altamente riconoscibili e orientate in modo *sui generis* rispetto a tutte le altre.

Perché la funzione euristica e ordinatoria non si riduca a una farsa, però, la dicotomia necessita di essere sdrammatizzata. Essa, infatti, non rappresenta un apriori

⁵⁷ V. M.R. FERRARESE, *Gli stati, i governi: poteri residuali?*, in *Teoria politica*, VII, 2017, 183 ss.

⁵⁸ Secondo F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 7 “diritto pubblico e diritto privato sono fra loro intimamente connessi e costituiscono piuttosto due aspetti di un medesimo fenomeno sociale che due fenomeni diversi”; più prosaici invece R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 6, secondo i quali questa sarebbe “una classificazione tradizionale che fa acqua da tutte le parti” (proseguono inoltre affermando “ma non produce danni, perché serve solo come indicazione di massima per orientarsi tra le materie di insegnamento”, trascurando evidentemente l'esistenza degli artt. 357 e 358 c.p.).

⁵⁹ Sul concetto di sovranità e sulla sua evoluzione si veda F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 3, 2017;

⁶⁰ Non a caso, essa viene ancora impiegata in ambito internazionale: dalla Carta europea dei diritti dell'uomo fino al trattato di Lisbona, passando per tutta una serie di trattati più particolari, come ad esempio la Convenzione sulla tortura del 1984.

del pensiero socio-giuridico, e comunque non è in grado di ricollegarsi a forme, per così dire, ontologiche di manifestazione, tali cioè da stabilire un nesso di corrispondenza invariabile nel tempo e nei luoghi tra i due lemmi di cui si compone, e i rispettivi significanti. Oltre a questo, si devono evitare i ben noti *loop* a cui conduce il tentativo di accordare in modo universalmente esatto il pensiero topico con quello sistematico, per giunta nel contesto di un linguaggio “amministrato” come quello del diritto⁶¹.

Fatte queste premesse, si può affrontare con serenità e realismo il dilemma del criterio discreitivo.

Come visto, gli indici che dovrebbero presidiare i *netti* confini tra i due territori si trovano spesso ad accavallarsi, lasciandoci incapaci di qualificare tutti quei soggetti, o comunque tutte quelle attività, ibride, un po’ pubbliche un po’ private, oppure pubbliche sotto certi aspetti e private sotto altre. Che sono poi proprio quelle situazioni che caratterizzano il sistema giuridico post-moderno⁶². La via più semplice sarebbe quella di prendersela con l’approccio dicotomico, con la logica binaria aristotelica dimostratasi sempre più distante dalla realtà odierna, per abbracciare invece le c.d. logiche *flo* o *fuzzy*, indubbiamente meno oltranziste, incentrate su criteri prevalentemente “quantitativi”⁶³. Tuttavia, utilizzare questi strumenti concettuali non soltanto per

⁶¹ Che necessità cioè dell’intervento delle autorità giuridiche per assicurare una certa concordia sulla definizione e interpretazione dei suoi termini. Come rimarcato da autorevole dottrina, infatti, il diritto si differenzia dai linguaggi c.d. artificiali-strumentali (ad es. quelli scientifici) per la sua natura non descrittiva, ma prescrittiva. Al contempo, non è neppure un linguaggio naturale, perché non costituisce “solo un modo per esprimere pressoché qualunque cosa, purché la si dica in un certo modo” (M. JORI, *Definizione legislativa e paradigmatica giuridica*, in AA.VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, 71). All’occhio della pragmatica semiotica, il diritto moderno appare piuttosto “come un caso intermedio tra i due delineati sopra: parla un linguaggio artificiale/strumentale che funziona come strumento solo nella misura in cui è anche un fatto sociale, ma la relativa concordia nel suo uso, nella sua produzione, nella sua interpretazione, nella definizione dei suoi termini, non viene affatto garantita spontaneamente dall’interesse conformistico della stragrande maggioranza dei suoi utenti a farsi capire e quindi a parlare la stessa lingua [...] È questo a rendere necessaria la presenza delle autorità giuridiche, che a noi qui interessano in quanto hanno anche autorità nella “amministrazione” del linguaggio giuridico” (M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 338).

⁶² V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

⁶³ La c.d. “logica sfocata”, basta sull’idea del c.d. grado d’appartenenza, è stata proposta compiutamente per la prima volta da L.A. ZADEH, *Fuzzy sets*, in *Information and control*, 1965, 338 ss. (disponibile su www.sciencedirect.com); si veda inoltre L.A. ZADEH, *Fuzzy logic and approximate reasoning*, in *Synthese*, 1975, 30, 407 ss.; B. KOSKO, *Fuzzy Thinking: The New Science of Fuzzy Logic*, New York, 1993; in campo giuridico, e specificamente nel diritto penale, si rinvia al noto lavoro di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l’homme*, Parigi, 1986 (su cui v. anche F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631 ss.). Si

relativizzare i formalismi e smascherare gli apriorismi di certe contrapposizioni, ma anche per formulare giudizi di appartenenza o di non appartenenza a categorie confinanti, rischia di condurci nelle sabbie mobili del paradosso del sorite. Ossia: siccome togliendo un granello da un mucchio di sabbia, ciò che rimane è sempre un mucchio, in quale momento il mucchio cesserà di essere tale? La risposta, evidentemente, resta impossibile da motivare, quantomeno con la precisione richiesta dal principio di legalità penale.

La soluzione, allora, va ricercata altrove.

Una possibile via d'uscita potrebbe essere individuata seguendo l'approccio del diritto internazionale ed europeo, ossia dei linguaggi giuridici che, più di altri, si sono confrontati con l'esigenza di ordinare il molteplice, di raccordare il discordante senza poterne modificare i connotati⁶⁴. In questo senso, la soluzione deve essere ricercata guardando alla funzione, cioè all'effetto che l'etichetta pubblica o privata è in grado di realizzare nei diversi plessi di disciplina in cui viene chiamata in causa. Del resto, è in questo modo che il diritto amministrativo contemporaneo è riuscito a parametrare con maggiore precisione il suo ambito d'intervento, affrancandosi con successo dagli insoddisfacenti approcci soggettivistici e formali, e dalle fumose concettuologie sostanzialistiche imperniate sui c.d. indicatori della pubblicità⁶⁵.

Seguendo percorsi di tipo funzionale, e seguendoli con realismo, perché il diritto non è matematica e non è nemmeno una tecnica in senso stretto, si possono forse meglio

parla, forse impropriamente, di “criteri quantitativi”, per evidenziare come questa teoria intenda disarticolare la logica dell'appartenenza/non appartenenza di un elemento a un determinato gruppo o concetto, per sostituirla con il c.d. “grado di appartenenza”, che presuppone dunque una misurazione “quantitativa” del livello di corrispondenza o difformità dell'oggetto analizzato rispetto all'insieme considerato. In effetti, quando si opera con variabili categoriali, ci si confronta con insiemi dai contorni sfumati, che le logiche binarie “0-1” non riescono a governare. Si pensi all'organizzazione delle persone sulla base dell'età: la logica aristotelica consentirebbe soltanto di separare i giovani dai non giovani. Grazie alla logica *flou*, invece, si possono adoperare anche tutti i parametri compresi tra lo 0 e l'1, che in questo modo vengono intesi come punti estremi di un *continuum* graduabile, e non come due elementi appartenenti a mondi separati e distinti. Conseguentemente, si potrà dare risalto anche alle categorie delle persone “adolescenti”, “di mezza età”, e così via, che rappresentano nient'altro che un'approssimazione decimale rispetto ai due poli del giovane-anziano (“di mezza età”, ad esempio apparterrà per lo 0,5 al gruppo dei giovani, e per lo 0,5 a quello degli anziani).

⁶⁴ V. anche *Infra*, Cap. III, par. 3.2.

⁶⁵ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

orientare i contenuti della concettuologia pubblico – privato, riducendo i rischi di arbitri e discriminazioni applicative⁶⁶.

3. Quale teleologismo per la distinzione penale del pubblico dal privato?

Applicare il metodo funzionale alla distinzione degli agenti pubblici da quelli privati, significa anzitutto determinare le finalità politico-criminali che hanno condotto il legislatore a compierla. In altre parole, si tratta di verificare verso quale scopo, verso quale programma di tutela posso essere orientati i parametri di delimitazione esterna stabiliti dagli artt. 357 e 358 c.p., e dunque quale funzione intenda soddisfare l'individuazione delle “norme di diritto pubblico e atti autoritativi” da un lato, e la “esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale” dall'altro.

Un primo tentativo in questo senso è stato compiuto dai sostenitori dell'orientamento c.d. “armonizzante”, che hanno adoperato la categoria del bene giuridico costituzionale per costruire un'interpretazione delle qualifiche *teleologicamente orientata* alla salvaguardia dei principi del “buon andamento” e della “imparzialità” sanciti dall'art. 97 Cost.

Una strada diversa, invece, può essere rintracciata ricavata il filone giurisprudenziale inaugurato dalla già citata sentenza “Bonomelli”⁶⁷: la teorica degli “indici sintomatici” centrata sulla disciplina del codice degli appalti, infatti, sembra pensata per selezionare e punire tra gli appartenenti a un ente caratterizzato da una qualche “influenza pubblicistica”, coloro che si dimostrino “infedeli” rispetto al perseguimento degli “scopi generali” a cui quella stessa organizzazione è rivolta. In questo caso, dunque, la funzione delle qualifiche si desumerebbe dalle ricadute concrete del comportamento illecito, poiché si dovrebbero considerare come “pubblici” tutti coloro che appaiano in grado – anche solo potenzialmente – di pregiudicare il corretto

⁶⁶ Sul punto sembrano in qualche modo concordare anche A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, 28, per i quali “un confine netto fra diritto privato e diritto pubblico non c'è; non solo: anche se, per convenzione, e a fini di studio, si vuole ammettere l'esistenza di un tale confine, si tratta in ogni caso di un confine mobile, soggetto a contingenti valutazioni”.

⁶⁷ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.3.2.

funzionamento di società quantomeno “condizionate” da un organismo di diritto pubblico, e rivolte al conseguimento d’interessi rilevanti per la collettività (c.d. logica orientata all’effetto).

Dall’analisi critica di questi due indirizzi, si ricaveranno le ragioni e gli argomenti decisivi per iniziare a esplorare un percorso interpretativo differente, teso a ricostruire i connotati della posizione soggettiva partendo dagli scopi perseguiti dalle fattispecie della parte speciale che la richiamano (ossia, in questo caso, i reati propri contenuti anzitutto nel Titolo II).

Di seguito s’illustreranno più nel dettaglio i contenuti delle prime due soluzioni ermeneutiche, gettando le basi in chiusura per la strutturazione della terza e ultima ricostruzione.

3.1. Il bene giuridico di categoria come elemento discriminante nella prospettiva c.d. armonizzante

La teoria dell’armonizzazione affronta espressamente il problema metodologico che gli artt. 357 e 358 c.p. sottendono, relativo ai termini in cui il penalista possa o debba tener di conto delle acquisizioni maturate *aliunde*, e in specie in campo giuspubblicistico, per la definizione dei concetti di “diritto pubblico” e di “atti autoritativi”. Essa nasce dall’esigenza di individuare dei parametri in grado di distinguere il pubblico dal privato in modo chiaro, tecnicamente fondato e teleologicamente congruente con le finalità perseguite dal diritto penale. In buona sostanza, si tratta di una *terza via* rispetto agli orientamenti “autonomisti” e “unitari” che si erano contesi il campo in precedenza⁶⁸.

Seguendo le pagine del suo primo artefice, Michele Corradino⁶⁹, la c.d. “armonizzazione” descriverebbe un approccio ricostruttivo che ambisce a fornire una definizione dell’attività pubblica dotata di un solido fondamento giusamministrativistico, che non si ponga però in conflitto con le indicazioni

⁶⁸ Praticata anche per rifuggire dalle numerose aporie argomentative in cui erano incorsi entrambi (v. *Supra*, Cap. II, par. 2 ss.).

⁶⁹ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1316 ss.;

provenienti dalla branca scientifica a servizio della quale viene pensata. Nello specifico, si propende per un'interpretazione del concetto di funzione amministrativa "che, pur derivando dalla dottrina giuspubblicistica, non presenti elementi di contraddizione con il sistema penale che disciplina la medesima materia"⁷⁰: secondo l'autore, infatti, "soltanto questo processo osmotico tra diritto penale e diritto amministrativo", può consentire di far fronte effettivamente "alle esigenze messe in evidenza dalle teorie autonomistiche e al tempo stesso di superare le contraddizioni in cui queste si avvolgono"⁷¹.

In concreto, la chiave per "armonizzare" i regimi amministrativi con gli scopi di politica criminale perseguiti dal legislatore viene individuata nello "oggetto della tutela dello statuto penalistico della pubblica amministrazione"⁷², rintracciato nei concetti di "imparzialità" e "buon andamento" dettati dall'art. 97 della Costituzione. A ben vedere, infatti, la Carta del '48 sembra stabilire degli obiettivi cardine, in grado di vincolare indifferentemente ciascuna branca del diritto nel momento in cui si viene a confrontare con la regolazione dell'Amministrazione pubblica. In questo frangente, dunque, l'art. 97 della Costituzione pare davvero permettere di riunire il diritto penale e il diritto amministrativo all'interno di un medesimo orizzonte di tutela, legittimando la messa in comunicazione delle rispettive acquisizioni⁷³.

Ciò tuttavia non eliminerebbe la necessità di ponderare i contenuti dell'imparzialità e del buon andamento sulla base delle specifiche esigenze del ramo di disciplina in cui vengono chiamati a operare: il diritto penale, infatti, è dotato di principi informatori autonomi e di istanze sue proprie, che rendono necessario quantomeno una

⁷⁰ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1331. Argomentando altrimenti, del resto, si violerebbe il principio logico di non contraddizione, oltreché quello giuridico generale di conservazione dei documenti normativi (come noto, quest'ultimo rappresenta un principio costituzionale implicito che è stato più volte richiamato dalla Consulta, in specie nelle sue sentenze interpretative di rigetto, v. per es. C. Cost., n. 152 del 1982, in www.giurcost.org; v. inoltre C. Cost., n. 292 del 1984, in www.giurcost.org; per un'analisi critica dell'impostazione teorica – c.d. coerentista – che questo principio presuppone, sia consentito rimandare a R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 292 ss.; per maggiori approfondimenti, v. inoltre N. MACCORMICK, *Coherence in legal justification*, in *Theory of legal science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund*, a cura di A. PECZENIK – L. LINDHAL – G.C. VAN ROERMUND, Dordrecht, 1984, 235 ss.).

⁷¹ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1330, che sottolinea come senza il contributo della giuspubblicistica, i concetti richiamati dagli elementi normativi impiegati dall'art. 357, co. 2, c.p. resterebbero privi di contenuto, e sarebbero perciò lasciati al libero arbitrio del giudicante.

⁷² M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1340.

⁷³ V. M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1328 ss.

verifica di congruenza per le nozioni amministrative che si intende richiamare. Nello specifico, tale valutazione dovrebbe essere condotta raffrontando le definizioni che di questi due concetti ha fornito la dottrina giuspubblicistica, con le c.d. “caratteristiche strutturali” dell’attività pubblica desumibile dal sistema d’incriminazioni contenute nel Titolo II del codice penale. In tal modo, lungi dall’avvilupparsi nel ben noto *loop* interpretativo bene-fattispecie⁷⁴, si otterrebbe invece una vera e propria interpretazione “penalisticamente orientata”, o per meglio dire “penalisticamente adeguata”, dei concetti amministrativistici di “imparzialità” e “buon andamento”. Un’interpretazione che li renderebbe capaci per la prima volta di interfacciarsi adeguatamente con i tipi criminosi che sono chiamati a tutelarli. Seguendo questa via, si giunge così a definire l’“imparzialità” come divieto di discriminazioni o favoritismi, e il “buon andamento” come efficienza ed efficacia delle prestazioni e prerogative riconosciute ai singoli cittadini dal diritto pubblico⁷⁵.

Secondo Corradino, interpretando gli artt. 357 e 358 c.p. in accordo con questi due parametri, la distinzione penale tra agenti qualificati e non diventerebbe finalmente ben determinabile, e inquadrerebbe all’interno della cornice pubblica esclusivamente quel regime giuridico caratterizzato dalla “esistenza di provvedimenti normativi che disciplinano il contenuto dell’attività, regolandone l’organizzazione, i criteri di gestione e le modalità spazio-temporali di realizzazione” , secondo principi di continuità ed eguaglianza⁷⁶.

A questa impostazione ha aderito in seguito anche Antonio Vallini⁷⁷ , reimpostandola però in una prospettiva – se possibile – ancor più accentuatamente teleologica. Ciò risulta ben evidente sin dalla individuazione dal punto di partenza prescelto per la formulazione della sua interpretazione: secondo l’autore infatti le

⁷⁴ Si tratta del c.d. circolo ermeneutico in base al quale si interpreta la norma per individuarne l’oggetto giuridico, e si cerca l’oggetto giuridico per reinterpretare a sua volta la norma (si veda a riguardo F. MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, Padova 2011, 204).

⁷⁵ Conseguentemente, nel primo caso il disvalore d’evento consisterà essenzialmente nel realizzarsi di una posizione d’ingiusto privilegio in capo al pubblico soggetto o a un terzo, mentre nel secondo sarà rappresentato dal mancato realizzarsi delle prestazioni o delle prerogative riconosciute dal diritto pubblico e che il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio avrebbe dovuto assicurare (cfr. M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1341 ss.).

⁷⁶ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna*, cit., 1349.

⁷⁷ A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011; v. inoltre A. VALLINI, *Quando e perché i commissari di una gara indetta da una s.p.a. posso ritenersi pubblici ufficiali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1089 ss.

definizione degli artt. 357 e 358 c.p. devono essere pensate necessariamente in stretta correlazione col “progetto di tutela sotteso al sistema di salvaguardia penale della p.a.”⁷⁸. Un progetto di tutela che, ancora una volta, viene rintracciato nella Costituzione, e in particolar modo nei principi di legale, regolare, efficace e imparziale funzionamento dei pubblici poteri (artt. 97 e 98 Cost.).

Secondo l'autore, “armonizzando” questi principi col sistema delineato dal Titolo II c.p., si ricaverebbero parametri chiari e costituzionalmente fondati per illuminare il significato dei criteri adoperati per distinguere il pubblico dal privato in campo penale: il concetto di “disciplina di diritto pubblico”, anzitutto, potrebbe essere definito in concreto come quella *“normativa che vincola una determinata attività per indirizzarla, in via autoritativa, verso una pubblica utilità, postulando scelte vincolate – se non altro nel fine – al posto di scelte libere, ed ispirate al criterio dell'imparzialità e del buon andamento”*⁷⁹; per quel che concerne invece il riferimento ai c.d. “atti autoritativi”, esso potrebbe adesso essere inteso come la specificazione della *“possibilità di un'incidenza unilaterale e di un indirizzo sulla funzione, da parte dei soggetti pubblici, verso la quale non valgono le preferenze individuali dell'esercente verso la funzione stessa”*, tesa al “raggiungimento di uno scopo collettivo prestabilito”⁸⁰.

Rimarrebbero quindi attratti nella sfera del diritto privato i casi in cui lo Stato interviene soltanto al fine di scongiurare che la libertà d'iniziativa economica privata contrasti con l'interesse generale, lasciando inalterato il diritto dei destinatari di quelle misure di decidere *se, come, e quando* produrre⁸¹.

In buona sostanza, perciò, l'interpretazione degli artt. 357-358 c.p. in termini funzionalmente congruenti rispetto ai programmi di tutela contenuti negli artt. 97 e 98 Cost, imporrebbe di andare sempre a verificare di quali spazi di manovra sia effettivamente titolare il soggetto incaricato di una certa mansione, alla luce della disciplina della mansione medesima. Ove all'esercente risulti disponibile qualsiasi opzione, anche quella di non agire (non contrarre, non operare, sospendere il servizio) sulla base di preferenze del tutto personali e non sindacabili, sue o di terzi, saremo di

⁷⁸ A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 771.

⁷⁹ A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 771.

⁸⁰ A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 775 ss.

⁸¹ A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 772 ss.

fronte a un'attività non connotata in termini di imparzialità e non rivolta alla soddisfazione di un interesse pubblico, e dunque non disciplinata da "norme di diritto pubblico". Al contrario, laddove la disciplina vincoli il contenuto o i criteri di scelta del soggetto, orientandoli verso il perseguimento imparziale di un interesse non egoistico, per il diretto penale si sarebbe in presenza di un'attività compiutamente pubblica⁸².

Per chiarire i meccanismi applicativi di questa teoria può essere utile analizzare un caso pratico.

Si prenda ad esempio il caso del difensore che verbalizza un'intervista difensiva. Secondo la sentenza n. 32009 rilasciata dalle Sezioni Unite nel 2006, egli sarebbe un Pubblico ufficiale (in quanto, si dice, l'atto da egli redatto avrebbe tutte le caratteristiche dell'atto pubblico)⁸³. Tuttavia, con riferimento a questa attività si ritiene che il difensore non dovrebbe essere ritenuto né esercente di un funzione giudiziaria (e quindi Pubblico ufficiale), né tantomeno incaricato di pubblico servizio. Come noto, infatti, l'avvocato che verbalizza un'intervista difensiva mantiene la piena libertà di usare i risultati delle proprie indagini secondo valutazioni che possono e devono tener conto soltanto dell'interesse del proprio assistito. E questo anche quando quei verbali potrebbero fornire un'insostituibile apporto conoscitivo al processo. Mancherebbe quindi quel vincolo nelle scelte verso il pubblico interesse, nonché la possibilità da parte di terzi di incidere sull'attività al fine di garantirne l'imparzialità e il buon andamento, che è richiesto per le attività a regime pubblicistico.

⁸² Come sintetizzato dallo stesso autore, "il riferimento alla sottoposizione della funzione all'influenza regolativa di pubbliche autorità, insomma, contribuisce alla lettura del conetto di diritto pubblico come norma principalmente volta a delineare una *discrezionalità vincolata a direttive superiori*, che per funzionare senza intoppi devono operare in un ambiente anticoncorrenziale: quindi gli "*atti autoritativi*", si può dire, *conferiscono a loro volta una particolare "autorità" a chi svolge la funzione*, consentendogli – anzi imponendogli – di operare al di fuori o al di sopra di cogenti logiche privatistiche o di mercato" (cfr. A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 778).

⁸³ Secondo Cass. pen. Sez. Un., 28 settembre 2006, n. 32009, annotata da A. VALLINI, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 347 ss.; M. VESSICHELLI, in *Cass. pen.*, 2006, 3985, infatti, "il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni è destinato a provare fatti determinati e a produrre gli stessi effetti processuali (perfetta equiparazione ai fini della prova) dell'omologo verbale redatto dal P.M. (vedi Cass., Sez. 2^a, 9 aprile 2002, n. 13552, Pediti) e siccome non si pone in dubbio che quest'ultimo sia atto pubblico, la stessa natura deve attribuirsi anche al verbale redatto a cura del difensore. Ne consegue che il difensore ha gli stessi diritti e doveri del Pubblico Ministero per quanto riguarda le modalità di documentazione".

Il riferimento a un'interpretazione costituzionalmente orientata appare retoricamente convincente, e non a caso assolutamente ricorrente nella trama argomentativa di molte delle sentenze di legittimità rese dalla Cassazione⁸⁴. D'altronde, essa affonda le sue radici nell'autorevole teorica del c.d. bene giuridico costituzionale⁸⁵, offrendo all'interprete dei parametri discretivi non soltanto chiari e accessibili, ma anche funzionali al conseguimento dei fondamentali scopi di tutela stabiliti dal Costituente.

Nondimeno, pure questa ricostruzione risente di alcune importanti criticità, che finiscono in effetti per revocarne in dubbio la stessa praticabilità. Anzitutto, si è già potuto constatare come il legame biunivoco tra il concetto di "autoritatività" e quello di "pubblicità" sia stato messo in dubbio anche dalla più recente dottrina amministrativistica, risultando ormai destituito di ogni fondamento teorico⁸⁶. Autorevole dottrina, inoltre, ha segnalato da tempo⁸⁷ come l'utilizzo dei parametri di "imparzialità" e "buon andamento" rischi di condurre sotto l'ombrello della "attività pubblica" fenomenologie invero alquanto eterogenee tra loro, peccando dunque di sovrainclusività⁸⁸.

⁸⁴ Il richiamo alla Costituzione e ai principi dell'art. 97 rappresenta uno dei *locus* retorici di maggior successo tanto nella dottrina che nella giurisprudenza che si è occupata e continua a occuparsi dei delitti contenuti nel Titolo II.

⁸⁵ Inevitabile il riferimento a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in Nov. Dig. it, XIX, 1973, 17 ss.; si veda inoltre *ex multis* G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 49 ss. per alcune penetranti osservazioni critiche.

⁸⁶ V. *Supra*, Cap. III, par. 2.

⁸⁷ Facendo però leva su esemplificazioni (v. *Infra*, Cap. IV, par. 3.1, nt. 88) che risentono dei già evidenziati "limiti" della ricostruzione "mista" che sottende, v. *Supra*, Cap. II, par. 2.2.

⁸⁸ Cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino 2010, 187, secondo cui la prospettiva armonizzante finirebbe per ricomprendere nel pubblico attività che presuppongono sì limiti nell'erogazione – vuoi oggettivi (come ad esempio limiti tariffari, che rientrano tra le misure pro-concorrenziali tese a limitare la posizione di "monopolio di fatto" degli *incumbent*), oppure concernenti la cerchia dei contraenti e/o destinatari del servizio – ma che tuttavia operano in regime concorrenziale e non certo dirigistico. Si pensi a quei limiti all'erogazione di tipo oggettivo quali ad esempio l'imposizione di soglie tariffarie (relativi ad esempio ai periodi di fatturazione imposti agli operatori telefonici), che vengo però previste quali misure pro-concorrenziali tese a limitare la posizione di "monopolio di fatto" degli *incumbent*, oppure ancora agli obblighi di servizio pubblico, che almeno di per sé non potrebbero essere accostati ad attività esercitate in un contesto organizzativo vincolato dalla legge e prestato in assenza di rischi d'impresa e concorrenza. Per le controrepliche v. A. VALLINI, *La nozione di "incaricato di pubblico servizio" e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Dir. pen. cont.*, 16 giugno 2011, che precisa come "l'inserimento in un regime concorrenziale pare effettivamente incompatibile con la qualifica pubblica del servizio non in

In effetti, i beni giuridico-costituzionali attorno ai quali ruota tutta la costruzione teorica proposta dai due autori, non sembrano dotati di una forza di richiamo sufficiente a garantire un'effettiva armonizzazione tra le acquisizioni giuspubblicistiche e le finalità proprie del sistema penale.

Le ragioni sono essenzialmente due.

La prima è che l'imparzialità e il buon andamento, se rappresentano sicuramente caratteristiche proprie delle attività pubbliche, tuttavia non posso anche essere ritenute "esclusive" di queste ultime. Indubbiamente, il Costituente impone espressamente il rispetto di questi due principi soltanto alle "Pubbliche amministrazioni". Tuttavia, ciò non implica anche che il perseguimento di quei medesimi principi sia precluso alle persone giuridiche private, che infatti ne risultano influenzate in numerosi frangenti⁸⁹.

La seconda, infine, attiene al fatto che questi due parametri non riescono a riassumere, e tantomeno a esaurire, gli obiettivi di tutela perseguiti dalle fattispecie del Titolo II. In effetti, l'idea secondo la quale essi incarino addirittura i "beni giuridici di categoria"⁹⁰ del Titolo II appare più il frutto di una convenzione tralatizia, che di una

quanto tale, ma perché e nella misura in cui implica la sottrazione a vincoli di imparzialità e buon andamento finalizzati alla soddisfazione di un interesse pubblico. Orbene, per affermazione dello stesso Autore gli "obblighi di servizio universale" sono volti proprio a compensare simili "distorsioni" del mercato, se così possiamo chiamarle, allo scopo precipuo di soddisfare in modo paritario ed efficace esigenze di rilievo generale. Insomma, pare proprio intravedersi un vincolo autoritativo d'imparzialità ed efficienza del servizio volto alla realizzazione di scopi d'interesse generale a prescindere dalla loro convenienza per l'operatore, vincolo che non sembra mutare natura in ragione dell'allocazione di costi e profitti".

⁸⁹ Si pensi al tema dell'imparzialità dei processi di scelta, che costituisce un interesse rilevante anche in numerose attività classicamente ritenute private, come ad esempio le procedure civili di appalto, i rapporti di agenzia nelle società commerciali, o altresì l'esercizio di determinati uffici privati finalizzati alla cura d'interessi altrui (come quello dell'esecutore testamentario; sul punto si tornerà meglio *Infra*, Cap. V, par. 2). D'altra parte, anche gli enti privati sono tenuti ad assicurare il buon andamento dei loro assetti societari, almeno *sub specie* di "buona organizzazione": come osservato da attenta dottrina, infatti, è proprio questo il referente del rimprovero alle società costruito dalla l. n. 231 del 2001, ed è proprio su quello stesso interesse "che si inseriscono funzionalmente (e debbono, conseguentemente, essere considerate) le posizioni di garanzia facenti capo ai soggetti incardinati nell'ente, in riferimento alla molteplici proiezioni offensive dell'attività di impresa. La pregnanza e l'intensità della correlazione tra dimensione organizzativa e responsabilità individuali sono tali da far sì che, oramai, come riconosciuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 'l'analisi dei ruoli e delle responsabilità (sia) tematizzata entro la categoria giuridica della posizione di garanzia'" (cfr. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 510).

⁹⁰ Concetto che suscita invero più di qualche perplessità dal punto di vista teorico, costituendo in fin dei conti nient'altro che un "oggetto giuridico 'a bassa definizione' che spesso è nulla più di una parafrasi dei criteri cui si vorrebbe improntare la stessa funzione amministrativa" (cfr. V. MANES, *Bene giuridico e*

valutazione compiuta sulla base delle *rationes* desumibili dalle singole incriminazioni: non si vede, ad esempio, come l'imparzialità della Pubblica amministrazione possa essere garantita da un reato come l'omissione d'atti d'ufficio⁹¹. Del resto, quando la condotta è posta in essere da pubblici ufficiali esercenti una funzione giudiziaria o, soprattutto, legislativa, la descrizione in questi termini dell'oggetto giuridico dei reati presta il fianco a riserve ancor più significative.

In definitiva, l'impianto teorico dell'"armonizzazione" non riesce ad assicurare gli strumenti necessari per permettere di integrare le acquisizioni pescate dal ramo giuspubblicistico, con le esigenze proprie del sistema penale in cui vengono importate. I criteri individuati, infatti, non sembrano capaci di cogliere le indicazioni politico-criminali promananti dalle fattispecie proprie del Titolo II, fornendo indicazioni ancora piuttosto generiche agli interpreti che si propongono di adoperarli.

3.2. Lo scopo come "effetto utile concreto" nella giurisprudenza che adopera il codice degli appalti quale indice sintomatico della pubblicità dell'agente.

Un altro percorso interpretativo rivolto a declinare in termini funzionali la "grande dicotomia" tra soggetti attivi pubblici e privati, può essere rintracciato "tra le righe" di un recente orientamento giurisprudenziale che si è già avuto modo di analizzare. Si fa riferimento all'orientamento inaugurato dalla più volte richiamata sentenza "Bonomelli", con cui si è affermata la tendenza ad adoperare *as trump*⁹² nella qualificazione penale dei pubblici soggetti, l'"indice sintomatico" della obbligatorietà delle procedure d'appalto. Una scelta, come visto, contraddittoria nella sua stessa logica⁹³, che sembra poter trovare una giustificazione soltanto nella sua capacità di assicurare una tutela penale più pregnante⁹⁴ a tutte quelle entità collettive sottoposte a

riforma dei delitti contro la P.a., in *Rev. el. cien. pen. crim.*, 2, 2000, disponibile su http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-01vo.html).

⁹¹ Sul punto v. *Infra*, Cap. IV, par. 4 ss.

⁹² Nel senso fatto proprio da R. DWORKIN, *Takings Rights Seriously*, Cambridge, 1977, quindi come "carta vincente", capace di superare e assorbire ogni altra possibile valutazione concorrente.

⁹³ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.5.2.

⁹⁴ L'applicazione degli artt. 357 e 358 c.p., difatti, consente di applicare lo statuto penale previsto per le Pubbliche amministrazioni, invece di quello, più blando e frammentato, applicabile alle società private.

una qualche “influenza pubblicistica”, e dirette al soddisfacimento di scopi d’interesse generale.

In buona sostanza, dunque, si tratterebbe di una metodica interpretativa sostanzialistica ed espansiva, orientata esclusivamente delle ricadute pratiche delle sue applicazioni, al modo di quei paradigmi argomentativi *effect-oriented* che stanno alla base dei provvedimenti rilasciati dalle diverse autorità transnazionali.

Vediamo di spiegarci meglio.

Il nostro ordinamento appare oggi al centro di una complessa rete formata da sistemi giuridici differenti e integrati su più livelli⁹⁵, dotati di proprie norme, istituzioni e, soprattutto, obiettivi da raggiungere (c.d. sistemi a rete)⁹⁶. Sono proprio gli obiettivi a ricoprire un ruolo centrale in questo schema, perché svolgono una funzione essenziale sia nel momento genetico degli ordinamenti transnazionali⁹⁷, sia in quello dinamico del rapporto con le varie esperienze giuridiche messe in comunicazione. In altre parole, in questo sistema lo scopo comune è l’elemento propulsivo e unificante, che permette alle istituzioni di bypassare le sintassi normative dei singoli Paesi coinvolti, in funzione del raggiungimento di mete condivise e non perseguibili separatamente. Si realizza così un’armonizzazione giuridica basata sull’omologia degli effetti prodotti, che consente di unificare progressivamente i diversi ordinamenti senza metterne in discussione forme e postulati.

La chiave è data dall’implementazione di principi, c.d. a razionalità materiale⁹⁸, focalizzati esclusivamente sul dato empirico del conseguimento dei fini programmati. È grazie a essi che è stato possibile compiere quella vera e propria “mossa del cavallo”, attraverso la quale si è potuto avanzare nel procedimento d’integrazione aggirando le discontinuità normative tra le singole parti, senza pregiudicarne i differenti

⁹⁵ Si pensi soltanto all’influenza esercitata sul nostro Paese dal sistema europeo dei diritti dell’uomo, o altresì, e ancor più incisivamente, dall’Unione Europea.

⁹⁶ Per lo studio dei c.d. sistemi giuridici a rete si rinvia anzitutto al saggio di S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1999, 322 ss.; si veda inoltre M. DELMAS-MARTY, *Ordering pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford, Portland, 2009.

⁹⁷ L’Unione Europea, ad esempio, è stata pensata e istituita proprio per permettere agli Stati membri di conseguire i loro “obiettivi comuni” (cfr. art. 1 TUE).

⁹⁸ Il termine è adoperato, tra gli altri, da V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.; C. SOTIS, *Le regole dell’incoerenza: pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 21 ss.

*Grundprinzip*⁹⁹. Ecco allora spiegato il frequente ricorso al principio dell'*Effet utile* da parte della Corte di Giustizia, o al canone di *Effectiveness* dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁰, o ancora di *Functional equivalence* da parte dell'OCSE¹⁰¹. Si tratta di criteri che mirano esclusivamente a valutare l'idoneità o inidoneità obiettiva delle misure predisposte dalle singole parti per dare attuazione alle *policy* imposte dagli organismi transnazionali che le ricomprendono, disinteressandosi perciò delle forme e dei procedimenti adoperati per farlo¹⁰².

Per questa via, sistemi giuridici dotati di basi assiologiche e formali anche molto distanti sono in grado di comunicare e collaborare in vista degli obiettivi che si sono prefissati, senza che le loro differenze riescano a intralciarne il percorso di reciproca, e graduale, convergenza¹⁰³.

Quindi, tornando in *medias res*, se la nascita e il crescente utilizzo degli approcci orientati all'effetto è avvenuta in ambito transnazionale, per la necessità di ordinare e orientare un sistema pluralista salvaguardando l'autonomia e l'originalità delle sue singole componenti, tentarne un raffronto con le metodiche argomentative invalse nella giurisprudenza penale potrebbe forse apparire azzardato¹⁰⁴.

A ben vedere, però, nelle sentenze passate in rassegna la Cassazione si avvale di un ragionamento similmente sostanzialista e *informale*, di cui si serve per omologare lo

⁹⁹ L'espressione è richiamata all'uopo da C. SOTIS, *La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 464 ss.

¹⁰⁰ V. per tutti F. OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della corte europea dei diritti dell'uomo*, in Aa.Vv., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, a cura di M. DELMAS-MARTY, Padova, 1994, 277 ss.

¹⁰¹ In argomento si segnala M. PIETH, *Harmonising Criminal Law: Preventing Corruption, A Case Study*, in Aa.Vv., *Les Chemins de l'Harmonisation Pénale: Harmonising Criminal Law*, a cura di M. DELMAS-MARTY, Parigi, 2008, 225 ss.

¹⁰² Per capire meglio di cosa si tratta, si prende a prestito l'esempio contenuto in M. PIETH, *Harmonising Criminal Law*, cit., per spiegare il concetto di "equivalenza funzionale": l'articolo 3 della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 prevede che lo stato predisponga, in alternativa, la confisca dei profitti ottenuti con la corruzione ovvero l'applicazione di sanzioni pecuniarie che producano un effetto analogo. Ora, come ricordato dall'Autore, giuridicamente la confisca e l'ammenda rappresentano due istituti differenti e non certo equiparabili (anzitutto perché le ammende sono commisurate al grado di colpevolezza, mentre la confisca dipende solamente dalla dimostrazione della illecita provenienza dei profitti). Tuttavia, il sistema anticorruzione dell'OCSE è interessato esclusivamente a privare i corruttori dei proventi delle condotte illecite, pertanto entrambe le misure sono considerate idonee al conseguimento dello scopo.

¹⁰³ Sul punto si rinvia inoltre alle osservazioni di C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., 22 ss.

¹⁰⁴ E non si nasconde che una componente di azzardo esiste, ed è consapevolmente accettata da chi scrive: lo studio delle analogie esistenti tra questi due metodi argomentativi consente infatti di evidenziare bene alcune criticità che involgono la tutela penale dell'Amministrazione pubblica (v. *Infra*).

statuto penale di soggettività strutturalmente (anche molto) differenti, proprio in nome della natura delle conseguenze prodotte dall'illecito. Scorrendo le diverse pronunce, infatti, l'unico elemento unificante sembra costituito dalla violazione di un generico "dovere di fedeltà" tra persona ed ente, che porta la prima a distogliere risorse, violare doveri o, comunque, abusare di funzioni in vista d'interessi particolari, quando quell'ente è rivolto al perseguimento di scopi rilevanti per la collettività¹⁰⁵, e caratterizzato da una qualche "influenza pubblicistica" nel proprio assetto organizzativo¹⁰⁶.

Scavalcando le forme e orientandosi in base alle ricadute empiriche delle proprie pronunce, la Cassazione pare sempre più propensa a instaurare lei direttamente uno statuto penale per l'attività dei pubblici poteri, misurandolo unicamente sulla capacità di colpire il più ampio spettro possibile di comportamenti violativi di doveri, o comunque abusivi di funzioni, strumentali al soddisfacimento d'interessi *lato sensu* generali. Probabilmente è per questo che il riferimento al codice dei contratti pubblici ricorre così spesso, perché grazie all'ampia nozione di Amministrazione che accoglie, permette di sottoporre al più stringente regime del Titolo II tutte quelle situazioni in cui sia percepibile una qualche influenza del decisore pubblico, pur se sotto forma di mera compartecipazione finanziaria all'attività dell'organizzazione ove è stato perpetrato l'illecito.

In questo modo, però, la mediazione tra fatto e giudizio offerta dalla fattispecie legale s'indebolisce, e il giudice si ritrova così a confrontarsi direttamente con il "problema criminale", valutando se quell'accadimento ne rappresenti una

¹⁰⁵ O comunque operanti in settori di rilievo strategico per il Paese (è come visto il caso delle c.d. imprese pubbliche).

¹⁰⁶ Si tratta, in tutta evidenza, di elementi dotati di scarsa forza di richiamo, la cui esaltazione, forse, è stata fomentata da un quadro normativo privo di nitore, e dalla perdurante inefficacia del diritto penale societario. Secondo la dottrina, infatti, il "notorio arretramento del presidio penalistico in materia societaria" prodotto dalle riforme che dal 2002 si sono avvicinate in materia (cfr. A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 594 e ss.), avrebbe grandemente pregiudicato l'effettività della tutela penale dell'attività d'impresa, rendendo plausibile l'ipotesi che le istanze di tutela rimaste inevase siano state surrettiziamente recuperate dalla giurisprudenza attraverso una interpretazione estensiva delle qualifiche pubblicistiche (si veda V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit.; v. inoltre M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione*, cit., 1332; G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione*, cit., 435 ss.; A. VALLINI, *La nozione di "incaricato di pubblico servizio"*, cit., 306 ss.).

manifestazione e, in caso affermativo, “in che modo (o fino a che punto) la lettera della norma possa adattarsi alle sue peculiarità”¹⁰⁷.

Nel farsi garante in prima persona dell’effettività dello strumento penale, la giurisprudenza nazionale finisce dunque per attribuirsi anche il potere di adattarne le caratteristiche legalmente previste alle proprie (criptiche) opzioni politico-criminali, in una patente riedizione del paradigma del “giudice di scopo” già tratteggiato dalla prima sentenza Taricco¹⁰⁸, e bruscamente respinto dalla nostra Corte costituzionale con parole che forse è opportuno riportare integralmente: “L’attività del giudice chiamato ad applicare la legge deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1684. In materia di reati dei pubblici ufficiali contro la P.a. questo atteggiamento sembra ormai essere diventato endemico, come segnala la prassi applicativa dei delitti di corruzione: nonostante l’introduzione della fattispecie di corruzione per esercizio della funzione, infatti, la giurisprudenza continua ad applicare l’art. 319 c.p. ai casi di messa a disposizione della funzione, essenzialmente in ragione “di istanze assiologiche di adeguamento del trattamento sanzionatorio al reale disvalore socio giuridico del fatto” (cfr. A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il ‘sentiero interrotto’ della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1035).

¹⁰⁸ C. Giust. UE., Gr. Ch., 8 settembre 2015, in *eur-lex.europa.eu*. Su questa pronuncia la dottrina italiana ha scritto molto. Ci si limita in questa sede a indicare i contributi di V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 ottobre 2016; C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Prozia*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2017; A. VALLINI, *La portata della sentenza CGUE "Taricco": un’interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015.

¹⁰⁹ Cfr. Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *giurcost.org*. Si vedano inoltre i commenti di V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017.

4. Dal giudice penale di scopo al giudice penale degli scopi: le fattispecie incriminatrici come direttrici di politica criminale

Se il “giudice di scopo” non soddisfa gli *standard* del “diritto penale liberale” e a sostrato obiettivo¹¹⁰, si deve registrare come anche il paradigma positivista eletto a modello dai Costituenti sia divenuto ormai inservibile: le “nuove” teorie ermeneutiche del diritto¹¹¹, infatti, hanno portato alla luce tutte le imposture (ideologiche e teoriche) del sillogismo giuridico e del giudice *bouche de la loi*, mettendone perfino in discussione uno dei suoi postulati più consolidati¹¹², ossia l’esistenza di un, seppur labile¹¹³, confine tra interpretazione estensiva e applicazione analogica *in malam partem*¹¹⁴. In effetti, secondo queste dottrine ogni diverso caso concreto aggiungerebbe

¹¹⁰ Complice anche il quadro politico delineatosi su scala globale nella parte occidentale del mondo, il paradigma del diritto penale liberale si trova oggetto di un’attenzione crescente da parte della dottrina, con un recente florilegio di studi proprio nel nostro Paese: a riguardo si veda anzitutto il classico M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, 147 ss.; per quanto riguarda le opere più recenti, invece, si segnala L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016; G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *Discrimen*, 10 giugno 2019; G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 1 ss.

¹¹¹ Si segnalano sul punto le opere di H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 2010; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2009; G. ZACCARIA, *L’interpretazione della legge* (voce), in *Enc. Dir.*, V, 2012, 694 ss. A riguardo si veda inoltre O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006.

¹¹² E consacrato, nel nostro ordinamento, dall’art. 14 delle c.d. *preleggi* (“Applicazione delle leggi penali ed eccezionali”), ai sensi del quale “le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati” (a riguardo si veda volendo G. VASSALLI, *Limiti del divieto d’analogia in materia penale: norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942).

¹¹³ V. *ex multis* L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo*, cit., 1685; M. DONINI, *Il Diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, n. 3, 2016, 21 ss.; v. inoltre O. DI GIOVINE, *L’interpretazione*, cit., 261 ss., la quale, seppur in termini particolarmente problematici, propende per la conservazione della distinzione.

¹¹⁴ A tal proposito si rimanda per tutti a M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011; si veda inoltre le notazioni di N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 139 ss., e di R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 159 ss., il quale segnala efficacemente come “interpretazione estensiva e applicazione analogica, per quanto concettualmente distinte, hanno esiti identici: entrambe si risolvono nel connettere una conseguenza giuridica ad una fattispecie che *non* ricade nel significato letterale (o comunemente accettato) della disposizione di cui si tratta. Sicché la differenza tra interpretazione estensiva e applicazione analogica sembra ridursi, banalmente, ad un diverso modo di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione”.

qualcosa di nuovo ai fini della comprensione della norma¹¹⁵, perciò l'interprete diverrebbe inevitabilmente corresponsabile, assieme al legislatore, della parametrizzazione dei precetti legali¹¹⁶.

La “mineralogia del *tatbestand*”¹¹⁷ sembra quindi sgretolarsi¹¹⁸, lasciando spazio a un modello in cui la norma penale non rappresenta più il referente ultimo dell'inferenza sussuntiva¹¹⁹ del decidente, quanto piuttosto la base argomentativa di un ragionamento teso all'individuazione di *casi analoghi* rispetto alla fenomenologia criminosa desumibile dalla *ratio* di tutela della fattispecie¹²⁰.

È dunque necessario iniziare a pensare a un nuovo paradigma per il diritto penale post-moderno, scevro dagli apriorismi ideologici da cui muove il principio del *nullum crimen sine praevia lege poenali stricta e scripta* desumibile dall'art. 25, co. 2, della Costituzione¹²¹. Il compito non è semplice, perché prescindere dal rigoroso accertamento del rapporto di corrispondenza tra l'accadimento concreto e la norma

¹¹⁵ Si parla di “procedimento a spirale”, per rappresentare quel rapporto di mutuo scambio tra fatto e diritto, che consentirebbe all'interprete di raggiungere un grado di conoscenza maggiore del tipo via via che affronta nuovi casi (v. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, 104 ss.).

¹¹⁶ Entra perciò in crisi la distinzione tra interpretazione “in concreto” e “in astratto”, e l'attività ermeneutica acquista anche una connotazione propriamente creativa (v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. FIANDACA, Padova, 1997, *passim*; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.), di modo tale da potersi asserire che non vi è “diritto preesistente alle decisioni giurisdizionali”, (cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 260, il quale tuttavia rigetta questa tesi; critico anche L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *questionegiustizia.it*, 4, 2016).

¹¹⁷ L'espressione, evocata in senso critico, è di C.E. PALIERO, *Presentazione*, in *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, a cura di G. MANNOZZI, Milano, 2003, VIII.

¹¹⁸ È questa la posizione che emerge dallo stimolante saggio di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. Fior.*, 44, 2015, 131 ss.

¹¹⁹ Si fa riferimento ai processi che stabiliscono la correlazione tra la vicenda umana e la norma giuridica, composti da numerosi e complicati passaggi logici (cfr. B. RÜTHERS – C. FISCHER, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2010, marg. n. 677).

¹²⁰ D'altra parte “la tesi sillogistica” non appare neppure “una raffigurazione empiricamente attendibile del giudizio giurisprudenziale, e le inferenze logiche compiute dal giudice nell'interpretazione non giocano un ruolo assolutamente rilevante” (cfr. G. ZACCARIA, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, 87).

¹²¹ Secondo V. MANES, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 2017, 955 ss., ci si troverebbe in presenza di una sensibile ridefinizione della struttura del *nullum crimen*, secondo “una sagoma molto distante dal modello “rigido”, legalistico e Stato-centrico ereditato dall'illuminismo giuridico, e sempre più vicina al paradigma *flou*, sostanzialistico e *Right-based* accolto”, ad esempio, “nella giurisprudenza della Corte EDU”.

penale che si vuole impiegare, significa anche prescindere da quella che è stata tradizionalmente ritenuta la principale garanzia delle “libere scelte d’azione” dell’individuo¹²² e della democraticità delle politiche repressive¹²³.

In questo nuovo paradigma, il giudicante non potrà più essere relegato a *nuntius* della volontà del Parlamento: la frammentazione delle fonti prodotta dall’imporsi di sistemi giuridici reticolari e transnazionali, l’influenza degli approcci *effect-oriented*, nonché la caduta teorica dei miti concettuali del legalismo positivista¹²⁴, hanno portato a una crescente valorizzazione del momento interpretativo¹²⁵ e della funzione della giurisprudenza¹²⁶ da cui è difficile pensare di poter tornare indietro¹²⁷.

¹²² Cfr. C. Cost., n. 364 del 1988, in *giurcost.org* (sul punto v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 54).

¹²³ Assicurando peraltro la stessa separazione dei poteri tra legislatore e giudice (v. *ex multiis* G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 76; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2012, 36; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, parte generale, Torino, 2016, 100; W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia in diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 175 ss.; per una puntuale e illuminante analisi sui diversi significati del concetto di “separazione dei poteri”, v. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e Diritto*, 2004, 1 ss.).

¹²⁴ Peraltro già messi a dura prova dalla “cultura giuridica” neo-costituzionalista (v. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. Cost.*, 2011, 956 ss.) e dell’avvento della interpretazione per principi (si veda tra i tanti P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalista*, in *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatore e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, a cura di M. MECCARELLI – P. PALCHETTI – C. SOTIS, Madrid, 2014, 78; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 77 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 129 ss.; A. PINTORE, *Note intorno all’attuazione dei diritti*, in www.statochiese.it, n. 21, 2016, 19).

¹²⁵ Ciò è dovuto anche alla pragmatica del linguaggio giuridico e alla sua particolare natura di comunicazione sociale “amministrata” (v. M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.; v. inoltre J. BELL, *The Institutional Constraints on Particularism*, in *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, a cura di Z. BANKOWSKI – J. MACLEAN, Aldershot-Burlington, 2006, 41 ss.). Riprendendo le considerazioni svolte *Supra*, Cap. III, par. 2, nt. 60, secondo autorevole dottrina il diritto si differenzerebbe dai linguaggi c.d. artificiali-strumentali (ad es. quelli scientifici) per la sua natura prescrittiva. Al contempo, però, esso non potrebbe neppure essere annoverato tra i c.d. linguaggi naturali, perché non costituisce “solo un modo per esprimere pressoché qualunque cosa, purché la si dica in un certo modo” (M. JORI, *Definizione legislativa e paradigmatica giuridica*, in AA.VV., *Omnis definito in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, 71). All’occhio della pragmatica semiotica, per tale dottrina il diritto moderno apparirebbe piuttosto “come un caso intermedio tra i due delineati sopra: parla un linguaggio artificiale/strumentale che funziona come strumento solo nella misura in cui è anche un fatto sociale, ma la relativa concordia nel suo uso, nella sua produzione, nella sua interpretazione, nella definizione dei suoi termini, non viene affatto garantita spontaneamente dall’interesse conformistico della stragrande maggioranza dei suoi utenti a farsi capire e quindi a parlare la stessa lingua [...] È questo a rendere necessaria la presenza delle autorità giuridiche, che a noi qui interessano in quanto hanno anche autorità

Lungi dal volerne tratteggiare con precisione le caratteristiche – opera che andrebbe al di là delle finalità dello scritto e delle possibilità dello scrittore – in questa sede se ne possono forse ipotizzare alcuni possibili punti fermi.

Cominciamo subito col dire che nella dialettica tra lettera e funzione, tra legalità ed effettività, la sentenza Taricco propone una sintesi insoddisfacente, sia dal punto di vista teorico che ordinamentale. Sul piano teorico, infatti, la Corte di Giustizia si focalizza sul raggiungimento dell’obiettivo politico criminale d’interesse europeo, ossia la salvaguardia degli interessi finanziari dell’Unione (art. 325 TFUE). Nel farlo, però, trascurando di considerare un altro, fondamentale, scopo politico-criminale, attinente alla specifica funzione della predeterminazione legale delle conseguenze penali¹²⁸: individuare in forma determinata e tassativa oggetto, modalità e termini della sanzione, a garanzia del cittadino sottoposto a processo¹²⁹. Si realizza dunque un “cattivo bilanciamento”¹³⁰ tra principi politico criminali, in un’area dove neppure la *primauté* europea può intervenire a rinsaldarne la validità, vista la funzione servente che la legalità penale assume rispetto alla salvaguardia del personalismo costituzionale¹³¹.

nella “amministrazione” del linguaggio giuridico” (M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 338).

¹²⁶ V. per tutti M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 159 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 239 ss.

¹²⁷ Il giudice ormai è stato promosso al ruolo (non più di mero applicatore della legge ma) di ordinatore del molteplice e protettore dei diritti fondamentali delle persone (F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche. Atti del convegno di Pisa 8-9 maggio 2015*, Milano, 2017, 13 ss.; G. PINO, *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2007, 171).

¹²⁸ V. C. ROXIN, *Kriminalpolitik un Strafrechtssystem*, Berlino, 1970. Lo scritto può essere consultato anche in lingua italiana in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2001.

¹²⁹ La Corte del Lussemburgo impone di disapplicare la disciplina della prescrizione in via giudiziale, quindi dopo che il fatto è stato commesso, sulla scorta di valutazioni discrezionali attinenti esclusivamente alla sola “effettività e dissuasività” del complessivo intervento repressivo dello Stato in materia di frodi IVA di grave entità (v. C. Giust. UE., Gr. Ch., 8 settembre 2015, cit.).

¹³⁰ “Il bilanciamento-attività è un processo intellettuale che consiste nel prendere in considerazione le norme rilevanti [...] ed eventualmente confliggenti ai fini di una decisione, e individuare un possibile “punto di equilibrio”. Non si ha bilanciamento, dunque, quando uno dei diritti o principi in conflitto è del tutto accantonato o sacrificato o, a maggior ragione, quando [...] non è nemmeno preso in considerazione” (cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il Ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 182).

¹³¹ Il principio personalista rappresenta infatti il fulcro del nostro impianto costituzionale (cfr. ODG del 9 settembre del 1946, presentato dall’On. Giuseppe Dossetti per sintetizzare il dibattito appena svoltosi in seno all’Assemblea Costituente), pertanto in queste ipotesi si ricade all’interno di quella “identità

Per quanto riguarda il profilo istituzionale, invece, ciò che risalta della giurisprudenza *a la Taricco* è l'evidente distonia tra i compiti assegnati e gli strumenti a disposizione: il “giudice di scopo”, infatti, è destinatario di una comunicazione che gli impone di raggiungere degli obiettivi di massima rispetto a determinate fenomenologie criminose – nel caso di specie la repressione effettiva e dissuasiva delle frodi IVA di grave entità – facendo però leva su procedimenti e poteri volti ad accertare responsabilità individuali per fatti specifici. Prima ancora delle differenze tra interpretazione e creazione, perciò, si pone la questione della posizione istituzionale del decidente e della sostenibilità assiologica del modello declinato dalla Corte UE¹³².

Ad avviso di chi scrive, la scaturigine di questi problemi risiede nell'impossibilità di conciliare un diritto penale *liberale* con la ricerca dell'effettività “costi quel che costi”, *a fortiori* se condotta in un ordinamento che sancisce la precedenza sostanziale dell'uomo rispetto allo Stato¹³³. Quando poi è il giudice a emanciparsi dalla legge, facendosi direttamente portatore e attuatore di uno scopo¹³⁴, la relazione tra la *protezione delle garanzie* e il *perseguimento dei fini* diviene irreversibilmente conflittuale, tramutando il diritto alla legalità penale del cittadino¹³⁵ in un sepolcro imbiancato.

nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale” degli Stati membri (art. 4, par. 2 TUE), che gli atti dell'Unione non possono in nessun caso pregiudicare.

¹³² “Quando alla dimensione politica del diritto *socialmente motivante* si passa a quella *giuridica* della decisione *responsabilizzante*, *l'imperativo di non usare il singolo come mezzo per finalità impersonali* [...] *secondo il dettato dell'art. 27, co. 1, Cost.*, vieta che il momento della lotta contro un fenomeno generale trovi ingresso specifico nella concretizzazione della decisione del giudice sulla responsabilità individuale”. Invero, “L'uso delle norme come mezzi di contrasto verso fenomeni “generalisti” non solo trasforma un diritto di giustizia individuale in un diritto prima di lotta e poi del nemico, ma *muta il dna del giudicante*, che ormai è necessariamente parte del conflitto, *non più terzo imparziale*” (cfr. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesi tributarie*, in [penalecontemporaneo.it](https://www.penalecontemporaneo.it), 3 aprile 2018, 6).

¹³³ Il principio personalista, infatti, osta a qualsivoglia tentativo di strumentalizzare l'individuo per finalità di prevenzione, v. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 436. E non è un caso che sia proprio questo principio a essere evocato per contestare in radice l'impostazione della pronuncia *Taricco* (v. per tutti L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2, 2015, 40 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 15 ss.; A. VALLINI, *La portata della sentenza CGUE “Taricco”*, cit., 306 ss.).

¹³⁴ Per giunta autodefinito e mai compiutamente esplicitato.

¹³⁵ L'impostazione che vede nella legalità penale un vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo (v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., Torino, 2016, 124) è particolarmente convincente, essendo la riserva di legge in materia penale posta direttamente a servizio tanto delle sue prerogative sovrane (*ex art. 1 Cost.*; c.d. componente democratica), quanto della sua fondamentale libertà personale (art. 13 Cost.).

Al giudice penale di scopo, allora, si deve continuare a preferire il “giudice penale degli scopi”, ossia quelli dedotti partendo dall’interpretazione teleologica delle singole fattispecie legali. Il rispetto della *frammentarietà* dell’intervento repressivo, invero, rappresenta una preconditione fondamentale per la conservazione e perpetuazione di un diritto penale che sappia essere al contempo *Magna Charta* del delinquente, e strumento di orientamento e difesa della collettività.

Niente di nuovo: il modello è antico grossomodo quanto la prolusione di Marburgo di Franz Von Liszt¹³⁶. È proprio a partire dalla *Zweckmässigkeitserwägung* lisztiana, infatti, che nella scienza penale hanno potuto trovar spazio in eguale misura teleologismo e legalità, tutela dei beni giuridici e salvaguardia delle prerogative del cittadino.

Dai semi sparsi da questa impostazione¹³⁷ si è sviluppata oggi una concezione propriamente funzionale del reato¹³⁸, in cui cioè le stesse categorie dogmatiche vengono conformate dalle finalità politico-criminali che le giustificano¹³⁹. In tal modo si

Per una stimolante critica all’ “assillo moderno per la legalità”, seppur condotta in una prospettiva diversa da quella penalistica, v. P. GROSSI, *Sull’odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss.

¹³⁶ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlino, 1905.

¹³⁷ Che s’inserisce come noto nel solco di un indirizzo c.d. neokantiano, radicato nella *Interessenjurisprudenz* di Rudolf Von Jhering. Egli fu tra i primi a proporre di abbandonare i rigidi formalismi della *Begriffsjurisprudenz* per dare cittadinanza giuridica ai valori e agli interessi della vita sociale, in nome di una “giurisprudenza pragmatica” incentrata sullo studio dei singoli “scopi pratici” cui le norme sarebbero votate, e che ne costituirebbero l’unica vera *ratio essendi* (v. ID, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1884; per una disamina critica si rinvia all’intramontabile K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1979, 47 ss.). Si tratta dei primi passi verso la formulazione di una metodologia compiutamente teleologica, a cui lo stesso Von Liszt ha dato un notevole contributo in ambito penale (pur come visto senza portarla alle sue estreme conseguenze, e in questo forse risiede una delle cifre della sua modernità).

¹³⁸ C. ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit.; si veda inoltre C. ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*, in *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Gebrustag*, Berlino, 1998, 885 ss.; C. ROXIN, *Kriminalpolitik und strafrechtsdogmatik heute*, in *Strafrechtssystem und Betrug*, a cura di B. SCHÜNEMANN, Herbolzheim, 2002, 21 ss.

¹³⁹ Si supera la rigida bipartizione Lisztiana, che relegava la politica criminale a “insormontabile limite” del diritto penale, proponendo una nuova dommatica costruita non soltanto su basi logiche, “ma su strutture portatati d’ordine politico-criminale” (sul punto si veda l’analisi di F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in F. BRICOLA, *Politica Criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 221 ss.). Sulla dimensione attuale del problema metodologico nella scienza penale e della giustificazione della pena, si rinvia tra gli altri ad A. CAVALIERE, *L’errore sulle scriminanti nella teoria dell’illecito penale. Contributo a una sistematica teleologica*, Napoli, 2000; R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1778 ss.; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quad. Fior.*, 36, 2007, 611 ss.; M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel*

riconduce a sintesi la visione sistematica con quella funzionale, trasformando il diritto penale nel linguaggio in cui gli scopi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi¹⁴⁰.

Questo paradigma può essere denominato “funzional-tipologico”, perché descrive un modello d’incriminazione in cui lo scopo opera quale direttrice aggregante dei casi paradigmatici rapportabili al tipo espresso nella fattispecie. S’instaura così un “legame inscindibile tra i nuclei di valore che il ‘tipo’ criminoso viene ad incarnare ed il processo ermeneutico volto a farli emergere nel momento di conferire significato al ‘segno linguistico’ della fattispecie”¹⁴¹, legame che permette di sincronizzare “il punto di vista formale” fornito dalla dimensione testuale del precetto, con le “ragioni pertinenti allo stesso teleologismo della parte speciale”¹⁴².

Per questa via si può fronteggiare l’ambiguità contenutistica del significante normativo¹⁴³ senza pregiudicare la funzione che la predeterminazione legale della fattispecie penale assume nei confronti dei consociati e della nostra architettura istituzionale. Difatti, se è vero che anche in questo paradigma il precetto non rappresenta più il punto d’approdo del procedimento ermeneutico, quanto piuttosto la base di partenza per l’individuazione dei suoi diversi casi paradigmatici, è altrettanto vero che la discrezionalità del giudicante, a cui le teorie ermeneutiche sembrano consegnarsi, viene adesso vincolata al rispetto delle direttrici politico criminali seguite

rapporto fra diritto penale e politica, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L’analisi critica della scuola di Francoforte*, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI, Milano, 2004, 81 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; A. VON HIRSCH, *L’esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in *Id.*, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L’analisi critica della scuola di Francoforte. Atti del Convegno. Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, 121 ss.; T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 229 ss.

¹⁴⁰ “Das Strafrecht ist vielmehr die Form, in der kriminalpolitische Zielsetzungen in den Modus des rechtlichen Geltens überführt werden” (C. ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit., 40).

¹⁴¹ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 209.

¹⁴² Come sottolineato da uno dei maestri della scienza penale moderna, l’individuazione di una “risposta che aspiri a ricostruire un razionale consenso interpretativo” passa necessariamente da qui (D. PULITANÒ, *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una ricostruzione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 368 ss.).

¹⁴³ Amplificata, come si è potuto vedere, dal “contesto” pragmatico in cui il linguaggio giuridico si trova immerso.

dal legislatore nella conformazione del tipo, desumibili dalla *ratio* che ne giustifica la specifica conformazione strutturale¹⁴⁴.

In questo contesto, perciò, l'interpretazione della fattispecie, pur sé orientata dallo scopo, risulterà ineluttabilmente condizionata dal precetto, cosicché il giudice non potrà mai applicarlo a ipotesi estranee alla sua dimensione semantica, o alla sua funzione politico-sociale¹⁴⁵.

Non è tutto oro quel che luccica. L'interpretazione teleologica rimane un'operazione ermeneutica dotata di ben noti margini d'opinabilità¹⁴⁶, e i tedofori della *praevia lege poenali stricta e scripta* potrebbero continuare a storcere il naso di fronte a un sistema che sposta scopertamente il proprio baricentro verso l'interpretazione giudiziale. Con questa mutazione, tuttavia, il giurista di *civil law* deve scendere a patti¹⁴⁷: i tempi sono finalmente maturi per riporre in soffitta le annose geremiadi sulla deformazione processuale del principio di legalità, e per cominciare invece a concentrarsi sui meccanismi più idonei ad assicurare un controllo critico dei processi motivazionali¹⁴⁸ e una maggiore prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Come è stato efficacemente osservato, infatti, “la disomogeneità strutturale tra figure criminose non è pura forma, indifferente alla sostanza, bensì è il precipitato di differenti scelte di tutela – come sovente rivelano altri indici ermeneutici, ad es. di carattere storico e sistematico” (A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 531).

¹⁴⁵ In altre parole, quindi, si ricostruisce la tipicità della fattispecie incriminatrice partendo dal piano semantico-teleologico, come indicato già da tempo dalla migliore dottrina (v. per tutti F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. DOLCINI– C.E. PALIERO, Milano, 2006 528 ss.).

¹⁴⁶ Si veda tra gli altri R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984, 193, il quale evidenzia l'incongruenza, più volte messa in luce in dottrina, di ricavare in via interpretativa da una norma, un criterio utile a sua volta per reinterpretare quella stessa norma da cui si era partiti. La critica coglie nel segno nella misura in cui segnala il rischio di incorrere nei c.d. “circoli ermeneutici”, ma prova troppo quando si spinge a ritenere del tutto illusoria l'utilità ermeneutica assicurata dall'individuazione delle *rationes* dei precetti. Invero, esse rappresentano la chiave per accedere alle ragioni sostanziali della strutturazione del tipo, indispensabili per un'applicazione del reato conforme alla sua funzione, e alle finalità che la pena si pone.

¹⁴⁷ Ormai è acquisito che “la norma generale ed astratta non produce ancora il diritto applicato: questo vive solo e soltanto nel momento della concretizzazione giudiziale, e dunque la pronuncia del giudice è intrinsecamente creativa” (cfr. A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice fonte*, in *Criminalia*, 2014, 100).

¹⁴⁸ E per dedicare maggiori energie alla formulazione di schemi ricostruttivi concretamente impiegabili nella prassi (v. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 353 ss.)

¹⁴⁹ In questo senso va apprezzata la recente riforma legislativa che ha cercato di garantire maggiore stabilità al diritto vivente, imponendo ad esempio la rimessione della questione alle Sezioni Unite quando una sezione semplice non ritiene di dividerne il principio di diritto da essa stabilito (cfr. art. 618 c.p.p.,

comma 1-bis, introdotto dalla l. n. 103/2017; a riguardo si veda G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018; in senso maggiormente critico A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *In. Pen.*, 2018, 1 ss.; per una recente applicazione dell'articolo, v. Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2018, n. 10167, in *Quot. Giur.*, 20 marzo 2018, annotata da N. AMORE, *Pornografia minorile e pericolo di diffusione: le Sezioni Unite invitate a un ripensamento*).

Capitolo IV: Il metodo funzional-tipologico nell'interpretazione degli artt. 357 e 358 c.p.

Si è costatato come l'espressione "norme di diritto pubblico" e "atti autoritativi" possieda un'attitudine evocativa, più che riassuntiva dei significati cui allude. Con l'operazione ermeneutica che s'intende illustrare, si ambisce a porre rimedio all'ambiguità che circonda la determinazione del suo campo applicativo. Nelle pagine che seguono, infatti, si cercherà di sviluppare l'approccio ricostruttivo "funzional-tipologico" delineato nel capitolo antecedente, adoperando le fattispecie incriminatrici proprie per rintracciare le caratteristiche delle posizioni soggettive pubbliche che le caratterizzano. Si tratta di una soluzione trascurata dagli addetti ai lavori, ma che sembra in grado di riflettere le "ragioni sostanziali" che ne hanno giustificato l'introduzione.

1. Considerazioni introduttive

Il legislatore e la dottrina penale hanno sperimentato ormai una vasta gamma di soluzioni ricostruttive per cercare di dare sostanza e univocità alla definizione dei pubblici agenti. Come si è avuto modo di constatare, tuttavia, le concezioni *onotologiche*, o per meglio dire le concezioni che, in via autonoma o in chiave unitaria, hanno tentato di dare una definizione "in quanto tale" del concetto di pubblicità¹, hanno peccato di formalismo oppure hanno finito per dare rilievo a indici assiologicamente ambigui². Del resto, almeno in campo giuridico l'utilizzo dicotomico degli aggettivi "pubblico" – "privato" non ha mai trovato nella realtà, risponderne distintive chiare e perduranti nel tempo, capaci di contraddistinguere univocamente i rispettivi campi d'applicazione. Piuttosto, tale "grande dicotomia" si è dimostrata essere il risultato di una dottrina altamente storicizzata, basata su postulati teorici ormai obsoletti e posti

¹ Pur facendo leva su "porzioni di realtà" volta per volta differenti (l'espressione è mutuata da V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, 213).

² V. *Supra*, Cap. II.

inequivocabilmente in *non cale* dalla successiva evoluzione economica e normativa del Paese³.

In un quadro siffatto, si è ritenuto che l'unica possibilità per conservare una qualche funzione ordinatoria a questa coppia concettuale – che continua d'altronde a esercitare un'innegabile influenza sul tessuto giuridico contemporaneo – fosse quella di valorizzare un approccio ricostruttivo di stampo funzionale. In tal senso, perciò, il discrimine tra pubblico e privato non dovrebbe più essere ricercato *una volta per tutte*, o comunque sulla base di elementi discretivi ricavati da presunti dati di realtà. Al contrario, esso dovrebbe essere individuato sempre in rapporto agli scopi che è chiamato ad assolvere nel singolo contesto in cui viene evocato, valorizzando in definitiva una definizione strumentale ad assicurare il loro migliore conseguimento.

Seguendo questo via, si è osservato come una parte della dottrina abbia provato ad adoperare la teoria del bene giuridico e la Costituzione quale orizzonte teleologico capace di rappresentare le *rationes* sostanziali della distinzione penale tra agenti pubblici e privati. Dal canto suo, un recente orientamento giurisprudenziale si è dimostrato invece maggiormente interessato all'effetto utile delle sue determinazioni, puntando in buona sostanza a qualificare direttamente come pubblica qualunque attività che fosse in grado di assicurare il conseguimento d'interessi *lato sensu* generali. Ambedue i tentativi, però, non sono apparsi soddisfacenti. Nel primo caso, i referenti rintracciati nella Costituzione sono risultati privi di forza di richiamo, mentre nel secondo l'interpretazione orientata al raggiungimento diretto di uno scopo, per giunta *praeter legem*, ha finito per sovvertire gli stessi principi liberali fondamentali che sorreggono l'intero edificio della tipicità penale. In entrambi i casi, peraltro, si è mancato l'obiettivo di fornire una definizione effettivamente congruente alle esigenze del giure criminale, poiché nel tentativo dottrinale "armonizzante" i parametri prescelti sono stati condizionati solo in senso molto debole dal diritto penale, mentre con riferimento all'orientamento giurisprudenziale "di scopo" la qualificazione come "pubblica" dell'attività esaminata è essenzialmente il frutto dell'autopoiesi giurisprudenziale⁴.

³ V. *Supra*, Cap. III, par. 1 ss.

⁴ V. *Supra*, Cap. III, par. 3.2.

In attesa che venga messa mano alle norme, dunque, è forse giunto il momento di provare a tirare le fila del vasto sistema dei reati contro la P.a., seguendo un percorso che potrebbe pure sembrare antiquatamente autonomista⁵, ma che a dispetto della constata impraticabilità della via unitaria⁶ e del parziale fallimento dei tentativi armonizzanti⁷, pare essere rimasto il solo in grado di restituire un significato chiaro e congruente alle enigmatiche qualifiche pubbliche. Come si è avuto modo di verificare alla fine del capitolo precedente, infatti, l'unico referente che sembra dotato, a un tempo, di un saldo fondamento normativo, e altresì della capacità di fornire indicazioni sufficientemente precise sulla possibile funzione penale assolta dalla dicotomia pubblico – privato, sembra albergare proprio nei precetti che su quella stessa dicotomia si fondano. In effetti, è solo attraverso la loro interpretazione teleologica che si può esser certi di ottenere le *rationes* sostanziali che hanno indotto il legislatore a dar

⁵ Come visto *Supra*, Cap. II, par. 2, secondo queste teorie le caratteristiche delle qualifiche pubbliche descritte dal codice penale dovrebbero essere desunte sfruttando esclusivamente i riferimenti forniti dalle norme penali. Lo statuto penale della P.a., infatti, perseguirebbe finalità peculiari e non omologabili a quelle amministrative, necessitando quindi di categorie sue proprie e adatte allo scopo (tra i sostenitori di questo approccio si vedano F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova 1954, 561 ss.; P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 42 ss.).

⁶ Per i sostenitori di questo approccio, la tautologia delle definizioni penalistiche, unita alle chiare corrispondenze terminologiche con il ramo amministrativistico, autorizzerebbero il giurista a interpretare le qualifiche di Pubblico ufficiale e Incaricato di pubblico servizio mutuando *tout court* le acquisizioni della dottrina giuspubblicistica. D'altra parte, si osserva, lo statuto penale e amministrativo della P.a. non può che essere improntato ai medesimi fini suggellati dall'art. 97 Cost., e inoltre sarebbe del tutto inopportuno frammentare la (supposta) unitarietà dell'ordinamento, introducendo diverse definizioni per un medesimo oggetto giuridico (v. tra i tanti G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1970, 216 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983 P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983, 68 ss.; queste teorie sono state oggetto di specifico approfondimento *Supra*, Cap. II, par. 2.1 ss.).

⁷ Ricapitolando quanto osservato *Supra*, Cap. III, par. 3.1, gli autori che hanno optato a favore di questa terza via condividono l'assunto di partenza delle teorie unitarie: tanto il diritto penale, quanto il diritto amministrativo sono tenuti a salvaguardare i principi desumibili dall'art. 97 Cost. Tuttavia, essi sottolineano come sia altrettanto vero che queste due discipline muovono da diverse prospettive e operano secondo diverse regole, indi per cui non ci si dovrebbe semplicemente limitare a importare categorie proprie di altri rami, ma si dovrebbero operare anche quegli adeguamenti necessari a impedire che esse presentino "elementi di contraddizione con il sistema penale che disciplina la medesima materia in cui sono destinate ad operare" (cfr. M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1316 ss.; A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011., 771 ss.).

rilevanza a quel dualismo negli specifici contesti fattuali in cui viene richiamato, eliminando al contempo il timore di ricostruzioni fondate su parametri *praeter legem*, o comunque del tutto scorrelati con le esigenze del giure criminale.

In ossequio al metodo che si è deciso di denominare “funzional-tipologico”, quindi, quel che si propone è di provare a partire dall’interpretazione delle fattispecie incriminatrici che compongono il sistema di tutela dei c.d. pubblici poteri, per cercare di determinare le caratteristiche delle posizioni soggettive che le contraddistinguono.

Si tratta di una strada piuttosto inconsueta, che a dire il vero annovera come unico antecedente storico la ricostruzione presentata nel 1951 da un autorevole esponente della dottrina penale del tempo, Alessandro Malinverni. Il suo scritto “Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale”, infatti, costituisce il primo tentativo di adoperare le disposizioni della parte speciale per ricavare il significato delle qualifiche descritte negli artt. 357 e ss. c.p.

Per entrare nel vivo della metodologia che s’intende sviluppare, è dunque d’uopo partire dalle sue riflessioni.

2. Il primo esperimento di Malinverni

La proposta del Malinverni⁸ muove dalla critica verso la posizione assunta dal codificatore nella *Relazione*, ai sensi della quale le nozioni di Pubblico ufficiale e Incaricato di pubblico servizio si sarebbero dovute ricavare facendo leva *sic et simpliciter* sulle nozioni dominanti nell’ordinamento, e in particolare in quello giuspubblicistico⁹. In realtà, si osserva, la legge penale “persegue scopi differenti da quelli delle altre leggi. La scienza del diritto penale ha oggetto e metodo autonomi. In linea di principio, e, fino a prova contraria, nulla giustifica che le soluzioni proprie di altre branche del diritto siano vincolanti per il diritto penale”¹⁰. Del resto, queste categorie di *funzione* e di *servizio* non avevano neppure “un preciso riscontro nella realtà della vita, né chiaro fondamento in norme giuridiche, né adeguata elaborazione

⁸ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951.

⁹ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 50 ss. A riguardo v. *Supra*, Cap. I, par. 2.2. V. inoltre *Supra*, Cap. II, par. 1 ss.

¹⁰ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 54.

nella dottrina, ma godevano di una esistenza essenzialmente verbale, erano come forme a contenuto indeterminato, o etichette di recipienti pieni di sostanze sconosciute”¹¹.

Si “rivendica”, dunque, “l’autonomia dei concetti” adottati dal giure criminale rispetto a quelli elaborati nel diritto pubblico, e s’individua nell’“esame delle norme del codice penale”¹² il punto di riferimento fondamentale per contenere la nefasta “influenza delle politiche sulle nozioni di pubbliche funzioni e di pubblici servizi, ricercandone i fondamenti più strettamente giuridici”¹³, e soprattutto più strettamente penali.

Invero, nell’opera di Malinverni le fattispecie legali assumono un’importanza inedita ai fini della ricostruzione delle qualifiche: per la prima volta, infatti, l’interpretazione dei tipi criminosi contenuti nel codice viene adoperata per comprendere sia il “ruolo” che la posizione pubblica gioca nella configurazione dell’illecito, sia il “significato” che la sua scomposizione in differenti figure soggettive assume (Ufficiale, Incaricato ed Esercente un servizio di pubblica necessità).

Procedendo con ordine, dopo aver passato in rassegna i precetti rivolti alla tutela penale della Pubblica amministrazione, il Malinverni osserva anzitutto come essi possano essere classificati sulla base del rapporto che il fatto instaura con la qualifica ricoperta: in un primo gruppo di reati, infatti, l’illecito deve trovare la sua causa proprio nell’attività svolta dal soggetto pubblico (v. artt. 361 e 362 c.p.)¹⁴; in un secondo, invece, il delitto ha come suo precipuo scopo “un avvenimento conforme o contrario alla funzione od al servizio”(artt. 318 e 319 c.p.)¹⁵; infine, vi è una categoria di precetti in cui l’esercizio potenziale o effettivo delle funzioni o dei servizi deve necessariamente essere contestuale al fatto incriminato (v. art. 316 c.p.)¹⁶.

¹¹ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 131.

¹² A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 132.

¹³ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 59 ss.

¹⁴ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 77 ss.

¹⁵ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 81 ss.

¹⁶ In tale ultimo senso, “l’attualità dell’esercizio di funzioni o di servizi non si identifica con l’attualità del ‘servizio’. Il funzionario può trovarsi in ‘servizio’ ma non svolgere alcune delle attività che lo qualificano. Ad esempio, il magistrato in camera di consiglio può stare raccontando una barzelletta ai colleghi [...] Tutti costoro sono in ‘servizio’, ma nessuno esercita la funzione che li qualifica. Questa ha inizio solo quando il funzionario esce dallo stato di inerzia o ‘indifferenziato’ in cui si trovava, (nei riguardi delle sue pubbliche attribuzioni, ben si intende) e compie un atto del suo ufficio”. Pertanto, si conclude che per queste ipotesi incriminatrici il fatto “che certi funzionari si trovino sempre ‘in servizio’ è dunque rilevante agli effetti amministrativi, ma non a quelli penali. Per l’esistenza dei reati in esame è

All'interno di questi tre gruppi, poi, si evidenzia come alcune fattispecie si riferiscano a tutte e tre le posizioni soggettive descritte dagli artt. 357e ss. c.p., mentre altre richiama soltanto una o alcune di queste. Ci si chiede, dunque, quale possa essere la ragione, e la risposta viene ancora una volta ricercata all'interno dei precetti del codice, nella convinzione che siano proprio essi a contenere le chiavi per la comprensione del significato penale della funzione e del servizio pubblico.

E così, dal riferimento all'Ufficiale nella fattispecie (ad esempio) di arresto illegale (art. 606 c.p.) e di perquisizione e ispezione personale arbitraria (art. 609 c.p.), si desume come questa posizione soggettiva presupponga necessariamente il possesso di "poteri di coazione"¹⁷. Le disposizioni in materia di falsità in atti pubblici facenti fede fino a querela di falso, invece, indicherebbero l'esistenza di una capacità anche "certificativa" dell'ufficiale pubblico¹⁸. Infine, dalle disposizioni di concussione (art. 317 c.p.), interesse privato in atti di ufficio (art. 324 c.p.) e abuso indeterminato di ufficio (art. 323 c.p.), si comprende come le mansioni attribuite al funzionario pubblico debbano essere selezionate soltanto tra quelle di "notevole importanza"¹⁹.

Da tale analitica determinazione delle peculiarità tipologiche del Pubblico ufficiale, segue una definizione della figura dell'Incaricato di pubblico servizio che, per vero, è assunta più per differenza rispetto alla prima, che attraverso l'analitica interpretazione dei delitti della parte speciale: si afferma infatti che "tutte le mansioni svolte attraverso pubblici uffici, le quali non consistono né nell'impersonare l'ufficio né in attività puramente manuali, sono servizi pubblici in senso improprio. In senso proprio, invece, sono servizi pubblici le attività delle quali chiunque può profittare

necessario che essi stiano effettivamente svolgendo l'attività che li qualificano" (cfr. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 74 ss.).

¹⁷ Nello specifico, con potere di coazione o "di comando" s'intende quella potestà attribuitagli "dalla legge" con caratteri di "generalità" (in quanto esercitabile nei confronti di qualsiasi consociato), che si "estrinseca nell'imposizione al singolo di una determinata condotta, che può consistere in azioni od omissioni" (A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 105).

¹⁸ Più esattamente, coordinando le disposizioni del codice civile (v. art. 2700 c.c.) con quelle del diritto amministrativo e penale, si determina che per tale s'intende il "potere di documentare la provenienza di un atto od i fatti compiuti dal funzionario od avvenuti in sua presenza, riconosciuto da una norma di legge" (A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 119 ss.).

¹⁹ Ossia, più esattamente, "quelle che consistono nella direzione dell'ufficio, nel concorrere a formarne la volontà, e nel rappresentarlo nei confronti dei terzi. Poiché per esse l'ufficio vive si può dire che consistono nell'impersonare l'ufficio" (A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 132 ss.).

(presentano pubblico interesse), e la cui prestazione è consentita dalla pubblica amministrazione mediante concessione”²⁰.

Infine, anche la posizione soggettiva dell’esercente un servizio di pubblica necessità viene determinata in modo relativamente indipendente rispetto alle fattispecie di parte speciale in cui compare, facendosi leva su concettualizzazioni giuspubblicistiche sviluppate a partire dalle indicazioni fornite dai testi dei co. 1 e 2 che compongono l’art. 359 c.p.²¹.

Osservata nel suo insieme e nel contesto storico-culturale in cui fa la sua comparsa, la proposta di Alessandro Malinverni si distingue per aver intuito e valorizzato le potenzialità euristiche delle fattispecie proprie nella emarginazione delle caratteristiche tipologiche dell’autore chiamato a realizzarle. In tal senso, rispetto alle altre proposte avanzate da una parte della dottrina coeva²², l’interpretazione che propone ha più buon titolo nel definirsi “autonomista”, tanto nel metodo quanto nel risultato. Difatti, essa non si limita a ricostruire i concetti di pubblica funzione e pubblico servizio “indipendentemente” dal diritto pubblico²³, ma cerca di farlo in modo non arbitrario e soprattutto centrato sugli specifici oggetti e scopi del diritto penale sostanziale, dando risalto proprio a quelle norme che quegli oggetti e quegli scopi sono in grado di veicolare: le fattispecie legali della parte speciale.

Nondimeno, osservata più da vicino, la ricostruzione del Malinverni appare viziata da alcune assunzioni teoriche quantomeno contraddittorie, che in definitiva ne inficiano la stessa “autonomia” metodologica.

A ben vedere, infatti, il ragionamento sulle caratteristiche delle singole qualifiche si svolge a monte di una dicotomia tra agenti “pubblici” e agenti “privati”, risolta dall’Autore avvalendosi proprio dalle concettualizzazioni che pretendeva di abbandonare, ossia quelle del diritto pubblico. Come si legge nelle pagine centrali della sua monografia, infatti, la distinzione tra uffici “pubblici” e uffici “privati”²⁴ si fa

²⁰ Cfr. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 133.

²¹ V. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 133.

²² V. *Supra*, Cap. II, par. 2.

²³ Facendo perciò affidamento, ad esempio, sulla scienza economica come fa Nuvolone (v. *Supra*, Cap. II, par. 2).

²⁴ Si ritiene infatti che “nell’esercizio di funzioni o di servizi attraverso a pubblici uffici la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio deriva al soggetto esclusivamente in virtù delle speciali mansioni che gli sono affidate col pubblico ufficio” (A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 85).

dipendere dalla consistenza dell'interesse che sono chiamati a perseguire²⁵: soltanto i primi, invero, sarebbero chiamati al perseguimento di fini "riconosciuti dallo Stato", e reputati "necessari alla sua vita"²⁶. Una riproposizione, insomma, della vetusta teoria "teleologica" di matrice giuspubblicistica, che ne sconta i medesimi difetti non riuscendo neppure a superarne i ben noti limiti²⁷.

Inoltre, la ricostruzione *abduittiva* delle posizioni soggettive proprie si ferma al Pubblico ufficiale, con le altre due qualifiche che vengono invece determinate "*per relationem*" rispetto alla prima (è il caso dell'Incaricato di pubblico servizio, individuato in negativo rispetto alle caratteristiche del Pubblico ufficiale), oppure attraverso una riflessione esegetica sulla norma definitoria in sé per sé considerata, la quale tuttavia, facendo largo impiego di concettualizzazioni giuspubblicistiche²⁸, non poteva che veicolare interpretazioni metodologicamente e contenutisticamente dipendenti da quelle branche del diritto (è il caso dell'Esercente un servizio di pubblica necessità)²⁹. In definitiva, perciò, solo la figura dell'Ufficiale viene ricostruita sulla base di una criteriologia dotata di uno stretto e genuino legame con le fattispecie del Titolo II. Per quel che concerne i criteri d'identificazione dell'Incaricato e dell'Esercente, invece, oltre a mancare il collegamento *ex ante* con le norme incriminatrici, manca pure una verifica di congruenza *ex post* dei risultati ermeneutici ottenuti, ~~facendo (ancora una volta) aggio sul diritto amministrativo,~~ con l'ordito normativo penale restituito dall'intreccio delle pertinenti fattispecie legali. Un ordito, peraltro, che il Malinverni aveva ampiamente dimostrato di saper padroneggiare, con rilievi ermeneutici e distinzioni concettuali assolutamente penetranti, e in parte usciti addirittura indenni dall'usura del tempo³⁰.

²⁵ Gli altri criteri che in astratto potevano essere idonei a distinguere tra uffici pubblici e uffici privati, come ad esempio il "controllo dello Stato sull'ente", vengono individuati facendo sempre riferimento all'elaborazione dei pubblicisti, a riprova di una "autonomia" teorica non perfettamente conseguita (v. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 86 ss.).

²⁶ Per determinarli, l'autore propone degli "indici sintomatici" compositi, in cui si annoverano anche le teorizzazioni di un celebre pubblicista dell'epoca, Oreste Ranellétti (si richiamano tra l'altro le sue *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937, 86 ss.).

²⁷ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.1.

²⁸ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.1.

²⁹ V. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 124 ss.

³⁰ Come quelli relativi all'attualità delle funzioni o del servizio (v. *Supra*, Cap. IV, par. 2, nt. 16), o quelli concernenti le caratteristiche dei Pubblici ufficiali, pienamente recepite dalla successiva riforma del 1990.

Quel controllo, tuttavia, non è mai stato compiuto, e tale carenza si è andata ad assommare con quella “a valle” relativa alla delimitazione “unionista”³¹ della coppia dicotomica pubblico-privato. Una combinazione esiziale, che determina la caduta di un’impalcatura teorica su cui l’Autore non sembra essere riuscito a scommettere sino in fondo, e che in effetti non ha mai neppure formalizzato in maniera compiuta³².

3. Il fatto di reato proprio come contesto denotativo della qualifica: dalla concezione narrativa del tipo alle potenzialità esplicative della fattispecie legale

Per non replicare i medesimi passi falsi, è opportuno puntualizzare la cornice teorica che, a un tempo, fonda e delimita la ricostruzione ermeneutica che si vuole discutere.

Nello specifico, l’operazione che si tenterà di compiere nelle prossime pagine sarà finalizzata a indurre, o meglio *abdurre*, il significato dell’anfibologico criterio di qualificazione “norme di diritto pubblico e atti autoritativi”³³, facendo leva sulle indicazioni ricavabili dai reati contro la P.a. che se ne avvalgono³⁴. Difatti, se è corretto quello che si è cercato di dimostrare, ossia che la distinzione pubblico-privato può assumere una sua dimensione soltanto in una prospettiva teleologica³⁵, e che nel diritto

³¹ Ossia, in altre parole, “a rimorchio del diritto pubblico”, in piena dipendenza delle sue concettualizzazioni e acquisizioni.

³² A ben vedere, nella sua opera il rapporto tra la fattispecie legale e l’individuazione degli scopi nel diritto penale non è mai stato trattato, così come non è mai stato affrontato il legame tipologico intercorrente tra la fattispecie di reato propria e la posizione soggettiva che incorpora.

³³ Si tratta come visto *Supra*, Cap. I, par. 3.1, del c.d. confine esterno-superiore. Non si richiama, invece, quello c.d. esterno-inferiore, perché a dispetto della prassi si ritiene che esso abbia un significato già sufficientemente perspicuo, chiaramente evincibile dal tenore dell’art. 358, co. 2 c.p.: in accordo con la dottrina prevalente, infatti, si conviene che l’espressione “svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale” faccia riferimento a competenze prive di autonomia e discrezionalità, quindi a mere attività esecutive di scelte e indirizzi imputabili ad altri, richiedenti (principalmente) la spendita di energia fisica (v. *Supra*, Cap. I, par. 3.1, nt. 157).

³⁴ È bene ribadire che a differenza del modello *a la Tarico* (v. *Supra*, Cap. III, par. 3.2), qui gli scopi non vengono *imposti alla* fattispecie, ma al contrario sono *dedotti dalla* fattispecie. Si cerca perciò di rintracciare la funzione prodotta “internamente” dai singoli precetti, per ricavare le coordinate attraverso le quali verificare la natura “pubblica” o “privata” delle discipline *esterne* a cui l’art. 357, comma 2, c.p. rivolge la sua attenzione.

³⁵ Per le ragioni già evidenziate *Supra*, Cap. III, par. 2, e quindi nella convinzione che rappresenti ormai l’unica strategia per “riconvertire funzionalmente” e salvare dall’obsolescenza, la vetusta dicotomia

penale odierno quella prospettiva può essere fornita solamente dalle fattispecie di parte speciale³⁶, allora l'unica possibilità che si ha a disposizione per fronteggiare la polisemicità della posizione descritta dagli artt. 357 e 358 c.p., è quella di ricavarne le caratteristiche³⁷ nella dialettica tra segni linguistici e *ratio* di tutela sottesa a ogni singola incriminazione che la richiama³⁸.

In tal modo, gli artt. 357 e 358 c.p. si configurano come il punto di partenza dell'interpretazione *funzional-tipologica*, evidenziando quali siano le forme di aggressione (i reati che richiamano le figure soggettive ivi definite) e i significanti (le "norme di diritto pubblico e atti autoritativi" che denotano la pubblicità dell'agente) reputati dal legislatore propedeutici al suo programma politico-criminale. Dal canto loro, le fattispecie legali proprie verranno adoperate per comprenderne meglio i significati. Si tratta, insomma, di un'interpretazione "a specchio", in cui il contenuto delle norme che fotografano in modo sfocato le caratteristiche per così dire "fisiologiche" dell'attività c.d. "pubblica", viene precisato attraverso le disposizioni incriminatrici che richiamano quella medesima attività nella sua fase patologica. Una soluzione che, per quanto inconsueta possa apparire, risulta del tutto fondata da un punto di vista teorico, e la ragione risiede negli stretti legami che intercorrono tra gli elementi costitutivi del *Sonderdelikt*, e le qualifiche soggettive che li contraddistinguono.

Invero, a differenza delle altre ipotesi incriminatrici, i reati propri offrono una *narrazione* formata dall'intreccio indissolubile di una tipologia di fatti pertinenti, con

pubblico-privato di cui ancora oggi il codice penale si avvale (per la prospettiva *de iure condendo* v. *Infra*, Cap. V).

³⁶ Secondo il metodo che si è denominato "funzional-tipologico", v. *Supra*, Cap. III, par. 4.

³⁷ O almeno quelle più salienti (v. *Infra*, Cap. IV, par 6 ss.).

³⁸ A ogni buon conto, potrebbe parlarsi di un'interpretazione "autonomista". Tuttavia, almeno in questa sede la distinzione tra teorie "autonomiste" e "unitarie" pare eccessivamente manichea, e in certo qual modo pure fuorviante. Invero, se i parametri di qualificazione vengono ricavati dalle fattispecie incriminatrici, è anche vero che l'attività a cui quelle fattispecie fanno riferimento, nonché la disciplina che gli artt. 357 e ss. c.p. richiedono di valutare nel quadro della dicotomia pubblico – privato, è giocoforza un'attività e una normativa collocata al di fuori del diritto penale. Per poterle governare, pertanto, sarà necessario anche *conoscere le*, e talvolta *ricorrere alle*, nozioni proprie della branca cui appartengono. Quel che conta rimarcare, piuttosto, è che quelle attività e quelle discipline, debbano essere qualificate come pubbliche o private non sulla base di presunte caratteristiche ontologiche, bensì in ragione della funzione che quelle etichette assumono nel diritto penale. Coerentemente, perciò, la ricerca dello scopo verso il quale orientare la qualifica viene condotto all'interno del campo in cui quella stessa qualifica è destinata a essere impiegata: il diritto penale.

una classe d'autori predeterminati³⁹. Il processo d'ibridazione che ne risulta è tale, da rendere le “piccole storie” raccontate dagli illeciti tipizzati⁴⁰, del tutto incomprensibili in mancanza dei soggetti abilitati a commetterli⁴¹. Seguendo l'opinione dottrinale largamente condivisa, infatti, i reati propri sarebbero caratterizzati specificamente da un “particolare rapporto” tra “l'autore e gli altri elementi della fattispecie”, talmente stretto da consentire persino di “ricavare *ex adverso* dal complesso degli elementi del fatto una qualifica non esplicitata dal legislatore”⁴².

Se così stanno le cose, allora, ripercorrere i “racconti” che hanno come protagonista il pubblico agente, potrebbe aiutare a scorgere degli attributi, delle peculiarità valide a differenziarlo dalle altre tipologie d'autore. In effetti, se l'immagine del tipo è restituita dal fatto nel suo insieme, e non dalla semplice sommatoria delle sue singole componenti⁴³, non si può certo escludere che da quella immagine si possano

³⁹ Perché vi sia un reato proprio, infatti, è necessaria anzitutto “la definizione in via separata e prioritaria di una ‘qualità’ già autonomamente ravvisabile nel soggetto attivo della condotta incriminata” (Cfr. G. DE FRANCESCO, *Riciclaggio ed autoriciclaggio: dai rapporti tra le fattispecie ai problemi di concorso nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 948. Riprendendo la nota definizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 111, invero, la “preesistenza alla norma penale della qualifica, da questo soltanto considerata ma non creata, costituisce il criterio di individuazione del reato proprio rispetto al reato comune: specie rispetto alle ambigue e controverse ipotesi in cui la qualifica va desunta, o si pretende di desumere, da certi presupposti della condotta” (si pensi al caso dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, qualificato addirittura come reato di mano propria da una recente pronuncia giurisprudenziale, v. Cass. pen., Sez. II, 3 novembre 2016, n. 46288, in www.italgiure.giustizia.it). Sempre sulla stessa linea si vedano inoltre le argomentazioni di F. CINGARI, *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *Ind. pen.*, 2004, 945.

⁴⁰ Come evidenziato da M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 17 ss., la “fattispecie incriminatrice, è importante sottolinearlo, non è solo un contenitore di parole. Essa sviluppa una narrativa, racconta una piccola storia [...] Attraverso la sua narrativa, la fattispecie è capace di generare l'immagine di un fatto. Questo “fatto” ha una fisionomia d'insieme, è un *tipo* [...] È il risultato di una *visione globale*, che non deriva dalla somma aritmetica delle singole parole con cui viene descritto” (sul contributo che anche la rubrica è capace di assicurare in tal senso v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.).

⁴¹ Come ebbe modo di evidenziare a suo tempo C. PEDRAZZI, *Gestione dell'impresa e responsabilità penali*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano, 2003, 610, nelle fattispecie proprie la qualifica dell'agente “condizione e plasma tutta la dinamica del fatto tipico: da essa la condotta esecutiva non può scindersi senza snaturarsi”.

⁴² M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 140 ss. Lo stesso non potrebbe dirsi, ad esempio, quando la qualifica soggettiva rappresenti una circostanza del reato (v. art. 61, n. 9, c.p.), perché in quelle ipotesi assume la “rilevanza limitata di elemento eventuale e accessorio” (A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1952, 91), incapace di condizionare la struttura del tipo criminoso attorno al quale orbita.

⁴³ Si veda sempre M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 17.

evincere almeno alcune delle caratteristiche che hanno valso al suo autore la parte di protagonista necessario della scena.

Del resto, l'introduzione di una qualifica in una fattispecie di reato si giustifica da un punto di vista politico-criminale, principalmente per la particolare significatività della lesione arrecabile all'interesse protetto dai titolari di quel determinato ruolo⁴⁴. Pertanto, anche da questo punto di vista l'analisi del tipo che fotografa quella lesione, potrebbe fornire indizi importanti sulla morfologia della posizione che ne ha condizionato l'incriminazione⁴⁵.

Tale ulteriore prospettiva, peraltro, è utile anche a segnalare l'opportunità di selezionare tra le fattispecie proprie, soltanto le disposizioni che vanno a costituire una forma di aggressione "esclusiva" o almeno "semi-esclusiva". Difatti, è soltanto in tali ipotesi che il fatto illecito può considerarsi a pieno titolo debitore della sua illiceità (o della sua *speciale* illiceità) verso la posizione soggettiva ricoperta dall'autore⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. A. GULLO, *Il Reato proprio*, Padova, 2005, 46 ss., e i riferimenti ivi indicati; v. inoltre G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 864; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 232 ss.

⁴⁵ Confermandosi così ancora una volta la possibile bontà delle prospettive dischiuse dal paradigma "funzionale-tipologico".

⁴⁶ Nelle altre ipotesi, infatti, "la qualifica non determina l'offensività del fatto, ma circoscrive soltanto la punibilità a determinati soggetti, perciò essa non è elemento costitutivo del 'fatto oggettivo tipico' (es.: fatti pregiudizievoli ai creditori, che diventano reato di bancarotta se posti in essere dall'imprenditore)". Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 111, ciò accade perché si tratta "di 'interessi "aperti" o 'non riservati' (es.: dei creditori), che possono essere offesi anche da soggetti non aventi la particolare qualifica (es.: debitori non imprenditori)". A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, 193 ss., tuttavia, coglie in questo modo di argomentare una possibile sponda alla concezione metodologica del bene giuridico: "volendo concepire il bene come un che di sostanziale", infatti, dovrebbe "gioco-forza anche ammettersi che esso come realtà effettuale ha una sua autonomia dal soggetto in sé considerato ed è perciò offendibile da tutti". A ben vedere, se concepito in termini compiutamente sostanziali, il bene giuridico dovrebbe necessariamente essere dotato di una sua autonomia rispetto al ruolo del soggetto agente, non potendo evidentemente dipendere da esso. Nondimeno, ciò non esclude in alcun modo che possa essere invece *la posizione*, a dipendere dal riconoscimento normativo *dell'interesse*. In effetti, questo sembra essere proprio ciò che accade nei reati propri, poiché senza il riferimento a un bene giuridico compiuto, l'individuazione di una determinata categoria di agenti risulterebbe priva di funzione (andando in definitiva a operare una selezione irragionevole degli autori abilitati a commettere il fatto, come ad es. nell'ipotetico caso di una norma sull'omicidio resa applicabile soltanto ai giocatori di biliardo; in senso sostanzialmente conforme G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio*, cit., 871 ss.). La relazione tra qualifica e interesse protetto sembra dunque essere di tipo inverso rispetto a quella criticata da Fiorella, e ai nostri fini essa rileva in quanto permette all'interprete di accedere alle *rationes* che ne hanno determinato l'introduzione. Ora, come visto, gli elementi positivi che si hanno a disposizione per decodificare tali *rationes*, sono quelli rintracciabili nella disposizione che definisce il contenuto della qualifica, e nelle fattispecie legali in cui è stata

Conseguentemente, è solamente in quei casi che si può essere assolutamente certi che l'architettura del fatto illecito nasca, o comunque si specifichi, esclusivamente in rispondenza della qualifica rivestita dall'agente, instaurando pertanto quel rapporto d'implicazione biunivoca tra fatto e autore, alla base della proposta interpretativa che si vuole avanzare⁴⁷.

4. Le caratteristiche del reo nel fuoco delle fattispecie a soggettività ristretta del Titolo II

La ricostruzione delle qualifiche pubbliche che s'intende proporre, dunque, mira a ricavare le caratteristiche degli agenti attraverso l'interpretazione teleologicamente orientata dei testi normativi che li annoverano quali autori. Come si è visto, l'operazione rappresenta il tentativo di rileggere in termini funzionalmente congruenti la dicotomia tra pubblico e privato in campo penale, e sembra potersi legittimare per il particolare rapporto intercorrente tra la qualifica e la fattispecie di reato propria. Un rapporto tale, come detto, da consentire persino di desumere l'una dall'altra, *a fortiori* nel caso in cui si tratti di fattispecie proprie "esclusive" o "semi-esclusive".

Ora, l'obiettivo principale della proposta che ci si accinge a descrivere è anzitutto quello di determinare la consistenza del c.d. confine esterno della qualifica. Per tale ragione, il campo delle norme incriminatrici da prendere in considerazione dovrà necessariamente essere ristretto a quelle sole che annoverano come propri autori sia il Pubblico ufficiale, che l'Incaricato di pubblico servizio. Diversamente, infatti, si

collocata. Quel che si vuole sostenere qui, lungi da qualsivoglia ricostruzione metodologica dell'oggetto giuridico, è che quel legame bene-qualifica sia più perspicuamente apprezzabile nelle norme in cui la posizione soggettiva determini l'illiceità del fatto, o comunque la sua speciale illiceità, poiché è solo in quei casi che si viene a creare una vera e propria "connaturalità" tra le particolari condizioni personali, e l'interesse tutelato dalla fattispecie. In altre parole, solo nei reati propri esclusivi o semi-esclusivi la posizione soggettiva rappresenta uno snodo essenziale per la realizzazione dell'offesa tipizzata dalla norma, ed è pertanto solo in queste ipotesi che il legame tra contesto fattuale e posizione soggettiva risulta sufficientemente pregnante, da poter essere adoperato anche in chiave denotativa.

⁴⁷ Seguendo questa via, si può quindi scartare dal mazzo delle fattispecie esaminabili il delitto di "Frode in processo penale e depistaggio" (art. 375 c.p.), novellato dalla legge n. 133 del 2016. Come correttamente rilevato dalla Cassazione "la tipizzazione delle condotte risulta del tutto identica a quella che caratterizza gli ulteriori reati – frode processuale, false informazioni al P.m., falsa testimonianza – distinguendosi da essi quanto alla richiesta del dolo specifico, e per la considerazione della qualifica soggettiva".

rischierebbe di desumere elementi che non caratterizzano la “soggettività pubblica” in sé per sé considerata, bensì quella peculiare (e come vedremo più avanti, discutibile) forma di pubblicità che il legislatore “aveva in mente”⁴⁸, quando si riferiva analiticamente al Pubblico ufficiale e all’Incaricato di pubblico servizio.

Per lo stesso motivo, all’interno di questo, peraltro ormai ampissimo⁴⁹, novero di fattispecie, sarà necessario selezionare soltanto quelle che si riferiscono “in generale” alla posizione ricoperta dal pubblico soggetto: in tal senso, ad esempio, gli artt. 325 e 326 c.p. non potranno essere impiegati, perché non richiamano genericamente i “poteri”, i “doveri” e gli “atti” del *munus publicum*, ma si occupano invece *integralmente* di situazioni “specialmente particolari”, che possono interessare cioè soltanto determinate tipologie di agenti qualificati (ad es. coloro che entrano in contatto con invenzioni o scoperte, oppure che svolgano attività che li mettano a conoscenza di notizie riservate). Ad ogni modo, la perdita non è delle più tragiche, perché a ben vedere tali delitti si caratterizzano rispetto alle ipotesi incriminatrici che si andrà a elencare, unicamente per la maggiore specificità dei doveri che si impone di non violare⁵⁰.

⁴⁸ L’espressione è doppiamente figurata in questo caso, perché l’interpretazione che si andrà a praticare si scontrerà anche con le eventuali incoerenze generate da interventi di riforma stratificati e sCOORDINATI, che hanno inciso sulla razionalità complessiva dell’impianto repressivo predisposto a tutela della c.d. Pubblica amministrazione.

⁴⁹ La distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio ha ormai un rilievo applicativo decisamente irrisorio, v. *Supra*, Cap. I, par. 3.2.

⁵⁰ Per completezza si deve evidenziare come si sia ben consci che, a stretto rigore, anche il peculato potrebbe in astratto rientrare tra le fattispecie da non prendere in considerazione. Difatti, adoperando le parole di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 232, è evidente che nel peculato “quella ‘ragione di ufficio o servizio’ che qualifica il presupposto possessorio della condotta, discende per così dire dalla qualità soggettiva di pubblico funzionario costituendo una delle attribuzioni del soggetto pubblico. Ma tutto ciò non esclude che la qualità soggettiva di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio esista anche indipendentemente dal possesso del denaro [o altra cosa mobile]”. In effetti, è innegabile che il peculato si riferisca specificamente a una sola tipologia di attività pubblica, ossia a quella per la cui esplicazione il soggetto qualificato venga dotato di determinate risorse materiali. Il punto però è che questa specificità assume più che in altri casi un rilievo prevalentemente concettuale, poiché da un punto di vista prettamente empirico appaiono numericamente davvero assai poco significativi i casi in cui si eserciti un’attività pubblica senza alcun tipo di dotazione connessa alla sua esplicazione. Per tale ragione, dunque, si è preferito ricomprendere gli artt. 314 e ss. c.p. nel novero delle disposizioni prese in considerazione per la determinazione delle caratteristiche del pubblico soggetto. Tuttavia non si deve pensare che ciò alteri sul piano teorico la ricostruzione che si propone: in fin dei conti, infatti, anche questo delitto si caratterizza rispetto alle altre ipotesi incriminatrici che si andranno ad analizzare, esclusivamente per la maggiore specificità dei doveri e delle attribuzioni che si impone di non violare (a conferma di ciò si veda inoltre *Infra*, Cap. IV, par. 5).

In sostanza, dunque, i precetti che si potranno adoperare⁵¹ sono otto, e possono essere suddivisi in cinque gruppi: i delitti di peculato (artt. 314 e 315 c.p.), di concussione e induzione indebita (artt. 317 e 317-*quater* c.p.), di corruzione (artt. 318 e 319 c.p.), d'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), e infine di rifiuto e omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.).

4.1. I reati di peculato

Il reato di peculato⁵² apre il Capo I dedicato ai delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, e nella sua versione attuale⁵³ punisce il pubblico agente che si appropria di una cosa mobile “altrui” di cui abbia la disponibilità “per ragione del suo ufficio o servizio”.

Prima facie il precetto sembra rispecchiare la struttura di un'appropriazione indebita qualificata dalla particolare posizione soggettiva del suo autore. Nondimeno, a un'attenta analisi della fattispecie si può cogliere una fondamentale differenza strutturale tra questa norma e l'appropriazione indebita, che vale a ritagliarle un ambito applicativo autonomo rispetto all'art. 646 c.p. aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 9 c.p.: l'esigenza di una stretta connessione tra la disponibilità del bene e la ragione d'ufficio o servizio che l'ha motivata (c.d. possesso “qualificato”)⁵⁴. Ad avviso di chi scrive, questa stretta connessione tra il bene e l'ufficio ricoperto sottolinea la valenza prevalentemente “funzionale” che la cosa assume nell'ambito di questa fattispecie, e che la condotta abusiva del soggetto è in grado di pregiudicare. Più nello specifico, l'autore del peculato

⁵¹ Almeno in prima battuta, v. *Infra*, Cap. IV, par. 7.

⁵² Si segnalano a riguardo i recenti studi di C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2016, 63 ss.; V. MAGNINI, *Le aggressioni di natura patrimoniale*, in Aa. Vv., *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011, 1 ss.; M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO – M. PELISSERO, Milano, 2015, 85 ss.

⁵³ La l. n. 86 del 1990 ha eliminato la condotta di “distrazione” dall'art. 314 c.p., e ha introdotto al suo secondo comma il c.d. peculato d'uso. Successivamente, la l. n. 190 del 2012 ha innalzato il minimo edittale del peculato per appropriazione a quattro anni di detenzione.

⁵⁴ M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, cit., 92. Tuttavia la giurisprudenza prevalente svaluta la stretta connessione tra disponibilità del bene ed esercizio della funzione suggerita dal testo del precetto (non ci si limita infatti ad affermare che la condotta debba essere compiuta “nell'esercizio”, bensì “per ragione”), accontentandosi che la condotta appropriativa avvenga “in occasione” dell'espletamento della funzione o del servizio (v. da ultimo Cass. Pen., Sez. III, 20 giugno 2018, n. 28494, in www.italgiure.giustizia.it).

è un soggetto incaricato di svolgere un ufficio o prestare un servizio per la cui esecuzione possono essergli attribuite cose mobili o somme di denaro. Quegli oggetti, più che per il loro valore patrimoniale, si caratterizzano prevalentemente per la loro strumentalità a uno scopo, ossia all'adempimento delle attribuzioni proprie della specifica cerchia d'agenti in grado di realizzare quella condotta. Per questo non è importante che il bene sia di proprietà pubblica⁵⁵, o che abbia un particolare valore economico⁵⁶.

L'esaltazione dei profili funzionali d'impiego del bene viene confermata anche dal c.d. "peculato d'uso" disciplinato dal comma 2 dell'art. 314 c.p., che punisce il pubblico agente che si è impossessato della cosa "al solo scopo di fare uso momentaneo", restituendola "immediatamente" dopo. In questi casi, infatti, l'impatto economico della condotta per il titolare del bene potrebbe pure essere scarso o assente, ciononostante l'utilizzo per finalità private della cosa "d'ufficio" sarebbe comunque considerato tipico laddove arrechi un pregiudizio all'espletamento delle proprie incombenze⁵⁷.

⁵⁵ L'art. 314 c.p. parla genericamente di bene "altrui", quindi non necessariamente della P.a., potendosi dunque ritenere sufficiente a questa stregua l'esistenza di un "collegamento tra la destinazione del bene e le finalità pubbliche" (c.d. vincolo di destinazione, cfr. C. BENUSSI, *Diritto penale*, cit., 93).

⁵⁶ Si pensi al caso dell'appropriazione di marche da bollo già annullate e prive di un valore economico intrinseco, allorquando abbiano un concreto valore per la P.A., perché documentano la regolarità fiscale delle pratiche evase (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 24 luglio, 2007, n. 30154, in *CED* 237329).

⁵⁷ Per esempio nell'ipotesi di indebita utilizzazione del telefono d'ufficio per fini personali: come più volte ribadito dalla giurisprudenza, infatti, anche quando la condotta non cagioni alcun danno patrimoniale (e.g. per il tipo di abbonamento sottoscritto, indifferente al numero di chiamate realizzate), essa può comunque assumere rilevanza penale nei casi in cui provochi "una lesione concreta alla funzionalità dell'ufficio" (v. Cass. Pen., Sez. Un., 2 Maggio 2013, n. 19054, in *Cass. Pen.*, 2014, 484; da ultimo, Cass. Pen., Sez. VI, 25 luglio 2017, n. 36872, in <http://www.italgiure.giustizia.it>). Invero, integra il furto d'uso anche il privato che, ad esempio, si impossessi per un breve periodo del cellulare del proprio *partner* al fine di controllare i contenuti che vi ha salvato (v. da ultimo Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 5467, in www.italgiure.giustizia.it). Ciò però sembra più il portato della difficoltà di attribuire un contenuto univoco al bene giuridico "patrimonio", sospeso com'è tra letture puramente economiche (che dovrebbero indurre a ritenere *inoffensive* simili condotte) e giuridiche (potenzialmente in grado di rendere rilevanti pure queste aggressioni). Una situazione di ambiguità rafforzata anche dalle disposizioni del codice, che dimostrano la propensione a instaurare uno stringente rapporto di corrispondenza tra formale violazione del *dominium* e offesa al patrimonio: l'art. 626 c.p. infatti punisce come ipotesi "minori" non soltanto il furto d'uso, ma anche il furto di oggetti dotati di "tenue valore". D'altra parte, nel caso appena esposto, se il patrimonio venisse inteso in termini giuridici, potrebbe sì sostenersi che il patrimonio sia stato offeso in virtù della violazione di una destinazione "funzionale" del bene. Tuttavia, in quel caso si tratterebbe di una destinazione non etero-impressa, bensì auto-impressa dal suo titolare, e ricavabile sulla base dell'interesse concreto del proprietario che quel bene sarebbe destinato a soddisfare. Niente a che vedere, dunque, con la funzionalizzazione di cui si sta parlando, e che viene veicolata dall'elemento

A chiudere questo primo gruppo di delitti si trova l'art. 316 c.p., che punisce l'agente pubblico che riceve o ritiene indebitamente “per sé o per un terzo” denaro o altra utilità durante l'espletamento delle sue incombenze, “giovandosi dell'errore altrui”. Si cerca di scongiurare la ricezione o ritenzione di pagamenti non dovuti collegati ⁵⁸ all'espletamento delle mansioni pubbliche, confermando la stretta funzionalizzazione dell'attività prestata alla realizzazione dei soli fini istituzionali. Finalità e incombenze che, evidentemente, sono oggetto di una particolare attenzione da parte del pubblico, visto il trattamento differenziale che giustificano rispetto a quello previsto dai delitti contro il patrimonio.

Tirando le somme, gli indizi sulla qualifica che si possono desumere attengono essenzialmente alla natura “funzionale” dell'attività che sottende, perciò mai completamente libera nel fine, che sembra anzi essere esclusivo e indisponibile da parte di coloro che sono chiamati ad attuarlo⁵⁹. In tutte e tre le fattispecie analizzate, infatti, si tende a salvaguardare la distinzione tra gli interessi perseguiti dall'ufficio e quelli particolari di chi lo compone, impedendo ogni forma di utilizzo distonico delle risorse collegate a esso o comunque ricevute in ragione d'esso ⁶⁰. Una salvaguardia

aggiuntivo della “ragione d'ufficio” che determina l'instaurazione del rapporto con la *res*. Una funzione pregnante, che a differenza della prima è dotata di evidenti potenzialità selettive: non si potrà infatti accampare interessi qualsivoglia per lamentare la lesione *funzionale* che la condotta di sottrazione ha prodotto, ma soltanto quelli obiettivamente soddisfatti da quel bene nell'espletamento delle funzioni assegnate all'ufficio e regolate dal diritto.

⁵⁸ Pur non richiedendosi che l'indebito sia corrisposto “per ragione del suo ufficio o del servizio”, si prescrive tuttavia che sia attribuito “nell'esercizio” delle predette incombenze. Ciò avvalorerebbe l'esigenza di un rapporto stretto e attuale tra l'esercizio dell'attività e la percezione del pagamento, “non essendo sufficiente il possesso della sola qualità pubblicistica” (C. BENUSSI, *Diritto penale*, cit., 93; v. inoltre M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, cit., 135, che sposa la tesi del “nesso logico-pertinenziale” tra l'attività esplicata e il ricevere o tenere).

⁵⁹ In tutte e tre le fattispecie analizzate, infatti, si tende a salvaguardare la distinzione tra gli interessi perseguiti dall'ufficio e quelli particolari di chi lo compone, impedendo ogni forma di utilizzo distonico delle risorse collegate a esso o comunque ricevute in ragione d'esso.

⁶⁰ È questo il significato sostanziale che si può attualmente assegnare al concetto di “lealtà” o “fedeltà”, richiamata spesso quale interesse protetto dal Titolo II. Adesso questa lealtà non può più essere declinata come obbligo formale e assoluto di completa obbedienza ai dettami dell'autorità politica, quanto piuttosto come rispetto dei doveri relativi all'uso funzionale dei poteri, in vista del perseguimento dei soli scopi pretipizzati. A tale riguardo si considerino i reati di “Frode in processo penale e depistaggio” (art. 375 c.p.), novellato dalla legge n. 133 del 2016, e di “Omessa denuncia” (artt. 361 e 362 c.p.). Sono norme incriminatrici proprie che si è scelto di lasciare ai margini perché, rispettivamente, *specificano* e *costituiscono* in via primaria un *obbligo*, che trova però la sua fonte direttamente nelle norme penali. A ben vedere, infatti, non si statuisce che quel *depistaggio* o quell'*omissione* debba avvenire in “violazione di doveri” o con “abuso di poteri” inerenti alla funzione o al servizio, perché quell'espressione

particolarmente qualificata, che si distingue da quella comune contenuta nel Titolo XIII proprio per il suo orientamento verso la tutela dell'*integrità* della funzione, piuttosto che del patrimonio⁶¹.

4.2. I reati di concussione

A seguito della l. n. 190 del 2012, il delitto di concussione⁶² è stato suddiviso in due ipotesi incriminatrici differenti, contenute rispettivamente negli artt. 317 e 317-

presupporrebbe la preesistenza, rispetto alla norma penale, di una disciplina che regoli direttamente quegli stessi obblighi (rendendone in tal modo “sintomatica” la presenza, ossia indice di una disciplina “di diritto pubblico”). In sintesi, dunque, si tratta di norme “connotative”, più che “denotative” dei soggetti pubblici, perché contengono fattispecie povere d’indicazioni “descrittive” sulle qualifiche, che aggiungono invece *motu proprio* dei nuovi elementi caratterizzanti. Nondimeno, ai fini del presente studio risultano comunque utili per confermare un dato, ossia che il soggetto pubblico rileva non alla stregua di uno *status personae*, ma nella misura in cui *fa qualcosa*. È la sua attività a interessare, ed è perciò nello svolgimento della stessa che viene obbligato a *non depistare* e a *non omettere di denunciare*. E questo perché la sua posizione *funzionale* lo dovrebbe richiamare a un “dovere di fedeltà”, che si traduce nel “più pregnante rispetto”, in confronto ai privati consociati, “dell’obbligo di agire nell’interesse comune, preminente su ogni altro concorrente valore, cui deve attribuirsi, per l’effetto, considerazione subvalente” (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2017, n. 24557, in www.italgiuregiustizia.it). D’altronde, la rilevanza di tale interesse ai fini dell’identificazione della qualifica viene confermata sia dall’art. 360 c.p., che come già anticipato *Supra*, Cap. I, par. 2.1, collega ancor più chiaramente la posizione soggettiva all’effettiva capacità d’influire con la propria attività sugli esiti dell’azione amministrativa, tanto da riconoscerla anche quando quella qualità sarebbe formalmente cessata; sia dall’esimente contenuta nell’art. 393-bis c.p., che assicura l’impunità all’autore di determinati delitti contro i pubblici ufficiali, quando l’agente pubblico vi abbia “dato causa [...] eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni”. Colui che esercita un’attività pubblica, quindi, non viene lasciato libero di agire sulla base del proprio arbitrio, ma deve sempre rispettare i limiti obiettivi che improntano funzionalmente l’attività che svolge, propedeutici al miglior soddisfacimento dell’interesse assegnato alla sua cura. Diversamente, gli atti compiuti oltre a essere illegittimi sul piano amministrativo, consentono anche di escludere l’antigiuridicità dei fatti a cui hanno dato causa (sul punto si rinvia per tutti a R. PASELLA, *Reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G.L. GATTA, Milano, 2009, 69 ss.; M. ROMANO, *I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 13 ss.).

⁶¹ Non a caso, nel settore amministrativo il concetto di “integrità” viene declinato in senso (per così dire) “qualitativo”, come rispetto dei doveri istituzionali (se non addirittura etici, di onestà e lealtà); e non invece “quantitativo”, quale completezza o mancata *deminutio* di una determinata entità (che risulta quindi “integra” nella misura in cui non sia stata depauperata nel suo ammontare; v. ad esempio l’art. 3 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici).

⁶² Sui delitti di concussione e induzione indebita si rinvia agli scritti di M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012, in Cass. Pen., 2014, 1482 ss.; V. MONGILLO, *L’incerta frontiera: il*

quater c.p. Nella versione attuale, le due fattispecie sono accomunate dall'abuso delle "qualità" o dei "poteri" dell'agente pubblico⁶³, funzionale a costringere (art. 317 c.p.) o indurre (art. 317-*quater* c.p.) il soggetto passivo a dare o promettere indebitamente "denaro o altra utilità" a lui o a un terzo. In quest'ultimo caso, tuttavia, si punisce anche l'*extraneus*⁶⁴, perché la condotta dell'agente pubblico avrebbe un "più tenue valore condizionante"⁶⁵, tale da renderlo più complice che vittima⁶⁶.

discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3, 2013, 166 ss.; M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. Pen.*, 2013, 35 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 1241 ss.; A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3, 2013, 213 ss.; Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 546 ss., con note di S. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, 563 ss. e P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, 568 ss.

⁶³ Sui concetti di abuso dei poteri e delle qualità si veda U 211 ss.; F. INFANTINI, *L'abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, 4 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 99 ss. L'opinione ormai unanime ritiene che essi descrivano una condotta, e non un presupposto del reato (*contra* V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1986, 180), consistente nella strumentalizzazione della propria posizione o, più nello specifico, delle proprie attribuzioni di potere, per il perseguimento di scopi differenti da quelli che ne hanno giustificato l'attribuzione.

⁶⁴ Più che una forma attenuata di concussione, sembra trattarsi di un'ipotesi criminosa più vicina all'orbita dei delitti di corruzione, come dimostra la collocazione sistematica, la struttura della fattispecie, l'irrelevanza della minaccia ai fini della condotta che provoca l'induzione (v. Cass. pen. Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit.), e la cornice edittale, più vicina a quella della corruzione propria (v. M. PELISSERO, *Concussione o induzione indebita a dare o promettere utilità*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO – M. PELISSERO, Milano, 2015, 228).

⁶⁵ Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit. Invero, la concussione nasceva come reato proprio semi-esclusivo, finalizzato a specializzare una tutela già assicurata dal delitto di estorsione (abuso costringitivo) e dalla truffa (abuso induttivo), calandola nel rapporto tra amministrazione e amministrati. Nella prassi applicativa, tuttavia, l'art. 317 c.p. è divenuto una fattispecie a selettività primaria, con la concussione per induzione trasformata in "una sorta di forma minore o larvata di costrizione; come un modo subdolo di costringere, al quale resta del tutto estraneo l'inganno, e che anzi non è vincolato a forme predeterminate e tassative, perché, in definitiva, ciò che conta è la sua idoneità a "influenzare" la volontà, anche solo col mero sintomatico atteggiamento sull'opportunità di provvedere alla dazione" (cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2012, 783 ss.).

⁶⁶ Si è efficacemente parlato di "correoindotto" (M. DONINI, *Il corr(eo) indotto*, cit., 1484) per evidenziare il "paradosso" in cui si trova la controparte della condotte induttiva, un po' vittima un po' concorrente. Ciò spiega la ritenuta inapplicabilità dell'art. 317-*quater* c.p. ai veri e propri casi di minaccia (v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2, nt. 64), e la sua delimitazione alle sole azioni di persuasione, suggestione o allusione ("mai infatti nell'ordinamento penale il destinatario di una minaccia può considerarsi correo", cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2018, 403).

Ai fini della presente indagine, l'aspetto che più interessa e che maggiormente vale a caratterizzare queste fattispecie rispetto alle altre disposizioni del Titolo II, è rappresentato dalla capacità "costrittiva" o "induttiva" delle "qualità" e dei "poteri" abusati⁶⁷. La norma ci dice infatti che attraverso lo sfruttamento della sua posizione o delle sue attribuzioni, l'*intraneus* può essere in grado di condizionare la libertà di autodeterminazione della controparte, pregiudicandone con intensità crescente la capacità di scelta. In particolare, nel primo caso il condizionamento attinge addirittura i livelli della "costrizione", perché qui l'abuso delle qualità o dei poteri è strumentale alla prospettiva di un vero e proprio danno "ingiusto in senso giuridico"⁶⁸, che si sceglie di evitare con l'indebita dazione. Nel secondo caso, invece, l'effetto condizionante è più lieve, e tuttavia l'*extraneus* si determina a promettere o corrispondere comunque la prestazione *non iure* perché animato dalla prospettiva "di conseguire un indebito tornaconto personale"⁶⁹. In entrambe le ipotesi, sia il danno che si cerca di evitare, sia il vantaggio che s'intende capitalizzare, dipendono dallo sfruttamento della posizione o delle facoltà giuridiche riconosciute al titolare della qualifica.

⁶⁷ La distinzione tra strumentalizzazione dei "poteri" e perversione della "qualità" passa per l'attinenza o meno dell'atto intimidatorio alle "specifiche funzioni" del concussore, rientranti cioè nella sua "competenza funzionale" (v. Cass. Pen., 2 luglio 2018, n. 29661, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. Pen., Sez. VI, 13 gennaio 2017, n. 8512, in www.italgiure.giustizia.it).

⁶⁸ Cass. pen. Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit.

⁶⁹ Cass. pen. Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit. Come evidenziato, tra gli altri, da M. DONINI, *Il corr(eo) indotto*, cit., 1489), il riferimento ai parametri del "danno" temuto o del "vantaggio" perseguito dall'*extraneus* costituiscono in qualche modo una correzione della "tipicità oggettiva della fattispecie" (compiuta peraltro sfruttando indici già impiegati per cercare di distinguere l'induzione della c.d. concussione ambientale dalle vere e proprie ipotesi di corruzione, cfr. Cass., Pen., Sez. VI, 26 luglio 1996, n. 7555, in CED 205880; sul punto si rinvia a T. PADOVANI, *Il confine conteso*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1999, 1302 ss.). Una *correzione* necessaria, tuttavia, per cogliere il senso politico-criminale dell'equiparazione dell'indotto "a un vero concorrente"; *contra* G.L. GATTA, *La minaccia*, cit., che propone "di abbandonare la strada che cerca di risolvere il problema valorizzando la dicotomia minaccia di male 'ingiusto' – minaccia di male 'giusto' [...] l'attenzione va dunque polarizzata sul carattere aggressivo (sopraffattorio) della minaccia e della concussione. Non va dimenticato quel che ha ricordato Carrara nel suo *Programma*: l'origine latina del termine 'concussione' rappresenta l'idea dello scuotere un albero per farne cadere i frutti [...] Ci troviamo allora di fronte a un fatto di concussione se possiamo dire che la volontà del privato è stata coartata: che egli ha fatto quel che non avrebbe fatto se fosse stato libero di determinarsi e non invece sopraffatto dall'abuso di potere del pubblico ufficiale, che ha preso corpo in una vera e propria minaccia. Siamo invece di fronte a una induzione indebita se possiamo dire che, in assenza di una minaccia, anche solo implicita, il privato ha fatto quel che ha liberamente voluto fare, allettato dalla prospettiva di una qualche utilità resa possibile (occasionata) proprio dall'abuso di potere del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio), con il quale è sceso a patti".

Secondo queste due norme, dunque, il titolare del ruolo “pubblico” descritto dal codice penale dev’essere dotato di attribuzioni che gli consentano, tra l’altro, di produrre modificazioni (favorevoli o sfavorevoli) delle altrui sfere giuridiche⁷⁰, senza che i rispettivi titolari possano opporvisi⁷¹. In caso contrario, infatti, l’agente non avrebbe a disposizione alcuno strumento in grado di condizionare la controparte, e sarebbe costretto a ricorrere alle *comuni* violenze o minacce che caratterizzano il delitto

⁷⁰ Non si spiegherebbe altrimenti come l’effetto costringitivo o induttivo possa essere provocato anche dall’esercizio formalmente legittimo dei poteri (quando prospettato al fine di conseguire uno scopo illecito, v. per tutti Cass. pen. Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2010, n. 45034, in *CED* 249030).

⁷¹ Il concetto riecheggia il noto schema “norma-potere-effetto” frequentemente richiamato dalla dottrina amministrativistica per descrivere le situazioni nelle quali la legge rimette la possibilità di produrre una determinata conseguenza giuridica alla sola scelta dell’Amministrazione (la paternità è di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 359). In questo senso, quindi, l’esistenza di uno spazio decisionale in capo alla P.a. costituirebbe il criterio decisivo per distinguere gli atti espressivi di un potere sostanziale (l’autorità decide gli effetti che il suo atto andrà a produrre) da quelli derivanti da un potere c.d. formale (l’atto produce effetti già predeterminati al momento della sua adozione) o dagli atti meri (ossia meramente ricognitivi di effetti imputabili ad altre norme o provvedimenti). A tal proposito, la giuspubblicistica prevalente ritiene che siano espressione di un potere “sostanziale” esclusivamente gli atti discrezionali. Gli atti vincolati (artt. 19, comma 1, 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 e 31, comma 3 c.p.a.), invece, avrebbero valore dichiarativo (perché le norme di legge o i c.d. autovincoli della P.a. avrebbero esaurito ogni spazio decisionale al momento della loro deliberazione, v. *ex multis* A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1250), o tutt’al più, sarebbero espressione di un potere formale (con tutto ciò che ne consegue relativamente a posizioni soggettive del privato, riparto di giurisdizione e ampiezza del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, v. ad esempio Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 547, in www.giustizia-amministrativa.it). Non è questa la sede per approfondire l’argomento (si veda volendo l’interessante contributo di F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell’atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 111 ss., disponibile anche in una diversa versione su *Federalismi.it*, 2017, e i riferimenti ivi indicati). Ai nostri fini, però, più che la distinzione in sé tra attività discrezionale e vincolata, interessa la natura costitutiva o meramente ricognitiva degli effetti prodotti: come abbiamo osservato, infatti, la capacità costringitiva o induttiva dell’azione concussiva discende dall’abuso di attribuzioni che permettono di fare ciò che ai privati ordinariamente non è consentito, ossia incidere unilateralmente sugli interessi altrui (c.d. principio d’intangibilità delle sfere giuridiche individuali, che nel suo significato minimo preclude ai privati di pregiudicare soggetti terzi senza il loro consenso). Pertanto, una volta accertata la natura “costitutiva” dell’atto considerato, poco interessa se il suo contenuto sia stato deciso dal suo autore oppure già predeterminato (o altresì se sia espressivo di un potere sostanziale o meramente formale), perché in entrambi le ipotesi sarà comunque in grado di interferire direttamente e unilateralmente sulle situazioni giuridiche soggettive dei terzi, attestando la natura *potestativa* del potere adoperato. Negli altri casi, invece, l’attività considerata costituirà l’esercizio di attribuzione meramente esecutive o materiali, ricadenti perciò, e non a caso, al di sotto del c.d. limite inferiore del confine pubblico-privato (art. 358, comma 2 c.p.; v. *Supra*, par. 3).

di estorsione, o agli artifici e raggiri della truffa⁷². In questo senso, la funzione politico-criminale degli artt. 317 e 317-*quater* si può cogliere proprio nella strumentalizzazione indebita della posizione di “supremazia”⁷³, che la legge riconosce al soggetto pubblico in funzione della migliore attuazione dell’interesse generale, ma di cui egli invece abusa per finalità egoistiche e predatorie⁷⁴.

In conclusione, perciò, i delitti di concussione illuminano la natura tendenzialmente “asimmetrica” della relazione che deve intercorrere tra *intraneus* ed *extraneus*. *Asimmetria* che ci consente di supporre che le funzioni pubbliche avute a mente dal legislatore all’atto di descrivere l’autore di questi reati, debbano essere caratterizzate non soltanto dall’esclusività e indisponibilità dello scopo da raggiungere, ma anche dalla “posizione di preminenza”⁷⁵ assegnata a colui che viene incaricato di perseguirlo⁷⁶, intesa nel suo contenuto minimo di capacità costitutiva di effetti giuridici nell’altrui sfera giuridica⁷⁷.

⁷² Cosa che renderebbe inspiegabile anche la punibilità dell’indotto, dato che gli artt. 48 e 54, comma 3 c.p. escludono che si possa sanzionare chi ha commesso il fatto a causa dell’inganno o della minaccia del terzo.

⁷³ Che sia questo, o meglio che sia sempre stato questo il nucleo concettuale del reato lo conferma anche Francesco Carrara, quando nei paragrafi 2566 e ss. del suo più volte citato *Programma del corso di diritto criminale*, afferma che la concussione si specializza nella tradizione giuridica romanica e italiana per descrivere il “fatto di coloro che estorcono un lucro da altri *metu publicae potestatis*. Se ad ottenere l’indebito lucro si è minacciato soltanto l’uso della forza privata, non più si ha il delitto contro la pubblica giustizia, e nascono i titoli di estorsione, o di furto violento”. In sintesi, perciò, senza la posizione di supremazia “pubblica”, che per Carrara costituisce evidentemente la sola capace di attribuire “potestà” in grado di condizionare la sfera giuridica dei terzi, non resterebbe altra via al reo per condizionare la volontà del soggetto passivo, che ricorrere alla violenza o minaccia che caratterizzano “l’estorsione, o il furto violento” (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, V, Lucca, 1870, 129). Invero, come si è già osservato *Supra*, Cap. III, par. 2 e come si avrà modo di dimostrare più nello specifico *Infra*, Cap. V, par. 2, la dicotomia pubblico-privato appare tutt’altro che decisiva nell’opera di delimitazione delle potestà giuridiche in grado di influire sulle situazioni soggettive altrui.

⁷⁴ Attualmente è lo sviamento dallo scopo istituzionale a contraddistinguere l’abuso concussivo, non la patrimonialità del suo corrispettivo. Ciò è confermato anche dal utilizzo del concetto di “utilità” come predicato della prestazione della controparte: come più volte ribadito dalla giurisprudenza, infatti, la genericità del termine permette di punire qualunque attribuzione che rappresenti “un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale”, purché “oggettivamente apprezzabile” (cfr. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 6 febbraio 2014, n. 17397, in www.italgiure.giustizia.it).

⁷⁵ Così la chiama la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. Pen., Sez. VI, 2 luglio 2018, n. 29661, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, 22 ottobre 1997, n. 5548, in www.iusexplorer.it.

⁷⁶ Il riferimento alla *sovraordinazione* del soggetto pubblico nell’esercizio delle sue funzioni rappresenta ormai un *locus* retorico per i penalisti, che lo considerano come una sorta di “dato di fatto” collegato a postulati non meglio precisati degli ordinamenti a diritto amministrativo. In questo caso, invece, il concetto viene ricavato direttamente dall’interpretazione di una norma di parte speciale, ed è adoperato

4.3. I reati di corruzione

Gli artt. 318 e 319 c.p. disciplinano i delitti di corruzione⁷⁸. Si tratta di reati propri esclusivi a concorso necessario⁷⁹, che nell'impostazione originaria del codice erano organizzati in due fattispecie distinte ed eterogenee, incentrate entrambe sulla compravendita di un atto del soggetto pubblico (c.d. modello mercantile)⁸⁰, ma distinte a seconda della sua natura lecita (c.d. corruzione impropria, di cui all'originario art. 318 c.p.) oppure illecita (c.d. corruzione propria, art. 319 c.p.).

Questa dicotomia è stata superata prima dalla giurisprudenza, e in seguito dal legislatore, attraverso la l. n. 190 del 2012⁸¹. Con questa riforma il Parlamento ha inteso adempiere agli obblighi internazionali incombenti sull'Italia⁸², e colmare la divaricazione tra il tenore letterale delle norme e il significato assunto nel diritto

non in senso meramente descrittivo o retorico, ma in funzione connotativa (e pertanto delimitativa) della qualifica che ne condiziona l'ambito applicativo.

⁷⁷ Se a questo contenuto minimo si aggiunge anche la presenza di uno spazio decisionale autonomo (v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2, nt. 71), l'agente starà invece esercitando un potere autoritativo ex art. 357, comma 2, c.p., e sarà dunque classificabile come pubblico ufficiale (per approfondimenti sul punto si veda *Infra*, Cap. IV, par. 9).

⁷⁸ Tra gli studi più recenti in argomento si segnala F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 805 ss.; G. COCCO, *La corruzione generica a quattro anni dalla riforma. Questioni dogmatiche e applicative*, in *Ind. Pen.*, 2017, 7 ss.; M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione 'impropria'*, in *Arch. Pen.*, 2013, 15 ss.; L. PICOTTI, *La recente legislazione penale contro la corruzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, 2016, 405 ss. Si veda inoltre S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 951 ss., che contiene anche un'interessante ricostruzione storica dei reati di corruzione dal periodo post-unitario alla prima metà degli anni 90.

⁷⁹ C. BENUSSI, *Diritto penale*, cit., 240 ss.; G. COCCO, *La corruzione*, cit., 7; M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione*, cit., 19; Cass. Pen., Sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 9047, in www.italgiure.giustizia.it.

⁸⁰ Sulle caratteristiche di questo approccio e sui possibili effetti collaterali derivanti dal suo accantonamento si veda per tutti A. SPENA, *"Chi lascia la strada vecchia per la nuova..." perché una riforma dei delitti di corruzione non dovrebbe abbandonare il modello mercantile*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2014, 1089 ss.

⁸¹ Per uno studio delle modifiche apportate e delle novità introdotte dalla c.d. legge Severino al sistema repressivo penale e preventivo amministrativo si veda per tutti AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO, Torino, 2013.

⁸² Si veda in particolare la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999 e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione di Merida del 2003.

vivente⁸³, che aveva da tempo svilito il requisito dell'atto d'ufficio per tentare di reprimere le nuove forme di corruzione scoperte a seguito dell'inchiesta "Tangentopoli", quali la c.d. messa a libro paga e la corruzione sistemica⁸⁴.

Il quadro che ne è conseguito consta sempre di due fattispecie, poste però in rapporto di genere a specie: accanto all'art. 319 c.p. che disciplina ancora l'ipotesi più specifica (e formalmente più grave⁸⁵) di corruzione propria, infatti, si è affiancata la c.d. "corruzione per l'esercizio della funzione" regolata dal nuovo art. 318 c.p.⁸⁶. Con questa nuova norma si amplia il tradizionale precetto della corruzione impropria, passando dalla descrizione del mercimonio di un "atto" conforme all'ordinamento, a quello commesso "per l'esercizio della funzione". Adesso perciò si sanziona espressamente non soltanto il privato e il soggetto pubblico che si accordano per realizzare "un atto contrario ai doveri dell'ufficio"⁸⁷ dietro la promessa o la corresponsione, per sé o per un terzo, di denaro o altra utilità, ma anche la condotta consistente nella remunerazione o promessa di remunerazione del soggetto pubblico

⁸³ V. Cass. Pen., Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 49226, in www.italggiure.giustizia.it; v. inoltre A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 1033 ss., il quale evidenzia come la giurisprudenza *post-riforma* tenda comunque a ricondurre l'esercizio *illegittimo* della funzione all'art. 319 c.p., essenzialmente per ragioni connesse all'inadeguatezza della comminatoria edittale dell'art. 318 c.p.: "In un simile contesto, il perimetro della disposizione incriminatrice non sembra più dipendere dal significato dell'enunciato normativo", che cede il passo "a letture 'funzionali', a ricostruzioni teleologiche della fattispecie, avulse dal quadro sistematico". Si tratta dell'ennesima riproposizione del paradigma del giudice di scopo analizzato *Supra*, Cap. III, par. 3.2.

⁸⁴ In merito all'eredità della "rivoluzione dei giudici" della prima metà degli anni novanta e all'evoluzione delle forme di manifestazione dei fenomeni corruttivi da allora si rinvia per tutti a P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione*, cit., 2008, 264 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 25 ss.; T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli"* cit., 448 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3 ss.

⁸⁵ Scelta che desta invero più di qualche perplessità, v. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto*, cit., 18.

⁸⁶ Accanto a queste due fattispecie si pongono poi i reati d'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), e di corruzione dei funzionari e agenti dell'UE ed equiparati, dei membri delle istituzioni eurounitarie e dei pubblici agenti degli stati membri, dei giudici, procuratori funzionari e agenti della C.P.I., nonché dei privati concorrenti necessari o istigatori (art. 322-bis c.p.).

⁸⁷ Nello specifico si punisce il pubblico ufficiale (art. 319) o l'incaricato di un pubblico servizio (art. 320), che accetta l'illecita dazione o promessa per omettere o ritardare un atto ovvero per compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio (c.d. corruzione propria antecedente), oppure per aver omesso o ritardato un atto ovvero per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio (c.d. corruzione propria susseguente).

“per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri”, a prescindere dalla individuazione di uno specifico atto, o altresì della sua conformità o contrarietà all’ordinamento⁸⁸.

Al netto di queste differenze, tuttavia, entrambe le ipotesi criminose descrivono il perfezionamento di una pattuizione tra un privato e un soggetto qualificato, avente a oggetto l’attività pubblica svolta da quest’ultimo. L’accordo deve prevedere la dazione o la promessa di denaro o di “altra utilità” da parte del privato⁸⁹. La prestazione, perciò, non deve necessariamente avere a oggetto una “cosa”, potendo consistere pure in un *facere* o in un *non facere* vantaggioso per la controparte, o per il terzo in favore del quale quella prestazione viene accettata⁹⁰.

Una volta concluso l’accordo, il reato si perfeziona, a nulla rilevando la sua futura esecuzione. Addirittura si punisce quell’accordo anche se intervenuto successivamente all’adozione dell’atto o all’esercizio della funzione, legittimo o illegittimo che sia. Pertanto, il richiamo al buon andamento⁹¹ o alla gratuità⁹² delle pubbliche funzioni quale *ratio puniendi* dei delitti di corruzione non sembra cogliere nel

⁸⁸ Come sottolineato, tra gli altri, da T. PADOVANI, *Metamorfosi*, cit., 784, infatti, “il richiamo all’esercizio delle funzioni o dei poteri quale scopo o causa della condotta non autorizza affatto ad inferire che debba trattarsi di un esercizio legittimo, e cioè svolto in presenza dei presupposti e con l’osservanza dei doveri che ne definiscono ambito e contenuti. La nozione di esercizio delle funzioni o dei poteri appare, invece, tanto generica e comprensiva da includere, nel proprio ambito, sia l’attività conforme ai doveri d’ufficio ed alle finalità istituzionali, sia quella che si svolga in violazione di tali doveri o frustrando lo scopo per cui potere e funzione sono attribuiti”; *contra* M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 137; v. inoltre Cass. Pen., Sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33032, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. Pen., Sez. VI, 10 ottobre 2017, n. 46492, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. Pen., Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 40237, in www.italgiure.giustizia.it, contrarie essenzialmente per ragioni di dosimetria del trattamento sanzionatorio.

⁸⁹ Così come nei delitti di concussione (v. *Supra*, par. 6.2), la giurisprudenza ha fatto leva sulla genericità semantica dell’espressione “utilità” per ricomprendere nella sua nozione tutte quelle prestazioni in grado di soddisfare un interesse della controparte, anche se di carattere non patrimoniale (si veda ad esempio Cass. Pen., Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 31564, in www.italgiure.giustizia.it, relativa a un caso in cui il privato ha offerto “favori sessuali” in cambio di atti contrari ai doveri d’ufficio dell’agente). La rilevanza penale del mercimonio è stata così svincolata dalla sua onerosità.

⁹⁰ Così come nei delitti di concussione (v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2), la giurisprudenza ha fatto leva sulla genericità semantica dell’espressione “utilità” per ricomprendere nella sua nozione tutte quelle prestazioni in grado di soddisfare un interesse della controparte, anche se di carattere non patrimoniale (si veda ad esempio Cass. Pen., Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 31564, in www.italgiure.giustizia.it, relativa a un caso in cui il privato ha offerto “favori sessuali” in cambio di atti contrari ai doveri d’ufficio dell’agente). La rilevanza penale del mercimonio è stata così svincolata dalla sua onerosità.

⁹¹ V. *ex multis* R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.a.*, Milano, 1984, 305.

⁹² Si segnala in particolare M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 141; R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 114; R. VENDITTI, *Corruzione* (voce), in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 755 ss.

segno. Invero, il corretto funzionamento delle Amministrazioni può essere pregiudicato dall'esecuzione dell'accordo, non già dalla sua sola stipula. Per quel che concerne il divieto di venalità, invece, nei reati di corruzione l'accettazione delle prebende non viene punita di per sé, ma per il suo collegamento con l'esercizio delle attività pubbliche⁹³.

Secondo una parte della dottrina, le divergenze strutturali esistenti tra le due fattispecie le orienterebbero verso prospettive di tutela differenti⁹⁴. Nondimeno, una volta calate nella realtà in cui ambiscono a operare, la funzione che le accomuna diventa più evidente, e aiuta a compiere un altro passo in avanti nella comprensione della qualifica che si sta interpretando. Come noto, infatti, l'attività amministrativa consiste nell'organizzazione di una collettività verso la realizzazione di un determinato scopo, che rappresenta la causa del potere attribuitole⁹⁵. La misura in cui quegli scopi possono essere realizzati è lasciata spesso al "discrezionale" apprezzamento della P.a., cui si assegna il compito di bilanciare gli interessi in gioco in modo tale da assicurare *in concreto* il miglior perseguimento dell'interesse pubblico affidatole⁹⁶, col minor sacrificio degli altri⁹⁷. In questi casi, dunque, non esiste un'unica soluzione, ma più

⁹³ Sul punto si rinvia alle penetranti osservazioni di S. SEMINARA, *Gli interessi*, cit., 960 ss.

⁹⁴ V. M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO – M. PELISSERO, Milano, 2015, 263 ss.; S. SEMINARA, *Gli interessi*, cit., 982; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 192 ss.; F. TAGLIARINI, *Il concetto*, cit., 153.

⁹⁵ Per approfondirne peculiarità e caratteristiche si veda M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 982 ss.; B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa* (voce), in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 520 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, VI, 2002, 75 ss.

⁹⁶ La P.a. agisce in modo "discrezionale" tutte le volte in cui la legge non indica puntualmente le linee operative da seguire nello svolgimento della sua attività. Si lascia all'Amministrazione uno spazio valutativo, all'interno del quale rimane "libera" (v. *Infra*, Cap. IV, par. 4.3, nt. 98) di decidere quale sia il comportamento lecito migliore per soddisfare l'interesse pubblico che sta curando (per approfondimenti v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 1993 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 309 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 107 ss.).

⁹⁷ Come ribadito di recente nell'importante pronuncia Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964, in www.giustizia-amministrativa.it "il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva

soluzioni possibili, tutte egualmente legittime. Tra di esse, spetta alla P.a. decidere quale sia anche la più “opportuna”, sulla base delle valutazioni c.d. “di merito amministrativo”, che rappresentano il cuore della sua attività⁹⁸.

In un contesto del genere, la scelta di punire sia la corruzione antecedente sia quella susseguente, anche nella sua forma impropria, può essere interpretata come il tentativo di evitare la surrettizia “presa in carico” d’interessi differenti da quelli che motivano le prerogative dell’agente, condotta resa in molti casi ancora più insidiosa dallo schermo che il merito amministrativo può offrire⁹⁹. Il perfezionamento del *pactum sceleris*, infatti, fotografa l’interferenza di un portatore d’interessi estraneo nel rapporto tra il soggetto e l’attività che qualifica il suo ufficio¹⁰⁰, caratterizzata invece dall’indisponibilità ed esclusività del fine perseguito¹⁰¹. Ciò pone in pericolo

quale elemento sintomatico della correttezza dell’esercizio del potere discrezionale in relazione all’effettivo bilanciamento degli interessi”.

⁹⁸ Anche quando discrezionali, infatti, le decisioni della P.a. non possono mai essere arbitrarie, essendo come detto sempre funzionalizzate al miglior perseguimento dell’interesse affidatole. Pertanto, pure in questi casi la scelta della soluzione da adottare sarà influenzata da regole predeterminate, tuttavia di tipo non giuridico e c.d. di “buona amministrazione”, tese a indicare quale tra le opzioni legittime a disposizione, sia anche la più opportuna e conveniente in rapporto alla finalità che si vuole conseguire. Per approfondimenti sul merito amministrativo, oltre ai riferimenti negli studi già citati *Supra*, Cap. IV, par. 3.2., nt. 96, v. A. AMORTH, *Il merito dell’atto amministrativo*, Milano, 1939; C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1941, 131 ss.; P.G. PONTICELLI, *Merito amministrativo e giurisdizione di merito* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

⁹⁹ A prescindere dalla condivisione di un certo “scetticismo sulla vincolatezza”, ossia di una certa qual scepse sulla plausibilità teorica e sulla possibilità pratica di distinguere nettamente le attività discrezionali da quella vincolate (v. F. FOLLIERI, *Decisione*, cit., 123 ss.), si deve sottolineare che il disvalore delle condotte corruttive permane anche in queste. È ben possibile, infatti, che il funzionario si accordi per omettere l’atto o ritardarlo (art. 319 c.p.), o altresì che, pur mantenendosi formalmente nell’ambito del legittimo esercizio delle sue prerogative (art. 318 c.p.), “anteponga il compimento di atti, che interessano privati in grado di offrire remunerazioni maggiori, al compimento di atti, che interessano altri privati” (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 142), oppure frapponga impedimenti procedurali pretestuosi per favorire la promessa o la ricezione di un indebito. Com’è già stato segnalato in dottrina, inoltre, l’accettazione di denaro per compiere un atto d’ufficio potrebbe col tempo agevolare anche l’accettazione di un compenso per la realizzazione di un atto illegittimo o di un comportamento illecito (v. G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 1979, 336).

¹⁰⁰ Per un’analisi più specifica della struttura empirica della corruzione si rinvia a D. DELLA PORTA – A. VANNUCCI, *Centripetal versus centrifugal corruption A framework for the analysis of corrupt exchange and hidden governance structures*, in anticorrupt.eu, 2014; A. SPENA, *Il “turpe mercato”*, cit., 1 ss.

¹⁰¹ Si veda in proposito quanto scritto a riguardo dei delitti di peculato, v. *Supra*, par. 6.1.

l'imparzialità dei processi di scelta, essenziale per assicurare il miglior conseguimento degli interessi pubblici assegnati alla sua cura¹⁰².

In ultima analisi, dunque, queste fattispecie sembrano suffragare l'esistenza di un dovere di estraneità del soggetto pubblico rispetto alle possibili interferenze di altri gruppi d'interesse, finalizzato a preservarne la neutralità e oggettività di valutazione¹⁰³. Sono queste, infatti, le chiavi per garantire a un tempo l'esclusività del fine perseguito, e la parità di trattamento dei destinatari diretti e indiretti dell'azione amministrativa. I delitti di corruzione, pertanto, sembrano trovare la loro ragion d'essere nella natura "imparziale" dell'attività che sottendono, e che mirano a garantire punendo ogni forma di collateralismo clientelare o mercantile collegata al *munus publicum*¹⁰⁴.

¹⁰² Come noto, il concetto d'imparzialità viene spesso invocato quale bene giuridico di categoria del Titolo II. Ciò soprattutto in forza dell'art. 97, comma 2, Cost., che lo elegge assieme al principio di legalità e buon andamento quale uno dei fondamentali pilastri "sui quali poggia l'intero statuto costituzionale dell'amministrazione italiana" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2009, n. 2070, in www.giustizia-amministrativa.it). In ambito penale viene solitamente interpretato alla stregua di un divieto di discriminazione (v. *Supra*, Cap. III, par. 3.1), e così confondendolo in qualche modo col principio di eguaglianza (che ha invece un contenuto e una portata affatto differente, v. H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004). In ambito giuspubblicistico, invece, la definizione è alquanto più complessa, e diversamente modulata a seconda dei diversi settori amministrativi in cui viene in ballo (si rinvia per tutti agli studi di P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 25 ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento*, in *Dig. Disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, 131 ss.).

¹⁰³ Punendo l'accordo tra l'*intraneus* e l'*extraneus*, l'amministrazione cerca di prevenire i pericoli derivanti dalla mancanza di obiettività nell'attività di giudizio e di scelta delle azioni amministrative. Come visto, infatti, non rileva la patrimonialità dello scambio (del tutto marginalizzata anche nella prassi applicativa), o l'adozione di un atto effettivamente lesivo per l'efficienza o efficacia della P.a., quanto piuttosto l'instaurazione di un rapporto di cointeressenza tra l'amministratore e l'amministrato, suggellato dal reciproco scambio di prestazioni verso cui si ha interesse, e che attengono all'esercizio di pubbliche funzioni. Il disvalore, pertanto, risiede proprio nel pericolo che il decisore pubblico inizi a porre questi interessi quale scopo ultimo dell'esercizio della sua funzione, tralasciando invece quelli che ne rappresentano la causa. Dunque, l'imparzialità sembra rappresentare una componente essenziale della "pubblicità" che si vuole salvaguardare.

¹⁰⁴ Il legislatore cerca di garantire la funzionalizzazione (all'interesse pubblico) dell'azione amministrativa nel quadro di un'attività marcatamente relazionale, che porta fisiologicamente chi la esplica a contatto con numerosi attori interessati alle modalità e all'esito della sua azione. Si comprende, pertanto, la ragione del frequente richiamo al tema della "fiducia dei consociati" nei delitti di corruzione (v. ad es. M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, cit., 298): in questi casi, infatti, sullo sfondo del rapporto che il soggetto intrattiene con l'attività che svolge, si staglia sempre il *pubblico* dei consociati a cui essa è funzionale, che vanta "la legittima aspettativa – o, se si vuole, il diritto – a che quell'attività venga esercitata esclusivamente nel pubblico interesse" (G. DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. Pen.*, 2015, 872). La protezione di questo intreccio relazionale, o meglio la garanzia del corretto interfacciarsi tra funzionari e portatori d'interessi, è assicurato proprio dalla tutela dell'imparzialità della funzione, che rappresenta pertanto la vera e propria ragione sostanziale dell'incriminazione.

4.4. Il reato di abuso d'ufficio

L'abuso d'ufficio rappresenta *l'ultimo* dei reati propri contro la Pubblica amministrazione¹⁰⁵. Si tratta infatti di un'incriminazione *de residuo* (“salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”), nata per reprimere “quei comportamenti dei pubblici ufficiali che, pur essendo illegittimi, non rientrerebbero in un titolo specifico di reato”¹⁰⁶.

A partire dagli anni 90, l'art. 323 c.p. è stato oggetto di numerosi interventi di riforma, animati dal dichiarato scopo di limitare le “ingerenze” della magistratura requirente negli affari amministrativi¹⁰⁷. Dopo le ultime modifiche apportate al precetto dalla l. n. 234 del 1997, esso punisce il soggetto pubblico che ha “intenzionalmente” procurato ad altri un danno ingiusto, o altresì ha garantito a sé o ad altri un vantaggio

¹⁰⁵ A riguardo si segnalano i contributi di G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1633 ss.; M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2860 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 241 ss.; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro It.*, 1999, 329 ss.; A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997 n. 234 – Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1997, 741 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76 ss.; F. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo*, Torino, 2002; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli 2011, 729 ss.

¹⁰⁶ Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 7, in giurcost.org.

¹⁰⁷ Si è parlato d'indebita “supplenza giudiziaria”, evocando la violazione di un principio, la separazione dei poteri (v. *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di A.A. DALIA, in AA.VV., *Modifica dell'abuso d'ufficio e nuove norme sul diritto di difesa. Commento*, Milano, 1997) che invero sottende proprio il controllo del giudice sulla legalità dell'amministrazione (M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità*, cit., 2864 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo*, cit., 28 ss.; A. MERLI, *Il controllo*, cit., 8). Vero è, comunque, che la formulazione iniziale della fattispecie, nel combinato disposto con l'incriminazione dell'interesse privato in atti di ufficio (art. 324 c.p.) e l'originaria ipotesi di omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p., v. *Infra*, par. 6.5), contribuiva a delineare uno “statuto penale della p.a., i cui confini inferiori, destinati a segnare la distanza dalla illiceità amministrativa non “criminosa”, apparivano ben poco stabili” (cfr. A. VALLINI, *L'abuso*, cit., 260).

patrimoniale ingiusto, come conseguenza della dolosa “violazione di norme di legge o di regolamento” commessa nello svolgimento delle sue attribuzioni¹⁰⁸.

Rispetto al passato, dunque, si è cercato di caratterizzare la fattispecie in modo più netto, con l'intento di differenziarla maggiormente dalle ipotesi di mera illegalità amministrativa¹⁰⁹. In questo senso, si è precisato che la condotta deve avvenire “nello svolgimento delle funzioni o del servizio”¹¹⁰, e si è riproposto il requisito dello sviamento dell'attività pubblica, nella più restrittiva veste, però, di evento realizzato di proposito: il soggetto pubblico, infatti, deve aver agito per procurare “intenzionalmente”¹¹¹ a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale¹¹², oppure un danno, qualificati peraltro per la prima volta come “ingiusti” (requisito della c.d. “doppia ingiustizia”¹¹³). Infine, si è sostituito il riferimento al concetto di “abuso” contenuto nel precetto, con quello della “violazione di norme di legge o di regolamento”. Con questa

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 6-bis l. n. 241 del 1990, rientra oggi in queste ipotesi anche la mancata astensione “in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”.

¹⁰⁹ Si tenta quindi di ripristinare la sussidiarietà dell'intervento repressivo, selezionando soltanto quelle condotte ritenute più qualificate, e pertanto bisognose di una sanzione penale.

¹¹⁰ Si è utilizzato un'espressione ancora differente da quella impiegata, ad esempio, nell'art. 314 c.p. e nell'art. 316 c.p., per cercare di escludere dalla fattispecie tutti gli atti che, sebbene contestuali all'esercizio della funzione, siano stati compiuti soltanto “in occasione” della stessa, o consistano in un mero abuso della qualità pubblica rivestita, senza un diretto collegamento alle attribuzioni concretamente svolte (v. per tutti A. VALLINI, *L'abuso*, cit., 277 ss.).

¹¹¹ Ossia deve avere avuto come «obiettivo immediato e diretto» la realizzazione dell'evento (c.d. dolo intenzionale, v. *ex multis* Cass. Pen., Sez. III, 17 marzo 2016, n. 31865, in www.italgiure.giustizia.it; sulle problematiche di accertamento, specie laddove l'agente persegua altri fini oltre a quello stigmatizzato, v. per tutti T. PADOVANI, *Commento all'art. 1*, cit., 748; A. VALLINI, *L'abuso*, cit., 323 ss., e la giurisprudenza ivi richiamata).

¹¹² L'esaltazione del profilo patrimoniale rappresenta una scelta che ha lasciato perplessa la dottrina, e che non appare in linea col resto delle ipotesi incriminatrici analizzate fino ad ora. Adesso, peraltro, contrasta pure con le prescrizioni della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione di Merida del 2003, che ha richiesto agli Stati firmatari di criminalizzare ogni abuso d'ufficio commesso intenzionalmente allo scopo di ottenere un indebito vantaggio per sé o per altri, a prescindere dal profilo della patrimonialità.

¹¹³ Alla *violazione di legge* che rende ingiusta la condotta, infatti, il legislatore ha aggiunto anche la specificazione dell'*ingiustizia* dell'evento che ne deriva, restringendo così ulteriormente il perimetro della fattispecie alle sole condotte che avvantaggiano o pregiudicano chi effettivamente non ne ha titolo. Questa scelta si pone idealmente in continuità con la tendenza del diritto amministrativo a non sanzionare con l'annullamento gli atti affetti da vizi meramente formali (v. art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990), tendenza che fa il paio con il progressivo spostamento dell'oggetto del processo amministrativo dall'atto al rapporto sostanziale che sottende, come dimostrano le disposizioni del recente codice del processo amministrativo, che a tacer d'altro hanno finalmente consentito di ritenere proponibili le azioni di accertamento c.d. atipiche (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it).

modifica, il legislatore mirava sia a limitare le fonti adoperabili dal giudice per sindacare le scelte dell'amministrazione¹¹⁴, sia a escludere la rilevanza penale dell'eccesso di potere, vero e proprio pomo della discordia nella dialettica venutasi a creare tra P.a. e autorità giudiziaria nella prassi¹¹⁵.

Mettendo da parte in questa sede l'analisi della coerenza politico criminale delle soluzioni compendiate nel nuovo tipo¹¹⁶, ci si deve porre adesso nella prospettiva dell'autore, cercando ancora una volta di cogliere tutti gli spunti descrittivi che il precetto ci offre.

In linea generale, la norma "racconta" di una persona che sta svolgendo un'attività che gli è stata previamente assegnata, consistente nel compimento di una funzione o nella prestazione di un servizio giuridicamente disciplinati e da condursi in assenza di conflitti d'interesse¹¹⁷. Quest'attività è rilevante *per il pubblico* e caratterizzata dall'esercizio di *potestà*, visto che soggetti terzi possono essere pregiudicati o favoriti in dipendenza della sola scelta di colui che la svolge¹¹⁸. Stando a quanto osservato, perciò, l'art. 323 c.p. sembra presupporre che l'ufficio ricoperto dall'agente attribuisca dei poteri, disciplinati non soltanto nell'*an* (altrimenti basterebbe

¹¹⁴ Si veda in proposito C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 332 ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1*, cit., 743.

¹¹⁵ V. *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di A.A. DALIA, in AA.VV., *Modifica dell'abuso d'ufficio e nuove norme sul diritto di difesa. Commento*, Milano, 1997, 329. Lo scopo era essenzialmente precludere il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, con l'intento anche di impedire indebite intromissioni nelle valutazioni di merito amministrativo riservate alla sola P.a. (ma a riguardo si vedano le acute osservazioni di G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Roma, 1979, 116 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 88). L'eccesso di potere, tuttavia, non è un vizio di merito, ma di legittimità dell'atto (art. 21-octies, comma 1, l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. che ha positivizzato la consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in proposito), ed è peraltro una *species* del più ampio *genus* della "violazione di legge" (v. *ex multis* R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)* (voce), in *Disc. Pub.*, XV, Torino, 2011, 658 ss.) a cui la norma penale sembra adesso riferirsi.

¹¹⁶ Non a torto è stato rimarcato che il legislatore del 1997 ha risposto alle richieste di determinatezza "infarcendo la fattispecie di elementi non sempre congrui rispetto allo scopo, non del tutto coordinati tra di loro. Potremmo dire: da un difetto, ad un eccesso di tipizzazione" (A. VALLINI, *L'abuso*, cit., 271; v. inoltre G.A. DE FRANCESCO, *La fattispecie*, cit., 1634, secondo il quale la nuova formulazione della fattispecie non riuscirebbe a esprimere compiutamente il suo disvalore sostanziale).

¹¹⁷ Detto in altre parole, in una situazione d'estraneità rispetto a qualunque finalità diversa da quelle che il suo ufficio è incaricato di perseguire (elemento già tratto dall'interpretazione dei delitti di peculato), che vale a garantirne l'oggettività e imparzialità dell'operato (elemento ricavato invece dall'analisi dei delitti di corruzione).

¹¹⁸ Si ottiene una conferma, pertanto, della "posizione di preminenza" del soggetto pubblico di cui si è già avuto modo di parlare in riferimento ai delitti di concussione e induzione indebita.

il riferimento all'esercizio delle funzioni che li implica), ma anche nel *quomodo*. Non è un caso, infatti, che l'ingiustizia del danno o del vantaggio sia collegata anche alla violazione delle norme che ne regolano l'utilizzo¹¹⁹: è solo attraverso la disciplina del processo che precede la scelta, infatti, che si può assicurare l'imparzialità dei giudizi e la funzionalizzazione delle decisioni in cui l'esercizio dei poteri si concreta. A ben vedere, l'incriminazione dell'abuso d'ufficio si spiega proprio in ragione della predeterminazione normativa delle modalità di svolgimento delle attribuzioni, di cui è possibile *abusare* (attraverso la violazione di norme individuate) perché non vengono lasciate all'arbitrio di chi le esercita. Si cerca di proteggere, insomma, quella "legalità sostanziale" che la Consulta ha posto alla base del nostro Stato di diritto costituzionale come infungibile requisito di ogni conferimento di potestà amministrative: "tale principio", infatti, "non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione [...] Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"¹²⁰.

L'art. 323 c.p., dunque, ci dice che l'attività svolta dal pubblico soggetto deve essere "procedimentalizzata", almeno nel suo significato minimo di azione disciplinata nel suo svolgimento, oltretutto nel suo esito¹²¹.

4.5. L'omissione di atti d'ufficio

La l. n. 86 del 1990 ha scomposto il delitto d'omissione d'atti d'ufficio in ipotesi incriminatrici distinte, suddivise nei due commi che adesso ne compongono la struttura: il rifiuto d'atti d'ufficio (art. 328, comma 1, c.p.) e l'omissione di atti d'ufficio (art. 328,

¹¹⁹ Tra legittimità del procedimento e legittimità del provvedimento non vi è implicazione biunivoca, perché se è vero che da un procedimento legittimo può sorgere soltanto un provvedimento legittimo, è altrettanto vero che un provvedimento illegittimo può

¹²⁰ Cfr. Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *giurcost.org*.

¹²¹ In conformità con il principio di legalità sostanziale che presiede a ogni attribuzione di potere amministrativo (cfr. Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *giurcost.org*).

comma 2, c.p.)¹²². In breve, la prima fattispecie punisce il pubblico soggetto che rifiuti indebitamente di emettere un atto che deve essere compiuto senza ritardo per ragioni predefinite (“giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità”); la seconda, invece, sanziona il medesimo soggetto che entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta scritta di chi vi abbia un legittimo interesse, ometta l'atto dovuto o non esponga le ragioni del suo ritardo. Pertanto, nel primo comma si punisce il mancato compimento di atti qualificati e indifferibili, nel secondo comma invece l'inerzia del pubblico funzionario di fronte alla richiesta del privato, che può tradursi in un'omissione vera e propria o in un adempimento tardivo.

Le modifiche hanno cercato di esaltare la sussidiarietà dell'intervento repressivo nell'amministrazione della cosa pubblica¹²³, restringendo la rilevanza penale del rifiuto o dell'omissione solamente a casi specifici, riguardati una ben determinata tipologia di atti accomunati dalla capacità di produrre effetti all'esterno¹²⁴, e (almeno nei casi del comma 2) dall'esistenza di una “diffida ad adempiere” sufficientemente specifica¹²⁵ proposta da un soggetto concretamente interessato.

Nella prospettiva del presente studio, l'art. 328 c.p. è significativo perché contribuisce a mettere a fuoco due ulteriori profili modali dell'attività che deve essere svolta dai soggetti definiti pubblici dalla legge penale: la doverosità dell'azione e la tempestività dell'intervento. Punendo la mancata adozione di atti *a prescindere dal loro contenuto*, infatti, il codice penale sottende l'esistenza di un vero e proprio dovere di

¹²² Per approfondimenti si rinvia a C. BENUSSI, *Diritto penale*, cit., 509 ss.; A. DI MARTINO, *Il rifiuto e l'omissione di atti d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli 2011, 346 ss.; G. RUGGIERO, *Delitti di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO – M. PELISSERO, Milano, 2015, 411; S. PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio* (voce), in *Digesto Disc. Pen.*, VII, Torino, 1994, 570 ss.

¹²³ Secondo alcuni, invece, esprimerebbero la volontà di “proteggere con una coltre impenetrabile dal rischio dell'intervento giudiziario gli abusi dei pubblici poteri, in forza dei quali le organizzazioni criminali prosperano” (cfr. U. NANNUCCI, *Rifiuto o omissione di atti di ufficio: È scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro It.*, 1991, 420). Con l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo questi timori dovrebbero essere stati fugati almeno in parte: adesso, infatti, il cittadino è divenuto titolare di una cospicua serie di facoltà e garanzie procedurali giuridicamente protette, e pertanto giustiziabili dinanzi al giudice, v. AA.VV., *Nuove modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di F. MERUSI – V. GIOMI, Pisa, 2016; AA.VV., *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH – G. FONDERICO, Assago, 2015).

¹²⁴ Si veda per esempio Cass. Pen., Sez. II, 9 luglio 2013, n. 29130, in www.italggiure.giustizia.it.

¹²⁵ V. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 23 marzo 2018, n. 10595, in www.italggiure.giustizia.it.

procedere in capo ai titolari della qualifica¹²⁶. Un dovere posto in diretta correlazione col profilo cronologico della sua attività, e che si spiega per il collegamento che la funzione o il servizio intrattengono, con la soddisfazione degli interessi del pubblico al quale si rivolgono¹²⁷.

Seguendo il filo rosso di questa ricognizione, pertanto, sarà “di diritto pubblico” quella normativa che impone il compimento di un’attività (rendendola, quindi, doverosa e non libera)¹²⁸ all’interno di un periodo di tempo definito (perlomeno in termini di predeterminabilità).

5. Aggregazione o disgregazione? Fondamento e limiti della tecnica combinatoria d'identificazione del pubblico agente

Dall’interpretazione delle diverse fattispecie proprie si sono ritratti elementi caratterizzanti ben distinguibili l’uno dall’altro. Ricapitolando, dalle fattispecie di peculato si è ricavata l’indicazione della natura “funzionale” dell’attività svolta dai soggetti pubblici; da quella di concussione e induzione indebita, invece, si è ritenuto di poter desumere l’esistenza di una posizione “potestativa” in capo al possessore della qualifica, tale cioè di consentirgli “almeno” di modificare la posizione soggettiva del terzo senza il suo consenso; grazie ai reati di corruzione, poi, si è colto il tratto dell’imparzialità della funzione o del servizio prestati, mentre dall’abuso d’ufficio la “procedimentalizzazione” dell’attività dallo stesso sottesa; in seguito, dal delitto di omissione d’atti d’ufficio si è ricavata la necessaria “doverosità” della mansione svolta dal soggetto legittimato a integrarlo. A questi indici, infine, si deve aggiungere quello

¹²⁶ La rilevanza penale del rifiuto o dell’omissione non si connette alla spettanza del bene della vita oggetto della richiesta, ma alla mancata esternazione delle ragioni del ritardo o, eventualmente, del diniego: il cittadino, infatti, ha un vero e proprio diritto alla risposta da parte dell’amministrazione, che è gravata quindi da un “obbligo d’informazione” che non può essere violato (v. Cass. Pen., Sez. VI, 2018, 18 aprile, n. 17563, in www.italgiure.giustizia.it).

¹²⁷ Un collegamento già rintracciato nello studio degli altri reati propri (v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.3), e che l’art. 328 c.p. conferma sia nella scelta degli scopi che gli atti devono perseguire per poter essere ritenuti urgenti ai sensi del comma 1, perché investono tutti aspetti fondamentali per la tutela della persona; sia nello stabilire che la richiesta di cui al comma 2 sia proposta da una persona che vi abbia “interesse”, quindi da un soggetto che può ricevere conseguenze dirette dalla sua emanazione.

¹²⁸ Questo rilievo trova conferme a livello sistematico anche dai frequenti riferimenti ai “doveri” che caratterizzerebbero l’ufficio, operato da numerose norme del Titolo II.

della “attività significativa” desumibile dall’art. 358, co. 2, c.p. (c.d. confine esterno-inferiore)¹²⁹, e confermato indirettamente da ciascuna delle fattispecie incriminatrici esaminate: ognuna di esse, infatti, presuppone necessariamente quel che la norma sull’Incaricato di pubblico servizio già riesce a esprimere autonomamente, ossia che le attribuzioni presupposte dagli illeciti fanno in ogni caso riferimento a mansioni dotate di spessore giuridico, che non possono dunque ridursi a competenze “d’ordine” o meramente “materiali”¹³⁰.

L’interrogativo che sorge, adesso, riguarda il modo in cui si debbano adoperare questi indici di qualificazione. In effetti, essi potrebbero teoricamente essere oggetto tanto di considerazione autonoma (per ogni norma dovrebbe dunque essere considerato soltanto il suo)¹³¹, quanto di valutazione congiunta (in tal caso essi dovrebbero sempre ricorrere cumulativamente, e dunque a prescindere dallo specifico reato proprio analizzato)¹³².

In particolar modo, seguendo la prima alternativa le qualifiche di “Pubblico ufficiale” e “Incaricato di pubblico servizio” verrebbero a essere determinate “norma per norma”, quindi esclusivamente in riferimento alla singola disposizione incriminatrice che si intende applicare. In tal senso, si avrebbero soggetti pubblici tendenzialmente differenti per ognuna delle disposizioni incriminatrici considerate.

Così, ad esempio, il Pubblico ufficiale o l’Incaricato di pubblico servizio richiamato dai delitti di corruzione, potrebbe non essere il medesimo soggetto richiamato dai delitti di concussione: gli artt. 318 e 319 c.p., infatti, richiedono che l’attività svolta sia imparziale, non anche potestativa; al contrario, gli artt. 317 e 319-*quater* c.p. presuppongono come visto un’attività potestativa, e non

¹²⁹ V. anche *Supra*, Cap. I, par. 3.1.

¹³⁰ In caso contrario non sarebbe certo possibile apprezzarne “l’imparzialità”, o tantomeno la “procedimentalizzazione” e la “potestatività”: gli indicatori desunti dai precetti passati in rassegna, infatti, segnalano l’esistenza di mansioni particolarmente connotate, vuoi da particolari “doveri” che da significativi “poteri”, logicamente incompatibili con operazioni reputate prive di autonomia, e comunque contenutisticamente diafane. In tal senso, dunque, la “significatività” delle attribuzioni disimpegnate si configura come requisito logico minimo per permettere di giustificare il peculiare trattamento penale riservato a questa tipologia di attività.

¹³¹ Pertanto si avrebbero autori differentemente caratterizzati per ciascuna delle fattispecie di reato proprie considerate.

¹³² Seguendo questa via, perciò, si avrebbe un medesimo soggetto “pubblico” per tutte le fattispecie che lo richiamano.

anche imparziale (almeno non necessariamente). Pertanto, a seconda delle caratteristiche delle mansioni concretamente svolte dall'autore dell'illecito, egli potrebbe essere legittimato a commettere *alcuni*, ma non necessariamente in *tutti* i reati propri del Titolo II.

Seguendo questa strada, quindi, si potrebbe essere qualificati come “soggetti pubblici” soltanto *ratione fattispecie* (*tot delicti, tot auctores*).

Scegliendo la seconda opzione, invece, gli indici ritratti dalle singole norme della parte speciale dovrebbero esser messi a sistema, formando così una sorta di “identikit” del soggetto pubblico, valido per tutte le disposizioni incriminatrici in cui esso viene chiamato in causa.

In altre parole, quindi, optando per questa seconda alternativa si andrebbe a comporre una griglia di valutazione unica, formata dai sei indici precedentemente ricavati. Dal combinato disposto di questi parametri, emergerebbero le caratteristiche del c.d. confine esterno che separa l'attività amministrativa da quella di diritto privato, restituendo quindi l'immagine di un agente pubblico uguale per tutte le fattispecie che lo richiamano.

Come si vede, si tratta di opzioni interpretative che determinano conseguenze applicative sensibilmente differenti, e che in virtù del principio di legalità penale (artt. 25, co. 2, Cost. e 7 CEDU) sarebbe opportuno non affidare al libero apprezzamento del decidente. Pertanto, è necessario sforzarsi di individuare dei riferimenti normativi in grado di corroborare, almeno sul piano argomentativo, la scelta in favore dell'una o dell'altra soluzione.

Un primo ausilio ermeneutico sembra poter essere rintracciato rivolgendo nuovamente l'attenzione alle norme della parte speciale, o meglio ai parametri che da esse si sono ricavati. Osservati più da vicino, infatti, alcuni degli indici desunti dai precetti a soggettività ristretta del Titolo II, sembrano intrattenere delle relazioni d'implicazione biunivoca l'uno con l'altro: la protezione dell'imparzialità attuata dai delitti di corruzione, ad esempio, sembra presupporre anche la natura funzionale dell'attività svolta; l'indice della “procedimentalizzazione”, invece, sembra strettamente

connesso sia alla natura “funzionale” che “imparziale” dell’attività procedimentalizzata. Se ci si sofferma un attimo a riflettere, infatti, la predeterminazione normativa delle forme, dei modi e degli scopi dell’attività (c.d. procedimentalizzazione), non può che implicare l’esistenza di un’attività almeno funzionale, ossia tesa al perseguimento di un fine predeterminato e indisponibile da chi la pone in essere. Inoltre, sembra poter implicare, se non altro dal punto di vista per così dire “materiale”¹³³, l’esistenza di un dovere di orientare le proprie scelte sulla base di parametri oggettivi e imparziali, che non sarebbero poi altri, che quegli stessi parametri tesi a vincolare l’azione del soggetto dal punto di vista modale (producendo quindi la “procedimentalizzazione” dell’azione)¹³⁴.

Valorizzando tali indicazioni, perciò, almeno gli agenti considerati dai delitti di peculato e di corruzione, nonché dai delitti di abuso d’ufficio, peculato e corruzione, potrebbero esser ritenuti i medesimi. In tal modo, si verrebbe a creare una mappa dei “pubblici agenti” invero ancora piuttosto eterogenea, ma a ogni buon conto sempre meno disaggregata di quella ipotizzata in partenza, ove la qualifica si trovava integralmente a mutare in relazione alla singola tipologia di offesa presa in considerazione.

Nondimeno, è innegabile che questi collegamenti appaiono piuttosto laschi, e siano stati ricavati peraltro in modo ancor più opinabile rispetto agli indici su cui si basano. In effetti, per giungere a cogliere questi nessi si è dovuto compiere una sorta d’interpretazione “di secondo grado”, ossia a partire da parametri che, a loro volta, sono stati ricavati in via ermeneutica dagli unici testi aventi un fondamento normativo diretto: i precetti del codice. In tal modo, dunque, si rischia di allontanarsi in modo forse eccessivo dal contesto letterale delle disposizioni penali, finendo per sovra-interpretare

¹³³ Come noto, in senso tecnico il concetto di “implicazione materiale” inquadra una relazione logica debole, perché fondata su una regola d’inferenza che non suggerisce nessuna “connessione reale” tra preposizione *antecedente* e *conseguente* di un asserto condizionale, limitandosi soltanto ad asserire che, *di fatto*, il primo termine non può essere vero, quando il secondo è falso (per approfondimenti v. I.M. COPI–C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 2010, 354 ss.).

¹³⁴ In tal senso, dunque, la disciplina delle forme e dei modi dell’attività svolta, sembrerebbe poter suggerire la fissazione di una criteriologia obiettiva per l’individuazione delle scelte d’azione, propedeutica ad assicurarne l’imparzialità. In fin dei conti, non avrebbe senso predeterminare il procedimento di realizzazione delle scelte, se non per garantire che quelle stesse scelte siano prese in consonanza con le finalità per cui sono state attribuite al titolare, e senza surrettizi inquinamenti del procedimento decisionale.

degli indicatori che ragionevolmente non dovrebbero essere spinti oltre il significato immediato che sono in grado di fornire¹³⁵.

In realtà, l'elemento decisivo che consente di determinare quale tra le due alternative ermeneutiche è opportuno percorrere, non proviene dalle disposizioni incriminatrici, bensì dagli artt. 357 e 358 c.p. da cui si è preso le mosse. A ben vedere, queste disposizioni, pur fallendo come visto nel tentativo di definire comprensibilmente il c.d. confine esterno che separa l'attività amministrativa da quella privata¹³⁶, riescono però almeno a segnalare come quel confine sia stato fissato dal legislatore, e debba perciò essere considerato dall'interprete, uguale per tutti i precetti che lo richiamano¹³⁷.

Gli artt. 357 e 358 c.p., pertanto, permettono d'instaurare un "ponte" tra le singole fattispecie di reato, veicolato proprio dall'eguale richiamo alle figure soggettive di Ufficiale e Incaricato che essi definiscono. All'interprete, dunque, non resta altro che prenderne atto, considerando quindi *congiuntamente* gli indici ricavati da ciascuno di questi delitti, alla stregua cioè di "momenti distinti" di una medesima "attività pubblica"¹³⁸.

In pratica, ognuna di queste norme della parte speciale non farebbe altro che "fotografare" lo stesso soggetto pubblico in contesti fattuali differenti, evidenziando così i diversi aspetti di una posizione soggettiva che rimane, però, la medesima. E tale

¹³⁵ Del resto, l'art. 25, co. 2, Cost. segnala proprio l'esigenza di mantenere un rapporto di stretta contiguità e prossimità al testo normativo, superato il quale si rischia di scavalcare quella "linea di rottura" col diritto positivo", che marca il momento in cui l'attività interpretativa tracima in una compiutamente e pienamente creativa (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Foro it.*, 2010, 565 ss., sentenza nella quale, pur evidenziandosi l'infungibilità, e la relativa discrezionalità, della "mediazione accertativa della giurisprudenza", implicante anche una "componente limitatamente 'creativa' della interpretazione", si segna proprio in questo stretto rapporto di prossimità col testo il limite invalicabile delle operazioni esegetiche; sul punto v. inoltre l'art. 14 del recente "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo", in www.camerepenali.it, secondo il quale "stante la funzione di garanzia della legge penale, la dimensione testuale del divieto è base ineludibile, che deve essere rispettata secondo una 'stretta interpretazione'").

¹³⁶ Considerazione che si ritiene ormai dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio, e che costituisce del resto il presupposto che ha motivato la presente ricostruzione interpretativa.

¹³⁷ Opinando diversamente non si opererebbe più per decodificare le *rationes* che denotano la qualificazione dell'agente pubblico avuta a mente dal legislatore, quanto piuttosto si cercherebbe direttamente di *connotare* quella posizione attraverso attributi ricavati *aliunde*, in una patente riedizione degli approcci ontologizzanti.

¹³⁸ In buona sostanza, non come parametri di qualificazione autonoma, validi soltanto per la singola fattispecie da cui sono stati ricavati; bensì come indicatori da adoperare cumulativamente, i quali perciò solo nel loro insieme diventano in grado di attribuire la qualifica pubblica (e di attribuirla, peraltro, una volta per tutte, ossia allo stesso modo per tutte le disposizioni incriminatrici considerate).

evidenza la confermano proprio gli artt. 357 e 358 c.p., perché costituiscono delle disposizioni definitorie che, per quanto incomprensibili nei loro contenuti tecnici, risultano però sufficientemente chiare nel manifestare l'obiettivo intento del legislatore, di definire unitariamente e una volta per tutte, i soggetti da considerarsi come pubblici "agli effetti della legge penale"¹³⁹.

In fin dei conti, dal punto di vista politico-criminale nessuno di questi indici riuscirebbe, da solo, a giustificare le rilevanti differenze che intercorrono tra il regime penale a cui sono sottoposti i pubblici agenti, rispetto a quello riservato ai privati. Difatti, come si è avuto modo di osservare in precedenza¹⁴⁰, il "fenomeno amministrativo non si differenzia nelle sue componenti essenziali per il fatto che l'attività [...] si attui e sviluppi in un ambito privato ovvero in un ambito pubblico", dato che "l'opera dell'amministratore presenta tratti salienti comuni tanto qualora essa sia rivolta a guidare le sorti di una grande compagnia privata, quanto nel caso che essa abbia per oggetto il funzionamento di una amministrazione statale o di una comunità locale"¹⁴¹. In tal senso, anche la componente "potestativa", tradizionalmente ritenuta un tratto distintivo delle attività pubblicistiche, risulta in realtà sempre meno centrale per l'attività amministrativa¹⁴², e di sempre maggior interesse, invece, per quella di diritto privato¹⁴³.

In sintesi, quindi, le caratteristiche dell'autore desunte dall'interpretazione delle singole fattispecie incriminatrici, dovranno essere giustapposte, ricombinate assieme a formare un unico "macro criterio" di qualificazione. La si può intendere come una "griglia" formata da sei indici distinti, che si confida essere in grado di fornire finalmente un contenuto chiaro e congruente, all'enigmatico inciso "norme di diritto pubblico" e "atti autoritativi" incluso nella nozione di attività "amministrativa" definita dall'art. 357 c.p.

¹³⁹ Del resto, affermare che al ricorrere dei medesimi significanti di "Pubblico ufficiale" e "Incaricato di pubblico servizio" nei diversi reati propri, corrispondano però dei significati completamente differenti, appare una conclusione bisognosa quantomeno di soddisfare un onere argomentativo particolarmente corposo. Cosa che, coi materiali normativi a disposizione nel caso di specie, non pare proprio possibile riuscire a fare.

¹⁴⁰ In particolare *Supra*, Cap. III, par. 1 e ss.

¹⁴¹ F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, 10.

¹⁴² V. P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. Fior.*, 45, 2016, 9 ss.

¹⁴³ Si veda a riguardo AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di A. SIRENA – A. ZOPPINI, Roma, 2018; sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *Supra*, Cap. III, par. 2.

6. La nuova interpretazione funzional-tipologica degli artt. 357 e 358 c.p.

Per il codice penale, dunque, la qualifica di agente *amministrativo* non costituisce un predicato della tipologia di scopo che si deve soddisfare esercitandola. Tantomeno è deducibile dalla natura dell'ente presso cui si opera o dal legame che con questo intercorre. Essa, piuttosto, rappresenta il prodotto di una valutazione complessa, centrata sulle caratteristiche delle regole che danno corpo all'attività¹⁴⁴ svolta in concreto dall'autore al momento del fatto. Gli elementi che sembrano caratterizzarla sono sei, e valgono a delimitarla verso il basso (esercizio di mansioni non “materiali” o “di ordine”, art. 358, comma 2, c.p.) e verso l'alto (disciplina di diritto pubblico, art. 357, comma 2, c.p.):

- i. lo svolgimento di operazioni non meramente materiali o esecutive, ossia prive di caratteristiche qualificanti valide a giustificarne il peculiare regime giuridico (attività significativa);
- ii. l'assegnazione di uno scopo esclusivo e indisponibile, non modificabile dalla volontà di chi è incaricato di perseguirlo (attività funzionalizzata);
- iii. l'attribuzione di una posizione di “preminenza”, intesa quale efficacia costitutiva dei poteri esercitabili per realizzarlo (attività potestativa)¹⁴⁵;
- iv. l'imposizione di giudizi e di scelte imparziali, cioè neutrali rispetto agli interessi concorrenti rispetto a quello assegnato, e orientati da parametri oggettivi (attività imparziale);

¹⁴⁴ “Finché non vi sono regole, l'azione non esiste, perché l'identità d'ogni azione risiede nelle sue regole” (cfr. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 5).

¹⁴⁵ Sulla differenza tra il concetto di *potestatività* che caratterizza la posizione del soggetto pubblico in generale, e quello di *autoritatività* che caratterizza invece quella del solo Ufficiale si veda *Infra*, Cap. IV, par. 9.

- v. la procedimentalizzazione dell'attività che sottende, ossia la predeterminazione normativa delle forme e dei modi da rispettare, oltreché degli scopi da raggiungere nel suo svolgimento (attività procedimentalizzata);
- vi. la doverosità del suo esercizio, che non può cioè essere rimesso al libero arbitrio di chi la esercita (attività doverosa).

Come si è visto, autonomamente nessuno di questi parametri è in grado di illuminare la distinzione tra pubblico e privato sul piano politico-criminale. Adoperandoli assieme, tuttavia, essi acquistano una maggiore capacità denotativa, restituendo all'interprete una ricostruzione dell'azione pubblica per vero non più in linea con il diritto amministrativo post-moderno, incentrata sulla burocratizzazione dell'attività e sull'asimmetria dei rapporti con gli amministrati. Essa però ha il pregio di rimarcare i confini e ridare sostanza a una dicotomia che, per quanto inattuale, costituisce ancora oggi la *ratio sostanziale* dello statuto penale dei pubblici poteri.

Si è cercato così di soddisfare un onere argomentativo troppo spesso eluso da affermazioni apodittiche e rinvii avventurosi ad altre branche del diritto, fornendo almeno dei riferimenti più chiari per applicare in modo criticamente controllabile gli artt. 357 e 358 c.p.

7. Da agente a soggetto passivo: il raffronto tipologico tra la figura del perpetratore e quella della vittima “di diritto pubblico”

Giunti a questo punto della trattazione, ci si deve necessariamente soffermare su un tema volutamente lasciato in ombra fino a ora, ma che adesso non è più possibile preterire. La cernita delle fattispecie adoperate per l'individuazione dei parametri di qualificazione, infatti, potrebbe essere tacciata di arbitrarietà nella misura in cui non ha preso in considerazione le ipotesi criminose ove l'agente pubblico assume le vesti di soggetto passivo.

Per vero, non si tratta di un numero di disposizioni particolarmente ampio. Nondimeno, per la validità dello schema teorico che si è proposto appare quanto mai

opportuno soffermarsi a verificare se anche queste fattispecie possano contribuire, ed eventualmente in che termini, alla determinazione del confine esterno¹⁴⁶ della posizione soggettiva pubblica.

Riepilogando il percorso argomentativo seguito per giustificare l'interpretazione "funzional-tipologica" delle qualifiche, si è sostenuto che il metodo si legittimerebbe per un duplice ordine di ragioni:

- i. la prima consiste nel fatto che le fattispecie di parte speciale costituiscono, a tutti gli effetti, gli unici riferimenti normativi che il penalista ha a disposizione, per determinare quali siano gli scopi politico-criminali che il legislatore intende perseguire in un determinato settore di disciplina¹⁴⁷. Pertanto, se si vuole operare una rilettura funzionale della dicotomia tra "pubblico" e "privato"¹⁴⁸, dicotomia di cui pure il codice Rocco si serve, è indispensabile partire proprio dall'esame delle fattispecie incriminatrici che su tale dicotomia fondano il loro peculiare regime giuridico;
- ii. la seconda, è che quelle fattispecie sarebbero costituite essenzialmente dai reati propri esclusivi o semi esclusivi contro la P.a. Si è sostenuto, infatti, che proprio in queste fattispecie si instaurerebbe un rapporto di correlazione talmente stretto tra soggetto qualificato e fatto illecito, da poter permettere all'interprete di determinare le caratteristiche salienti di quest'ultimo, anche attraverso l'interpretazione degli altri elementi che concorrono a comporre il precetto¹⁴⁹.

Ebbene, con riferimento ai casi in cui il soggetto qualificato passa da autore a vittima del reato, gli studi teorici in grado di supportare una siffatta operazione ermeneutica si rarefanno, rendendola quantomeno più insidiosa.

¹⁴⁶ Vuoi esercitata in forma di funzione, vuoi prestata come servizio. *Repetita iuvant*: ci si è occupati, infatti, del c.d. confine esterno della qualifica, ossia del parametro relativo alla natura della disciplina che costituisce, per così dire, il minimo comun denominatore dei soggetti qualificati come pubblici dal codice penale.

¹⁴⁷ V. *Supra*, Cap. III, par. 4.

¹⁴⁸ E si vuole, perché come detto senza una sua riconversione funzionale, tale dicotomia resta priva di riferimenti sufficientemente stabili e precisi, v. *Supra*, Cap. III, par. 2.

¹⁴⁹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 3

Provando a ragionare, in tali tipi criminosi a esser “riservata” non è più la soggettività attiva, ma per l'appunto quella passiva. Conseguentemente, sembra profilarsi all'orizzonte una situazione in qualche modo speculare a quella delle fattispecie proprie in senso stretto: qui infatti il reato può sì essere commesso da chiunque, ma solamente a discapito di soggetti predeterminati. E predeterminati – è bene sottolinearlo – adoperando i medesimi segni linguistici con cui si sono individuati i soggetti pubblici abilitati a commettere i reati propri del Titolo II¹⁵⁰.

Ci si chiede, perciò, se anche per simili disposizioni siano valide le riflessioni svolte in materia di reati propri, relative in particolare alle interconnessioni che si verrebbero a creare tra la qualifica dei soggetti e gli altri elementi del tipo. In caso contrario, infatti, gli elementi che compongono questa fattispecie non potrebbero essere utilmente impiegati per la determinazione degli attributi delle qualifiche che imputano alle proprie vittime.

La domanda è legittima, perché il passaggio dalla qualificazione della sola soggettività attiva, a quello della sola soggettività passiva, non determina soltanto un formale riposizionamento dell'agente qualificato. A ben vedere, quando si formula una fattispecie di reato propria, specie se esclusiva o semi-esclusiva, non si può che pensare l'azione tipica in stretta connessione con le peculiarità tipologiche proprie del ruolo abilitato a commetterla. In tali casi, infatti, l'esistenza della posizione soggettiva condiziona la stessa illiceità del fatto, e come visto ciò accade proprio perché è grazie a essa, che l'autore può offendere, oppure può offendere *in quel modo*, l'interesse protetto dal legislatore. È logico, quindi, che l'azione che realizza tale particolare lesione, rappresenti la più o meno intima espressione di una violazione compiutamente apprezzabile soltanto in presenza di quel determinato ruolo assunto a riferimento dalla legge penale¹⁵¹.

Del resto, la condotta è pur sempre quella dell'autore. È la “sua” azione, e quindi è condizionata inevitabilmente dalle “sue” caratteristiche¹⁵². In altri termini, quindi, in

¹⁵⁰ Nonché degli altri Titoli in cui vengono richiamati (si vedano ad esempio gli artt. 606 ss. c.p.).

¹⁵¹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 3.

¹⁵² Ciò non significa che quell'azione non possa in nessun caso essere commessa anche da altri. Come noto, infatti, esistono anche gli illeciti propri non esclusivi, ossia che anche in assenza della qualifica, mantengano comunque un significato illecito per l'ordinamento. Piuttosto, si vuol evidenziare che quell'azione nasce e viene pensata inevitabilmente in rapporto più (reati propri esclusivi) o meno (reati propri non esclusivi) stretto a quell'unica immagine di autore che si abilita a realizzarla. Ciò proprio

questi casi l'azione *parla*, almeno in parte e in modo più o meno specifico, del suo autore. Contiene, per così dire, le sue impronte digitali.

Si pensi al concetto di “abuso di poteri”: una casalinga nell'esercizio delle sue incombenze quotidiane, un'impiegata di banca che sta evadendo le sue pratiche, oppure l'autista di uno scuolabus non potrebbero certo realizzare una simile azione. E non potrebbero, proprio perché il loro ruolo non contempla “poteri” di alcun genere.

Quando però l'autore è “chiunque”, e non più “qualcuno”, la disposizione incriminatrice descrive un contegno che non può che essere tenuto, per l'appunto, da qualsiasi persona. Una condotta, quindi, giocoforza indifferente a ruoli, posizioni e attribuzioni di sorta.

L'art. 575 c.p., ad esempio, stabilisce che “chiunque cagiona la morte di un uomo è punito”. L'azione omicidiaria è dunque un'azione che può essere compiuta da tutti, dal *quisque de populo* fino al Presidente della Repubblica. Di più, è una condotta che non deve nulla, in quanto a tipicità, alla particolare caratterizzazione del soggetto che la compie. Se il risultato è quello, infatti, l'azione è integrata. Il resto non interessa, e non influisce sul perfezionamento del reato. Al più può confluire in una valutazione che attiene ai c.d. profili accidentali, ma tale aspetto è del tutto inconferente col tema che si sta trattando.

Che succede, però, quando quel “chiunque”, viene punito solo se offende “qualcuno”? In altri termini, che influenza ha sul fatto che fotografa l'azione del “chiunque”, la specificazione normativa della posizione che deve ricoprire il destinatario dell'offesa?

perché essa rappresenta la concretizzazione di una lesione che è tale proprio grazie al ruolo di chi la ricopre.

Recuperando i termini con cui si è appena impostato il problema, si può certamente escludere che quella condotta porti le “impronte digitali” del soggetto qualificato. Egli, infatti, non è “colui che agisce”, ma semmai “colui che subisce”.

Non sembra però possibile arrivare ad affermare l’assoluta impermeabilità del fatto nei confronti della qualifica della vittima che colpisce. Dopo tutto, senza quella qualifica, almeno nei casi simmetricamente equivalenti ai reti propri esclusivi o semi-esclusivi, il fatto neppure sarebbe illecito, o comunque non lo sarebbe in quei particolari termini

Si prenda per esempio l’art. 337 c.p., e lo si privi dei riferimenti connessi alla posizione ricoperta dal soggetto passivo: “chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un soggetto è punito”. La norma diventa del tutto ambigua, proprio perché l’azione, perdendo i suoi punti di riferimento, scolora, potendo ugualmente assumere le sembianze di una difesa legittima, di un eccesso colposo, oppure di una forma di aggressione dolosa compiuta durante lo svolgimento di una non meglio specificata attività.

A ben vedere, il fatto che il “chiunque” agisca verso il “qualcuno”, comporta che quel contegno si conformi in modo da esprimere un’offesa in grado di vulnerare quel “qualcuno”, o meglio di offendere quella persona proprio *nel suo essere* “qualcuno”. In sostanza, si tratta di un’azione che non potrebbe essere compiuta in quel modo, e che non potrebbe assumere quello specifico significato, se non fosse diretta verso quella posizione che intende pregiudicare.

Volendo instaurare un parallelo, mentre la posizione dell’agente sembra qualificare il *disvalore d’azione* del reato, quella della vittima sembra invece connotarne il *disvalore d’evento*: se la qualifica del soggetto passivo è elemento essenziale del tipo, infatti, l’accadimento “dannoso o pericoloso” assumerà quelle particolari caratteristiche, nonché il suo specifico significato politico-criminale, precisamente per il fatto che

attinge un soggetto qualificato, realizzando una lesione che si apprezza proprio in ragione del possesso di quel particolare ruolo considerato dal diritto penale¹⁵³.

In conclusione, perciò, non sembra del tutto azzardo prendere in considerazione anche queste disposizioni, per confermare o perfezionare l'*dentikit* del pubblico soggetto “agli effetti della legge penale”.

7.1. La violenza o minaccia e la resistenza a un Pubblico ufficiale

Trasponendo anche in questo frangente la medesima criteriologia adoperata per delimitare il novero delle fattispecie da esaminare¹⁵⁴, le ipotesi incriminatrici che filtrano dal setaccio sono la violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), e la resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 c.p.)¹⁵⁵. Si tratta di due ipotesi incriminatrici prossime non soltanto topograficamente, ma anche a livello contenutistico, considerato che in entrambi i casi la condotta del soggetto attivo consiste nell'adoperare la “violenza” o la “minaccia” nei confronti dell'agente pubblico. Esiste, però, una differenza politico-criminale piuttosto chiara: “nella violenza pubblica, il fatto è diretto a determinare la volontà dell'Autorità secondo la volontà del colpevole; nella resistenza, il privato si ribella all'attuazione della volontà dell'Autorità liberamente formatasi”¹⁵⁶.

¹⁵³ Se si vuole dire in altri termini ancora, si potrebbe affermare che, al modo dei reati “causalmente orientati”, le fattispecie a soggettività passiva propria sembrano poter essere ritenute altrettanto dipendenti, nella loro tipicità, dalla qualifica che sono dirette ad attingere.

¹⁵⁴ V. *Supra*, Cap. IV, par. 4. In sintesi, si prenderanno in considerazione soltanto le norme che sono rivolte a offendere sia il pubblico ufficiale, che l'incaricato di pubblico servizio; e tra di esse, si selezioneranno soltanto quelle che si riferiscono “in generale” alla posizione che ricoprono (il delitto d'oltraggio disciplinato dall'art. 341, c.p., ad esempio, riferendosi soltanto al Pubblico ufficiale è stato escluso).

¹⁵⁵ L'esclusione della fattispecie di violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario si giustifica perché, rispetto a queste due, si distingue soltanto per il fatto di regolare un'azione diretta contro “un organo pubblico considerato impersonalmente” (cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna 2012, 298; per approfondimenti si rinvia a F. BELLAGAMBA, *Violenza, minaccia, resistenza a pubblico ufficiale*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011, 527 ss.).

¹⁵⁶ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 145.

Procedendo con ordine, la prima disposizione incriminatrice¹⁵⁷ costituisce in buona sintesi una forma di violenza privata qualificata dalla posizione del soggetto passivo, che si caratterizza per essere diretta a costringerlo “a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio”, o altresì “a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa”. In tal caso, dunque, il contegno violento¹⁵⁸ o minaccioso¹⁵⁹ costituisce uno strumento per impedire un'azione che sembra connotarsi anzitutto per la sua natura “funzionale”: la fattispecie, infatti, descrive il risultato illecito dell'azione *non iure* riferendosi in prima battuta alla possibilità che esso provochi l'omissione o l'adozione di un atto “contrario ai propri doveri”. Ciò significa che il soggetto passivo, ossia l'agente pubblico, si caratterizza *in primis* in ragione della titolarità di attribuzioni giuridicamente disciplinate, vincolate al rispetto di determinati limiti (i c.d. doveri), funzionali a impedirne lo sviamento dagli scopi pretipizzati e indisponibili. L'omissione o l'adozione di un atto “contrario”, infatti, non si apprezza tanto in riferimento alla diversa “volontà soggettiva” della persona pubblica, quanto con riguardo all'esigenza oggettiva manifestata dalle regole che disciplinano il ruolo ricoperto. In altre parole, qui il mancato compimento dell'atto non sembra rilevare tanto per la violazione di una libertà individuale, quanto per la

¹⁵⁷ Per approfondimenti si rinvia per tutti a R. BAJNO, *Profili penalistici della vis pubblica*, 1974; A. BONDI, *I delitti di violenza, minaccia, resistenza a un agente pubblico*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, Torino, 2008, 317 ss.; M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., Milano, 2015, 2 ss.

¹⁵⁸ Seguendo la giurisprudenza ormai dominante, il concetto di “violenza” deve essere inteso come “aggressione fisica”, e consistere quindi in una condotta positiva logicamente distinguibile dall'evento costrittivo che è finalizzata a realizzare. In sintesi, si tratta di un'azione di percosse (art. 581, co. 2, c.p.), da adoperarsi quale “mezzo destinato a realizzare [...] ‘qualcosa’ di diverso dal ‘fatto’ in cui si esprime la violenza” stessa, e che la vittima deve essere “costretta” a subire (cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. Un., n. 2437 del 2009, con nota, tra gli altri, di G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 306 ss.; F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1811 ss.; Cass. pen., Sez. V, n. 38914 del 2015, in www.itagliure.giustizia.it; per approfondimenti v. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, ove si prende posizione contro la c.d. teoria della coazione, precedentemente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, perché dotata di margini applicativi talmente lassi da porla persino in contrasto con il linguaggio comune, essendo suscettibile di ricomprendere nel concetto di *violentia* persino uno sciopero della fame (ossia la forma di lotta «non violenta» per eccellenza); volendo si veda inoltre N. AMORE, *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8, 2017, 181 ss., da cui queste considerazioni sono tratte).

¹⁵⁹ Il termine “minaccia” costituisce un elemento normativo che realizza in via sintetica un richiamo al contenuto della fattispecie di cui all'art. 612 c.p.

compromissione di un'attività funzionale disciplinata in via generale, ai sensi della legge¹⁶⁰.

Ecco perciò lo scopo della fattispecie, intimamente dipendente dal ruolo del soggetto passivo: impedire che si possa pregiudicare l'esplicazione delle attività funzionali all'espletamento di determinati ruoli previsti e disciplinati dalla legge.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 337 c.p.¹⁶¹, la violenza e minaccia viene punita perché compiuta *in opposizione* a un soggetto qualificato, che sta già compiendo un atto del suo ufficio¹⁶². Quell'attività, dunque, deve indubbiamente essere oggetto di una valutazione positiva da parte della legge, che infatti si assicura di proteggerla da eventuali sviamenti da parte di terzi. In caso contrario, l'inciso resterebbe del tutto equivoco, non essendo il "resistere" in grado, di per sé, di veicolare alcun contenuto lesivo, anche quando attuato con violenza o minaccia¹⁶³.

Gli aspetti della predeterminazione legale e della funzionalizzazione dell'attività, perciò, si confermano elementi caratterizzanti della soggettività pubblica, destinati ad acquisire rilievo anche in chiave passiva.

8. Alcune sperimentazioni applicative

¹⁶⁰ La lettura è confermata a ben vedere tanto dalla collocazione della norma, inserita non a caso all'interno del Titolo II e non del Titolo XII, sia dalla previsione dell'art. 393-*bis* c.p., il quale stabilisce un'esimente specifica per i reati di cui agli artt. 336, 337, 338, 339, 341, 342 e 343 c.p., mirata a escludere l'antigiuridicità del fatto qualora il Pubblico ufficiale o l'Incaricato di pubblico servizio abbia dato causa al fatto illecito, "eccedendo con atti arbitrari i limi delle sue attribuzioni". Si tratta, quindi, di mansioni il cui contenuto non può essere determinato "ad arbitrio" del soggetto agente, che è anzi tenuto a rispettare limiti e doveri prestabiliti ed evidentemente indisponibili.

¹⁶¹ A riguardo, oltre alle monografie già citate si veda T. MARTINA, *Resistenza a pubblico ufficiale*, Enc. Giur. Treccani, XXVI, 1991, 3 ss.

¹⁶² Secondo l'orientamento prevalente, l'elemento discreitivo tra le due fattispecie incriminatrici si coglie in un dato essenzialmente cronologico, centrato sul compimento dell'atto: prima che inizi, la violenza e minaccia rileva ai sensi dell'art. 336 c.p.; dal momento del suo inizio e fino al suo termine, invece, ai sensi dell'art. 337 c.p. (v. *ex multis* M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., 29; Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2017, n. 14883, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., Sez. VI, 5 dicembre 2013, n. 51030, in www.italgiure.giustizia.it; v. inoltre A. BONDI, *I delitti di violenza, minaccia, resistenza*, cit., 349, che condivisibilmente propone di affiancare al dato cronologico anche quello teleologico relativo alla "direzionalità degli atti espressa dalle norme che danno loro un senso e collaborano all'interpretazione [...] Detto in breve: negli artt. 337 e 338 vi è un'attività della PA che il privato *trova*; nell'art. 336 vi è un'attività della PA che il privato *cerca*").

¹⁶³ Come risaputo, infatti, l'opposizione a un atto ben potrebbe giustificare la violenza, quando quell'atto è *non iure* e la reazione è proporzionata e necessaria.

Per mostrare il funzionamento in concreto dell'interpretazione "funzional-tipologica" della qualifica può essere opportuno analizzare alcuni casi concreti, con l'auspicio che queste considerazioni possano rappresentare quantomeno una buona base di partenza per ricostruire un minimo di consenso interpretativo attorno a un tema lasciato ormai da troppo tempo al solo *criterio del magistrato*.

8.1. Le mansioni ausiliarie e di segreteria

Partendo dal c.d. confine "esterno-inferiore", lo schema che si sta proponendo consente di *dequalificare* i soggetti che svolgono funzioni di segreteria, oppure di riordino, manutenzione o vigilanza di locali¹⁶⁴, e più in generale coloro che svolgono attività meramente "complementare e integrativa" rispetto a funzioni di natura pubblica.

In effetti, per quanto possa apparire un'esclusione poco sorprendente, se non addirittura auto-evidente, si deve segnalare come nel tempo non sia mancato chi, acutamente, abbia rilevato come quei soggetti "seppure adibiti a compiti strettamente esecutivi, occupano una posizione di stretta contiguità collaborativa con i superiori che tali qualifiche rivestono, cosicché dal punto di vista dell'assetto complessivo di tutela della p.a. una differenza di trattamento in relazione ai delitti contro la p.a. può risultare nei fatti forzata"¹⁶⁵.

Ora, la *prossimità lavorativa* è certamente un elemento da considerare, soprattutto perché "nei fatti" offre alla persona "contigua" numerose occasioni per interferire nell'attività dell'agente pubblico. Questo, però, vale anche per altre categorie di persone "contigue", come i familiari e gli affetti: tutti soggetti che si trovano, talvolta, nella condizione di poter influire sulle scelte dell'agente pubblico, per giunta con maggiore incisività, visto il rapporto emotivo che li lega. D'altra parte, già il fatto che si cerchi di affermarne la rilevanza *de relato*, ossia in funzione del rapporto che li lega a

¹⁶⁴ Si veda ad esempio Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 1993, Aprea in *Riv. Pen. Econ.*, 1994, 67, che qualifica come incaricati di pubblico servizio i bidelli di scuola elementare.

¹⁶⁵ La posizione è di M. ROMANO, *I delitti*, cit., 371, che si pone in polemica con l'introduzione stessa dell'art. 358, co. 2, c.p.

un altro soggetto (questo sì qualificato), sembra confermare l'assenza di una compiuta caratterizzazione pubblicistica.

Per vero, la *cattiva gestione* della prossimità relazionale con i soggetti pubblici non si risolve con la *dequalificazione* della posizione che li caratterizza, ma con la punizione dei fatti in cui essa si traduce (si pensi ad esempio ai delitti di corruzione, o di traffico d'influenze)¹⁶⁶.

8.2. L'esercizio privato di funzioni pubbliche

Passando adesso al più articolato confine “esterno-superiore”, i restanti cinque parametri di qualificazione operano qui come una bussola per l'interprete, fornendogli un riferimento per valutare la rilevanza penale dei differenti “regimi amministrativi” in precedenza indistintamente recepiti.

Si pensi ai casi di svolgimento privato di pubbliche funzioni, il cui compimento venga però lasciato alla libera scelta di chi le esegue, come accade ad esempio con la facoltà di arresto di cui all'art. 383 c.p.p.: essa, infatti, rappresenta sicuramente un'ipotesi di “esercizio di fatto dei poteri [...] e [...] delle attività procedurali propri degli organi di polizia giudiziaria”¹⁶⁷, e tuttavia non presenta quei caratteri di doverosità e tempestività, necessari ai fini della qualifica, che la caratterizzano quando dev'essere compiuta dagli agenti di polizia¹⁶⁸ (tant'è che in caso di omesso arresto sarebbe difficile ipotizzare l'integrazione del delitto di cui all'art. 328 c.p. da parte del privato).

8.3. L'attività c.d. di “Bancoposta”

¹⁶⁶ In proposito si veda inoltre *Supra*, Cap. IV, par. 4.3.

¹⁶⁷ Cass. Pen., Sez. V, 25 ottobre 2017, n. 49047, in www.italggiure.giustizia.it.

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, cit., come esempio di “abuso dei poteri” connesso a un “atto dovuto” fa infatti riferimento proprio all'agente di polizia che, avendo colto il reo in flagranza di uno dei reati previsti dall'art. 380 c.p.p., gli prospetti la possibilità di non essere arrestato in cambio di un'indebita dazione.

Come ulteriore caso concreto per mettere alla prova la ricostruzione *funzionale-tipologica*, si consideri la posizione del soggetto addetto alla raccolta del risparmio per conto di Poste italiane s.p.a.

Si prenda per esempio il dipendente di un ufficio postale che, dietro la promessa di una determinata somma di denaro, acconsenta ad aprire a favore di un terzo un conto corrente intestato a persona inesistente, mettendogli a disposizione anche un libretto d'assegni e la carta bancomat¹⁶⁹.

Seguendo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, gli addetti ai servizi di Bancoposta ricoprirebbero la qualifica d'Incaricati di pubblico servizio¹⁷⁰. Si è affermato infatti che la “trasformazione dell'amministrazione postale in ente pubblico economico e la successiva adozione della forma della società per azioni, di cui alla legge n. 662 del 1996, non fanno venir meno la natura pubblicistica non solo dei servizi postali definiti riservati dal D.Lgs. n. 261 del 1999, ma anche dei servizi non riservati, come quelli relativi alla raccolta del risparmio attraverso i libretti di risparmio postale ed i buoni fruttiferi (c.d. “bancoposta”)”¹⁷¹. Conseguentemente, si dovrebbe applicar loro lo statuto penale della pubblica amministrazione, contestando nel caso di specie il delitto di corruzione.

Invero, l'argomentazione risulta alquanto apodittica, e analizzando il D.P.R. n. 144 del 2001 che regola lo svolgimento dei servizi di bancoposta, appare anche infondata.

Richiamando l'esempio indicato in apertura, infatti, qui il dipendente di Poste s.p.a. presta un servizio di “raccolta di risparmio tra il pubblico” (art. 2, co. 1, *lett. a*), e altresì un servizio “di pagamento, comprese l'emissione, la gestione e la vendita di carte prepagate e di altri mezzi di pagamento” (art. 2, co. 1, *lett. c*), definito nei suoi contenuti e sottoposto nel suo svolgimento alle norme del Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385 del 1993) e Finanziario (d.lgs. n. 58 del 1998) in quanto compatibili (art. 2, co. 2 ss.). In generale, peraltro, i rapporti con i clienti “sono disciplinati in via contrattuale nel rispetto delle norme del codice civile e delle leggi speciali” (art. 3, co. 1).

¹⁶⁹ Il caso è stato elaborato prendendo spunto da Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2015, n. 31660, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁷⁰ Si veda per tutti Cass. pen., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 33610, in *RV*. 248271; Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2004, n. 36007, in *RV*. 229758; Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2001, n. 20118, in *RV*. 218903.

¹⁷¹ Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2015, n. 31660, cit.

In sintesi, perciò, l'attività dell'addetto Bancoposta risulta sostanzialmente sottoposta alle norme del TUB, del TUF e del codice civile a cui sono sottoposti anche tutti gli altri operatori bancari¹⁷². Norme che, a tacer d'altro, non conferiscono di per sé alcuna attribuzione "potestativa" o "doverosa".

Secondo una parte della giurisprudenza penale, però, dovrebbe essere ritenuta "pubblica" almeno l'attività di "raccolta del risparmio postale", di cui all'art. 2, co. 1, lett. b, del D.P.R. n. 144 del 2001¹⁷³. Nello specifico, si tratta di un servizio affidato in esclusiva a Poste italiane s.p.a. o a sue controllate, realizzato essenzialmente attraverso la corresponsione di libretti di risparmio postale e di buoni postali fruttiferi (cfr. artt. 2, co. 3, d.lgs. n. 284 del 1999 e 1 decreto MEF 6 ottobre 2004).

La ragione principale richiamata a supporto del particolare *status* del risparmio postale, viene rintracciata ancora una volta nella sua strumentalità a fini di rilievo generale: la "raccolta per il tramite del risparmio postale", infatti, costituirebbe la provvista per le "attività di finanziamento per finalità di pubblico interesse" compiute dalla Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. (art. 5 del d.l. n. 269 del 2003)¹⁷⁴, che delle Poste è la principale azionista¹⁷⁵.

Nondimeno, si è già avuto modo di osservare come il criterio finalistico risulti epistemologicamente fragile, incapace di offrire indicazioni affidabili sulla distinzione del pubblico dal privato¹⁷⁶. Del resto, anche l'attività di raccolta del risparmio postale è sottoposta alle norme del TUB e del TUF (ove compatibili, cfr. art. 2, co. 6 D.P.R. n. 144 del 2001), mentre la disciplina speciale che gli viene dedicata (d.l. n. 487 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 71 del 1994; d.lgs. n. 284 del 1999; decreto MEF 6 ottobre 2004), influisce principalmente su profili attinenti alla determinazione del contenuto degli strumenti attraverso cui il risparmio postale viene raccolto, e altresì

¹⁷² Come visto ormai indubbiamente ricompresi nel novero dei soggetti privati anche dalla Cassazione penale, v. *Supra*, Cap. I, par. 2.3.

¹⁷³ V. Cass. Pen., Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10875, in www.italgiure.giustizia.it, che si distingue tra l'altro per il pregevole (e analitico) percorso argomentativo che propone.

¹⁷⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10875, cit., che conclude evidenziando come "in definitiva, tutti gli indici normativi sopra descritti concorrono a configurare un complessivo assetto normativo di Poste Italiane S.p.a. e CDP S.p.a. dal quale traspare – al di là della natura privatistica degli strumenti societari e della comunanza di talune forme di disciplina e vigilanza con quelle proprie ai settori bancario e finanziario – la specifica connotazione pubblicistica della raccolta e dell'impiego del risparmio postale, in quanto per legge direttamente e unicamente finalizzato al perseguimento di primari interessi pubblici".

¹⁷⁵ La compagine azionaria può essere consultata nella sezione "Azionisti" di posteitaliane.it.

¹⁷⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.2 e 3.1; v. inoltre *Supra*, Cap. III, par. 2

sull'utilizzo dei fondi che tramite essi si ricavano. Anche in quei frangenti, tuttavia, non è dato riscontrare elementi validi a contrassegnare la "specificità" di quella normativa, in termini di "pubblicità" della disciplina. Invero, si tratta pur sempre di una *raccolta* operata attraverso strumenti negoziali, che non prevede evidentemente alcun profilo di "potestatività" o "doverosità" nella sua esecuzione. Non si vede, poi, come il carattere prudenziale degli strumenti, l'affidamento in esclusiva alle Poste, o altresì la loro propedeuticità al finanziamento d'attività d'interesse generale possa contribuire a *qualificare* l'attività di chi è deputato a prestare quel servizio.

Certamente, la disciplina della raccolta del risparmio postale è in parte differente da quella di raccolta di risparmio tra il pubblico, ma questa differenza non basta di per sé a renderla "di diritto pubblico", e così neppure le finalità a cui sarebbe strumentale il denaro che tramite di essi viene ricavato.

8.4. Il difensore che verbalizza l'intervista difensiva

Si esamini adesso l'attività dell'avvocato difensore che nell'esercizio del suo mandato si trovi a verbalizzare un'intervista difensiva¹⁷⁷.

Come noto, il colloquio, la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione d'informazioni (art. 391-*bis* c.p.p.) rappresentano degli strumenti fondamentali nell'economia delle c.d. "investigazioni difensive" (Titolo VI *bis* c.p.p.), risultando inoltre capaci di influire sensibilmente anche sulla vicenda processuale: una volta acquisiti, infatti, possono consentire al difensore di contrastare gli "assunti accusatori, anche senza che il pubblico ministero sia posto in grado di replicare"¹⁷⁸. Non sorprende, perciò, che il legislatore abbia deciso di dedicare un'apposita norma del codice alla verbalizzazione di queste interviste. In particolare, si tratta dell'art. 391-*ter* c.p.p., che oltre a indicare il contenuto della "relazione" che deve essere autenticata dal difensore, specifica anche che ai fini dell'attestazione dell'intervista si devono osservare le disposizioni relative alla documentazione degli atti "in quanto applicabili".

¹⁷⁷ Il caso è già stato richiamato *Supra*, Cap. III, par. 3.1.

¹⁷⁸ G.i.p. Torino, 26 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 57.

Ci si chiede, dunque, che cosa accade quando il difensore ometta di verbalizzare alcune dichiarazioni che gli sono state rese, e se possa rispondere di falso in atto pubblico (art. 479 c.p.).

Secondo le Sezioni Unite, “il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni è destinato a provare fatti determinati e a produrre gli stessi effetti processuali (perfetta equiparazione ai fini della prova) dell’omologo verbale redatto dal p.m. (v. Cass., Sez. II, 9 aprile 2002, n. 13552, Pedi) e siccome non si pone in dubbio che quest’ultimo sia atto pubblico, la stessa natura deve attribuirsi anche al verbale redatto a cura del difensore. Ne consegue che il difensore ha gli stessi diritti e doveri del pubblico ministero per quanto riguarda le modalità di documentazione”¹⁷⁹. L’omologia delle modalità di documentazione, inoltre, farebbe il paio con quella delle posizioni soggettive: difatti, considerato che la difesa e il Pubblico ministero sarebbero titolari dei *medesimi diritti e doveri* in questo frangente, e che esisterebbe “un’evidente simmetria legislativa fra la falsità nelle dichiarazioni verbalizzate dal difensore (art. 371- ter cod. pen.) e quella riguardante le dichiarazioni verbalizzate dal p.m. (art. 371-bis cod. pen.)”¹⁸⁰, non dovrebbe residuare alcun dubbio sul fatto che anche l’avvocato sia tenuto in questo frangente al rispetto di una disciplina di diritto pubblico. Conseguentemente, visto che sta esercitando un potere a tutti gli effetti “certificativo” (art. 357, co. 1., c.p.), dovrebbe essere ritenuto un Pubblico ufficiale.

La presa di posizione è certamente dirompente, e conseguentemente è stata puntualmente argomentata dalla Corte. Tuttavia non sembra condivisibile.

A ben vedere, infatti, esaminando la disciplina che impronta l’attività del difensore in generale, e le indagini difensive in particolare, non è difficile accorgersi di come essa sia “facoltativa, unidirezionale (in quanto esclusivamente finalizzata alla ricerca ed individuazione di elementi di prova “a favore” della parte privata assistita: art. 327-bis c.p.p.); eventualmente incompleta (il difensore è libero di valutare quali e quanti atti di indagine compiere, e soprattutto quali di questi atti fare “emergere” nel processo: v. art. 391-octies c.p.p.); se del caso informale (laddove il difensore scelga, ad es., di ricorrere ad un colloquio non documentato, ex art. 391-bis c.p.p.); limitata quanto a tipologia di atti realizzabili; subordinata al consenso dei terzi interessati o ad un

¹⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 settembre 2006, n. 32009, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 347 ss.

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. Un., 28 settembre 2006, n. 32009, cit.

provvedimento autorizzatorio della magistratura”¹⁸¹. Detto in altri termini, o meglio detto nei termini dell’interpretazione *funzional-tipologica*, la disciplina dell’investigazione difensiva non descrive né un’attività “doverosa”, né tantomeno dotata delle caratteristiche di “imparzialità” e “potestatività” che sono imprescindibili ai fini dell’attribuzione della qualifica pubblica.

In effetti, in ogni fase dell’indagine, l’avvocato mantiene la piena discrezionalità sull’*an* delle attività che compie, e deve orientare le sue decisioni soltanto sulla base del miglior interesse del suo cliente (artt. 24 e 111 Cost.). Conseguentemente, nello svolgimento dell’attività di verbalizzazione non può essere equiparato né a un Pubblico ufficiale, né a un Incaricato di pubblico servizio, rimanendo invece a tutti gli effetti un Esercente di un servizio di pubblica necessità (art. 359, co. 1, c.p.), punibile per falso soltanto ai sensi del (meno grave) art. 481 c.p.

8.5. Il codice dei contratti pubblici come disciplina di diritto pubblico

Occorre, infine, prendere posizione sull’utilizzo del codice dei contratti pubblici come disciplina rilevante nel processo di qualificazione soggettiva. In buona sostanza, perciò, si tratta di ripercorrere l’indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla pronuncia “Bonomelli”¹⁸².

A tale riguardo, la ricostruzione *funzional-tipologica* che si è formulata permette di confermare le critiche di metodo già avanzate all’indirizzo giurisprudenziale che lo ha valorizzato¹⁸³, e di mettere a fuoco altresì un altro aspetto importante: così come non è la mansione in astratto attribuita, ma l’attività in concreto svolta a rilevare¹⁸⁴, allo stesso modo non è il plesso di disciplina a dover essere preso in considerazione, ma quella sua specifica parte diretta a regolare precisamente la determinata attribuzione espletata.

¹⁸¹ Cfr. A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un’intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 347 ss.

¹⁸² L’indirizzo giurisprudenziale è stato approfondito analiticamente *Supra*, Cap. II, par. 2.3.2.

¹⁸³ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4.1.; v. inoltre *Supra*, Cap. III, par. 3.2.

¹⁸⁴ V. *Supra*, Cap. I, par. 3 ss.

Il D. Lgs. n. 50 del 2016, infatti, si occupa dell'attività negoziale della P.a. dalla sue fasi prodromiche di programmazione, a quelle terminali di esecuzione. Non tutte queste, però, assumono la stessa valenza ai fini degli artt. 357 e 358 c.p. In particolare, è la fase di svolgimento e di selezione delle offerte a prevedere l'imposizione di procedure imparziali e asimmetriche funzionalizzate alla scelta del miglior contraente negoziale e a tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, *lett. e*, Cost.). Dopo l'aggiudicazione definitiva, invece, il regime è regolato (quasi) integralmente dal diritto comune, risultando di tipo prevalentemente consensualistico e paritario¹⁸⁵.

Conseguentemente, il riferimento al codice dei contratti pubblici coglie nel segno a patto che non sia inteso genericamente, o in relazione alle caratteristiche degli enti obbligati a rispettarlo.

9. La distinzione tra Ufficiale e Incaricato nel quadro della ricostruzione funzional-tipologica della qualifica

In chiusura, può essere opportuno spendere qualche considerazione sul contributo che l'ordito delle fattispecie della parte speciale può dare, nella parametrizzazione del Pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) dall'Incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.). Il metodo è sempre il medesimo¹⁸⁶, ma in questo caso, com'è evidente, le disposizioni a dover essere esaminate sono quelle in cui le due figure soggettive pubbliche vengono trattate partitamente, perché è soltanto in tali ipotesi che si possono rintracciare le caratteristiche riferibili a una delle due specifiche tipologie d'autore¹⁸⁷.

Passando in rassegna le norme incriminatrici attualmente contenute nel codice penale, si nota come l'Ufficiale e l'Incaricato compaiano quali unici autori in un gruppo

¹⁸⁵ Il confine tra la c.d. fase pubblicistica e quella c.d. fase privatistica delle procedure d'appalto è ben evidenziato dall'art. 32, co. 9 del nuovo codice del 2016, che prevede delle clausole di *stand still* tese ad assicurare che la negoziazione del contratto cominci soltanto quando le procedure di aggiudicazione sono divenute inoppugnabili.

¹⁸⁶ V. *Supra*, Cap. III, par. 4.

¹⁸⁷ Qui il lavoro di Malinverni costituisce una risorsa preziosa, da cui non si esiterà ad attingere: come visto (V. *Supra*, Cap. IV, par. 2), infatti, la sua attività esegetica si è concentrata proprio sugli aspetti che differenziano l'Ufficiale dall'Incaricato di pubblico servizio.

ormai ridotto di fattispecie¹⁸⁸. Si tratta quindi di verificare se quei pochi riferimenti rimasti rispetto al passato, possano comunque offrire un contributo significativo ai fini della precisazione del c.d. “confine interno”.

Anzitutto, il Pubblico ufficiale viene designato quale unico soggetto attivo in una serie di delitti finalizzati a reprimere l'utilizzo illegale di attribuzioni che si potrebbero definire “coercitive”. Il nome consegue dal fatto che esse permettono non soltanto di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dei terzi¹⁸⁹, ma addirittura di limitare il diritto fondamentale della libertà personale (art. 13 Cost.): è il caso dell'arresto illegale (art. 606 c.p.), della perquisizione e ispezione personale arbitraria (art. 609 c.p.), dell'indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), dell'abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), nonché della perquisizione e ispezione personali arbitrarie (art. 609 c.p.). Ma, a ben vedere, è anche il caso della scriminante dell'art. 53 c.p., in cui è proprio il “Pubblico ufficiale” a essere individuato come titolare di funzioni per il cui adempimento può essere previsto pure il ricorso a “mezzi di coazione”, con esiti eventualmente anche letali¹⁹⁰.

In verità, però, si deve osservare come tali disposizioni non si occupino propriamente di *tutti* i Pubblici ufficiali, bensì di categorie più specifiche. Negli artt. 606 e ss., infatti, tale denominazione sottende un rinvio soltanto ai soggetti che, a diverso titolo, partecipano evidentemente all'esercizio della funzione “giurisdizionale” (artt. 606 e 609 c.p.) o a una particolare attività amministrativa, ossia quella “penitenziaria” (artt. 607 e 608 c.p.). Nel caso dell'art. 53 c.p., invece, il suffisso “Pubblico ufficiale” individuerrebbe in realtà soltanto gli appartenenti alle c.d. forze di polizia¹⁹¹. Peraltro, non si può non evidenziare come il recente delitto di tortura¹⁹²

¹⁸⁸ Come si è già avuto modo di osservare *Supra*, Cap. I, par. 2.1, nt. 86, il rilievo applicativo della distinzione tra le due figure soggettive disciplinate negli artt. 357 e 358 c.p. è d'importanza ormai ridotta, specie con riferimento ai delitti contenuti nel Titolo II.

¹⁸⁹ Al modo delle attribuzioni genericamente “potestative”, che abbiamo visto essere proprie sia dell'Incaricato che dell'Ufficiale, v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2.

¹⁹⁰ Per approfondimenti a riguardo si rinnova il rinvio a G. PANEBIANCO, *L'uso legittimo delle armi*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, 2010, 389 ss.; D. PULITANO, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. Giur.*, 1994, I; volendo si veda inoltre N. AMORE, sub *Art. 53*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, con il coordinamento di G. DE FRANCESCO – G. FIDELBO – A. VALLINI, Milano, 2019.

¹⁹¹ Ossia agli agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria e i militari in servizio di pubblica sicurezza, che sono a ben vedere gli unici destinatari di doveri per il cui adempimento è previsto l'uso di armi o di altri mezzi offesa (in senso conforme di veda v. T. DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di*

abbia, per com'è stato formulato dal legislatore, probabilmente pregiudicato la possibilità di considerare esclusive dei soli Pubblici ufficiali, o meglio di alcune sue classi, l'esercizio delle potestà "coercitive": l'art. 613-*bis* c.p., infatti, include pure l'Incaricato tra i soggetti che, "in violazione dei doveri" o anche "con abuso dei poteri", possono cagionare "acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa"¹⁹³. Questa disposizione, infatti, sembrerebbe suggerire che anche l'Incaricato di pubblico servizio possa essere titolare di attribuzioni e destinatario di doveri, dal cui abuso o comunque dalla cui violazione possono discendere gravi conseguenze perfino per la libertà e l'integrità della persona.

L'Ufficiale, infine, costituisce il solo soggetto legittimato a compiere alcuni delitti disciplinati nel Titolo VII, relativi a falsità materiali (artt. 476, 477 e 478 c.p.) e ideologiche (art. 479 e 480) commesse in relazione a diverse tipologie di atti. Inoltre, è sempre il Pubblico ufficiale a esser individuato quale unico destinatario possibile delle false attestazioni o dichiarazioni punibili relative alla "identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona" (art. 495 c.p.).

Anche in questo caso, tuttavia, la situazione è meno lineare di quello che potrebbe sembra di primo acchito: per le stesse falsità, infatti, vengono puniti anche gli "impiegati dello Stato o di altro ente pubblico"¹⁹⁴ che siano incaricati di un pubblico servizio (art. 493 c.p.); inoltre, l'art. 496 c.p. incrimina alcune false attestazioni o dichiarazioni, anche quando rese verso un Incaricato di pubblico servizio.

altro mezzo di coazione fisica, Arch. pen., 1975, 185; D. PULINTANÒ, *Uso legittimo*, cit., 2; S. SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018; F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 22; sul punto volendo si veda N. AMORE, sub Art. 53, cit.).

¹⁹² Per un approfondimento anche dal punto di vista storico e del diritto internazionale sul reato di tortura, si rinvia per tutti a T. PADOVANI, *Tortura*, in *Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, III, Pisa, 2016.

¹⁹³ Per un'analisi dell'art. 613-*bis* c.p. si vedano D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in Arch. Pen., 2017, 3, 1 ss.; T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, 30, 27 ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017)*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2018, 389 ss.; L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia*, 2018, nella versione anticipata su *discrimen.it*.

¹⁹⁴ Sulla nozione d'impiegato v. *Supra*, Cap. I, par. 2.1.

Ci si domanda, allora, come questo quadro ormai frammentato e incoerente, sia in grado di supportare la distinzione normativa tra Pubblico ufficiale e Incaricato di pubblico servizio. In effetti, se la legge n. 86 del 1990 ha confermato e precisato la linea discrezionale tra le due figure di agenti pubblici¹⁹⁵, le riforme che hanno interessato le fattispecie incriminatrici proprie sembrano invece essersene progressivamente disinteressate, trattandola alla stregua di un reperto obsoleto di una tradizione in cui l'Ufficiale era considerato, più o meno implicitamente, quale agente dotato di attribuzioni di maggiore "prestigio"¹⁹⁶. Un'impostazione da ritenersi ormai priva di spessore politico criminale¹⁹⁷.

Così stando le cose, l'unica via per non ricadere in una parziale *interpretatio abrogans* dell'art. 357 c.p., è ancora una volta quella di mettere a sistema le composite indicazioni che provengono dalle fattispecie legali, con quelle derivanti dagli artt. 357 e 358 c.p. Invero, i parametri indicati dalle disposizioni definitorie, pur risultando piuttosto laschi¹⁹⁸, sembrano comunque capaci di fornire un ausilio ermeneutico maggiore in questo frangente, rispetto al contributo che hanno saputo dare nella parametrizzazione del c.d. "confine esterno". In effetti, se in quel caso le proposizioni dell'art. 357, co. 2, c.p. sono apparse in grado di attestare "soltanto" la volontà di costruire una figura soggettiva unitaria per tutte le fattispecie che richiamano le due qualifiche¹⁹⁹, stavolta invece sembrano poter contribuire anche alla definizione stessa dei criteri discretivi. A ben vedere, infatti, l'art. 357, co. 2, c.p. offre indicazioni più circostanziate sulle caratteristiche che valgono a distinguere il Pubblico ufficiale dall'Incaricato di pubblico servizio: come noto, si parla in particolar modo della partecipazione alla "formazione" o alla "manifestazione della volontà" della P.a., o

¹⁹⁵ V. *Supra*, Cap. I, par. 3 ss.

¹⁹⁶ V. *Supra*, Cap. I, par. 2.1. Del resto, è solo l'Ufficiale a poter essere titolare delle funzioni legislative e giudiziarie, repute certamente di maggior prestigio rispetto a quelle, ad esempio, del responsabile del procedimento amministrativo dell'ufficio urbanistica del comune. Non a caso, è solo il Pubblico ufficiale a essere individuato come unico possibile soggetto passivo individuale del reato d'oltraggio (art. 341-bis c.p.), perché è solo con riguardo alle sue funzioni che si ipotizza la necessità di una tutela rafforzata rispetto a quella comune, che copra per l'appunto anche il "prestigio" della sua carica.

¹⁹⁷ Non possono che tornare all'orecchio le nette affermazioni che il Malinverni metteva nero su bianco già più di 50 anni or sono, relative al fatto che queste categorie difettavano di "un preciso riscontro nella realtà della vita, né chiaro fondamento in norme giuridiche, né adeguata elaborazione nella dottrina" (cfr. A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato*, cit., 131). Sul punto v. inoltre *Infra*, Cap. V.

¹⁹⁸ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.2.

¹⁹⁹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 5.

altresì del compimento di un'attività caratterizzata dall'esplicazione di “poteri autoritativi” o “certificativi”.

Da questo inciso, anzitutto, si ritrae un primo, prezioso, indizio: le tre potestà sono poste in rapporto di alternatività, perciò si potrà essere Ufficiali ogni qual volta si stia esercitando in concreto anche solo una delle tre attribuzioni menzionate, non essendo invece necessario accertare il possesso delle altre due²⁰⁰. Ciò implica, quindi, che le fattispecie incriminatrici che si sono passate in rassegna potrebbero descrivere dei Pubblici ufficiali “amministrativi” differenti, in quanto possibilmente colti nello svolgimento di una delle tre diverse funzioni ciascuna in grado di attestare, autonomamente, il possesso della qualifica.

Dal punto di vista contenutistico, inoltre, le concettualizzazioni prescelte dal legislatore (formazione e manifestazione della volontà; autoritatività; potere certificativo) possono essere adoperate quali indicazioni di massima da coordinare con gli scopi concretamente perseguiti dalle singole incriminazioni che coinvolgono il Pubblico ufficiale.

In tal senso, allora, il riferimento ai poteri “certificativi” può essere inteso come indicativo della capacità di formare atti dotati di efficacia probatoria vincolante. La lettura non è del tutto innovativa, essendo anzi sostanzialmente conforme a quella già proposta da una parte della dottrina²⁰¹. Con l'operazione ermeneutica che si è svolta, però, si è verificata la corrispondenza di questa interpretazione con gli scopi di politica-criminale concretamente perseguiti dal legislatore: sono proprio le fattispecie della parte

²⁰⁰ Anche perché in tal modo si finirebbe per ricadere in una lettura soggettivistica della qualifica, declinandola dunque alla stregua di uno *status personae*. Un risultato interpretativo chiaramente precluso dalla accezione funzionale-obiettiva prescelta dal legislatore di riforma, e accolta peraltro dalla singole fattispecie di parte speciale (come osservava correttamente P. SEVERINO DI BENEDETTO, Art. 357 (Commento), in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, coordinato da T. PADOVANI, 1996, Torino, 458 ss., “la nuova disciplina ha voluto segnare una netta accentuazione della prospettiva funzionale-oggettiva delle qualifiche pubblicistiche, sganciandole del tutto da quel rapporto di dipendenza che la norma abrogata poneva in alternativa al criterio di effettivo svolgimento [...] di una pubblica funzione”. Pertanto, “le connotazioni pubblicistiche dell'ente possano assumerne rilievo ai fini della suddetta qualificazione solo quando si traducano in connotazioni oggettive idonee a contrassegnare come pubblica – alla luce del criterio di disciplina enunciato, come si vedrà, nel secondo comma della norma in esame – l'intera attività, ovvero un singolo settore di essa, facente capo alla persona giuridica”).

²⁰¹ In senso conforme si veda per tutti A. FIORELLA, *Pubblico ufficiale*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 574; v. inoltre A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 790 ss.; da ultimo si veda M. CATENACCI, *Le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di M. CATENACCI (estratto del *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, vol. V), Torino, 2017, 28.

speciale, e segnatamente quelle contenute nel Titolo VII, a dirci che sono Ufficiali non soltanto coloro che sono capaci di formare “atti pubblici” (art. 2700 c.c.), ma più in generale certificati, autorizzazioni amministrative e “attestati” consistenti in sostanza in atti capaci di comprovare *erga omnes* determinati fatti²⁰². Un elemento che può forse essere decisivo, almeno, per censurare l’orientamento giurisprudenziale dominante che si è già avuto modo di richiamare, tendente a ricomprendere nel novero di questo potere persino le ricevute rilasciate dal dipendente di un’azienda di servizi postali²⁰³.

Per quel che concerne il riferimento ai poteri “autoritativi”, invece, esso può essere coordinato sia con il concetto di “potestatività”, che come si è visto rappresenta uno dei minimi comun denominatori delle posizioni soggettive pubbliche²⁰⁴; e altresì con quello di “coercitività”, che costituisce invece l’apice qualitativo²⁰⁵ di mansioni proprie ed esclusive soltanto di alcuni degli Ufficiali pubblici. Anzitutto, almeno dal punto di vista del campo di applicazione soggettiva, si tratta sicuramente di tre qualità poste in rapporto di genere a specie l’una con l’altra: la potestatività, infatti, è propria di ogni soggetto pubblico; l’autoritatività, invece, dei soli pubblici ufficiali; la coercitività, infine, di un gruppo più specifico di questi ultimi. A ben vedere, però, il rapporto di continenza tra le classi di soggetti a cui ciascuno di questi attributi è riferibile, sembra portare con sé anche un rapporto di continenza concettuale: se la potestatività è la “base” dei soggetti pubblici, e l’autoritatività degli ufficiali, la coercitività non potrà che porsi quale sotto insieme di entrambe, quale sua forma di espressione insieme più specifica e (evidentemente) più acuta. In definitiva, perciò, dalla concatenazione di questi tre parametri emergerebbe la seguente relazione logica:

$$\text{potestatività} \supset \text{autoritatività} \supset \text{coercitività}$$

²⁰² A tal proposito si potrebbe obiettare che l’art. 493 c.p. estenda la possibilità di commettere tali falsità anche agli impiegati incaricati di un pubblico servizio. Si tratta tuttavia di una norma evidentemente eccezionale, che perciò nulla toglie al fatto che questa capacità certificativa venga ricollegata in prima battuta all’Ufficiale (in senso conforme v. anche G. FIANDACA—E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 175).

²⁰³ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.2.

²⁰⁴ In accordo, s’intende, con l’interpretazione “funzional-tipologica” che si è proposta, v. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2.

²⁰⁵ Almeno per la loro capacità d’incidere unilateralmente su posizioni giuridiche soggettive che costituiscono il cuore assiologico della istituzione.

Così stando le cose, allora, un'interpretazione sostenibile sul piano argomentativo, e dotata peraltro di un fondamento teorico-generale, può essere quella di fissare il discrimine tra semplice *potestatività* e vera e propria *autoritatività*, quale concetto di genere inclusivo della *coercitività*, nella maggiore "invasività" del potere a disposizione dell'Ufficiale ha a disposizione, d'incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dei terzi. In particolare, ciò potrebbe avvenire in due modi distinti: quando il soggetto pubblico è titolare di un vero e proprio "spazio decisionale autonomo", che gli consente quindi di influire sull'*an*, o quantomeno sul *quomodo*, degli effetti giuridici che è in grado di costituire in capo al terzo (c.d. "potere discrezionale")²⁰⁶; o altresì, nell'attitudine di quell'attribuzione potestativa di incidere su interessi personali di rango fondamentale della persona, come ad esempio la libertà personale (c.d. "potere coercitivo"). In tale ultimo caso, la rilevanza qualitativa del potere attesterebbe di per sé l'esistenza di un Pubblico ufficiale.

Passando infine all'analisi delle attività di "formazione" e "manifestazione" della "volontà della pubblica amministrazione", le fattispecie non sembrano offrire indicazioni su questo aspetto: manca, infatti, una norma incriminatrice che colga il Pubblico ufficiale nello specifico esercizio di questa tipologia d'attribuzione²⁰⁷. I problemi di tipicità vengono inoltre aggravanti dalla mancata esplicitazione della consistenza del contributo necessario a integrare la qualifica, nonché dal riferimento *soggettivo* al concetto di Pubblica amministrazione, che rischia di far avvitare su sé stesso il criterio funzionale-obiettivo predicato dalle norme definitorie²⁰⁸, e corroborato pure dalle disposizioni di parte speciale²⁰⁹.

In tal senso, allora, le figure di reato coinvolgenti i Pubblici ufficiali possono aiutare almeno in questo, richiamando l'interprete alla necessità di declinare quei "poteri" *rappresentativi* in rapporto ad attribuzioni già qualificabili come pubbliche dal punto di vista funzional-tipologico. Ciò significa, quindi, con esclusione delle mansioni

²⁰⁶ V. *Supra*, Cap. IV, par. 4.2, nt. 70.

²⁰⁷ Nell'impostazione del Malinverni (già richiamata *Supra*, Cap. IV, par. 2), queste attribuzioni erano ricavate quali corollari della "particolare importanza" delle mansioni caratteristiche dell'Ufficiale, e desunte dall'interpretazione dei reati di concussione, interesse privato in atti di ufficio e abuso innominato d'ufficio. A prescindere dalle diverse interpretazioni date del delitto di concussione, le fattispecie richiamate sono state o abrogate, oppure cospicuamente riformate, affiancando in ogni caso all'Ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio quale soggetto attivo del reato.

²⁰⁸ V. *Supra*, Cap. I, par. 3.2; v. inoltre *Supra*, Cap. II, par. 2.4.

²⁰⁹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 9, nt. 196.

meramente esecutive, o altresì prive della possibilità d'incidere sulla volontà del soggetto pubblico se non in via di mero fatto²¹⁰.

²¹⁰ Dato che attesterebbe, come già evidenziato *Supra*, Cap. IV, par. 8 (v. nt. 159), una posizione (o una capacità) d'influenza verso la persona fisica titolare del ruolo, piuttosto che una posizione qualificata dall'ordinamento in rapporto all'attività vulnerata.

Capitolo V: Pubblico e privato nella politica criminale post-moderna. Prolegòmeni di uno studio *de lege ferenda* sulla distinzione tra gli agenti pubblici e privati

Questo capitolo raccoglie il precipitato di una prima riflessione dedicata alle possibili strategie di riforma delle qualifiche pubbliche. L'ambizione è quella di porre le basi per un lavoro futuro che sia in grado di proporre una formulazione degli artt. 357 e 358 c.p. "criminologicamente adeguata" alle attività che sottende.

Il punto di partenza è costituito ancora una volta dal metodo *funzional-tipologico*, che verrà impiegato stavolta per tentare di isolare le costanti criminologiche dei reati propri contro la P.a. Nello specifico, si cercherà di valutare in che termini e fino a che punto essi reagiscano alla distinzione del pubblico dal privato, adoperando i risultati ritratti come una prima base di partenza per cominciare a programmare delle possibili linee d'intervento sulle posizioni soggettive pubbliche, che siano finalmente congruenti con le caratteristiche politico-criminali delle tipologie di aggressione in cui andranno a operare.

1. La "grande dicotomia" nel diritto penale del XXI secolo

L'ordinamento post-moderno ha ormai fatto strame di molte delle architetture giuridiche ottocentesche, e segnatamente della dicotomia pubblico – privato che ne regolava in gran parte l'intreccio. Come si è avuto modo di osservare, infatti, questa distinzione è divenuta estremamente problematica in più settori⁶⁶⁶, e in special modo in quello penale: qui infatti il legislatore non è mai stato in grado di trovare il bandolo della matassa, rimanendo incagliato sin da subito negli accidenti della *séparation des pouvoirs*⁶⁶⁷. Dal canto loro, dottrina e giurisprudenza non sono riuscite a trovare la strada per far convergere i consensi degli interpreti verso alcuna delle proposte interpretative che hanno avuto modo di formulare⁶⁶⁸.

Invero, anche il tentativo di ricostruzione ermeneutica che si è proposto non consente di risolvere tutti i problemi: a tacer d'altro, infatti, per la formulazione di una

⁶⁶⁶ V. *Supra*, Cap. III, par. 2.

⁶⁶⁷ V. *Supra*, Cap. I, par. 1.2 ss.

⁶⁶⁸ V. *Supra*, Cap. II, par. 2 ss; v. inoltre *Supra*, Cap. III, par. 3.1 e 3.2.

criteriologia congruente con gli scopi di politica criminale enucleati dalle fattispecie legali, si è dovuto rinunciare all'attualità dell'impianto ricostruttivo, che risente ancora, inevitabilmente, di quella immagine tardo-ottocentesca della P.a., che il codificatore aveva a mente quando definiva molte delle fattispecie che compongono il Titolo II⁶⁶⁹.

Nondimeno, il metodo “funzional-tipologico” che si è provato a formalizzare, ha permesso di riportare al centro il diritto penale e le sue finalità nel processo di decodificazione della “grande dicotomia”, valorizzando le disposizioni incriminatrici quali unici referenti capaci di attestarle. In effetti, grazie al suo fondamento normativo e alla particolare relazione che si viene a instaurare tra i suoi elementi costitutivi, la fattispecie legale può essere considerata come punto di riferimento fondamentale per la comprensione degli obiettivi politico-criminali perseguiti dal legislatore penale in un determinato settore d'intervento. Ed è proprio da quegli obiettivi che è stato necessario ripartire, per recuperare la capacità ordinatoria della distinzione del pubblico dal privato: in assenza di dati concreti e stabili a cui agganciarsi, infatti, la sua capacità ordinatoria non poteva essere conservata se non in chiave “funzionalmente orientata”, mettendola cioè a servizio degli obiettivi volta per volta perseguiti dal plesso di disciplina che la richiama⁶⁷⁰.

Ciò si è rivelato fondamentale per risolvere le contraddizioni intrinseche degli orientamenti “unitari”, che si limitavano a importare dal diritto amministrativo delle soluzioni ricostruttive parziali e contraddette, ma soprattutto incongruenti con la funzione propria della qualificazione penale dei pubblici soggetti⁶⁷¹.

Le potenzialità di questa metodologia potranno inoltre essere messe a frutto in prospettiva *de lege ferenda*, nel momento in cui si svilupperà una riflessione sulla necessità o meno di mantenere questa differenziazione nella legislazione penale. Ragionando in chiave di riforma, infatti, salvaguardare questa dicotomia non rappresenta più un obbligo. Al contrario, la sua riproposizione dipenderà proprio dall'attitudine ad assicurare, in una qualsiasi veste, gli scopi per cui viene proposta. In altre parole, la sua sopravvivenza sarà legata alla capacità di riconnettersi a *rationes* sostanziali chiare, e dotate di un apprezzabile spessore politico criminale⁶⁷².

⁶⁶⁹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 6.

⁶⁷⁰ V. *Supra*, Cap. III, par. 2 e 3.

⁶⁷¹ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.

⁶⁷² Marcato a sufficienza da giustificare almeno lo statuto penale che va a instaurare.

In questo senso, allora, applicare in chiave *de iure condendo* il metodo funzional-tipologico alla distinzione degli agenti pubblici da quelli privati, significherà anzitutto valutare in che modo l'utilizzo *dicotomico* di queste due etichette possa assicurare dei benefici nello specifico contesto del diritto penale, e in particolar modo nei reati dei pubblici ufficiali in cui ambisce a operare. In buona sostanza, si tratterà di verificare se, e a che condizioni, la distinzione degli agenti pubblici dai privati può produrre effetti razionali rispetto agli scopi che le fattispecie del Titolo II perseguono⁶⁷³.

Per farlo, sarà necessario partire ancora una volta dall'esame della struttura dei reati contro la Pubblica amministrazione, conducendolo *al netto* delle qualifiche pubbliche, nell'ottica di ricavare le ragioni che ne hanno giustificato la formulazione. Si dovrà poi verificare se esitano dei punti di contatto, e di che natura, tra i diversi tipi criminosi, e se tra questi vi si possa ricomprendere la tipologia di autore. Infine, si dovrà valutare se, e in che modo, la distinzione del pubblico dal privato possa contribuire al soddisfacimento dei rispettivi programmi di tutela penale.

Nelle pagine che seguono si proverà a tratteggiare le coordinate essenziali da seguire, per sviluppare una riforma degli artt. 357 ss. c.p. comprensibile e congruente dal punto di vista politico-criminale.

2. Dallo studio di funzione alla ricerca di una base empirica comune per i reati dei pubblici ufficiali

Esaminando separatamente ciascuno dei reati che compongono il quadro delle violazioni “generiche” dei pubblici agenti⁶⁷⁴, le indicazioni che si ricavano in termini di scopi perseguiti e di possibili caratteristiche dei loro autori appaiono sensibilmente divergenti e non facilmente armonizzabili; men che meno in chiave strettamente

⁶⁷³ Secondo M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, 1974, 239 ss., agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, *misurando* razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze.

⁶⁷⁴ Si fa riferimento ai cinque gruppi di delitti analizzati *Supra*, Cap. IV, par. 4 ss., costituiti in particolare dai delitti di peculato (artt. 314 e 315 c.p.), di concussione e induzione indebita (artt. 317 e 317-quater c.p.), di corruzione (artt. 318 e 319 c.p.), d'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), e di rifiuto e omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.).

giuspubblicistica. Ciò emerge nitidamente riprendendo in mano il lavoro esegetico svolto nel capitolo antecedente.

I delitti di peculato (art. 314 ss. c.p.), innanzitutto, rivisitano la struttura dell'appropriazione indebita con lo scopo di spostare il fuoco della tutela penale dal patrimonio dell'offeso, alla salvaguardia degli interessi che devono essere perseguiti nell'esercizio dell'attività per il quale il bene è stato attribuito. La condotta di peculato, infatti, pregiudica principalmente l'esclusività e l'indisponibilità del fine perseguito dall'ufficio che il soggetto attivo ricopre, e che viene offeso nel momento in cui si utilizza quel bene per ragioni egoistiche. A ben vedere, però, la natura "funzionale" dell'attività che la condotta di peculato sottende, caratterizza pure molteplici attività disciplinate dal diritto privato: soltanto per elencarne alcune, si pensi all'ufficio dell'amministratore di sostegno (art. 404 ss. c.c.) o del curatore fallimentare (artt. 27 ss. l.f.)⁶⁷⁵. Entrambi esercitano delle prerogative riconosciute dal codice civile, in funzione della migliore soddisfazione di interessi altrui (rispettivamente dell'amministrato e del *de cuius*) di cui non possono liberamente disporre. In tal senso, l'appropriazione di beni ricevuti "per ragione del suo ufficio" ricalca la stessa struttura del delitto di peculato, e pregiudica la soddisfazione del medesimo scopo.

I delitti di concussione, invece, mirano a punire gli abusi di potere nelle relazioni inter-soggettive di tipo asimmetrico. In talune ipotesi, infatti, l'ordinamento riconosce a determinati soggetti delle attribuzioni di natura potestativa, capaci cioè di modificare la sfera giuridica dei terzi a prescindere dal loro consenso. Quando esse vengono impiegate illecitamente al fine di ottenere dei vantaggi indebiti, dunque violando doveri o abusando di prerogative proprie del ruolo ricoperto, si realizza il reato di concussione. Come si è avuto modo di osservare, l'esercizio di un potere è stato classicamente ritenuto uno degli elementi distintivi dello status pubblicistico.

⁶⁷⁵ Presumibile frutto della logica binaria con cui persino il costituente inquadra i regimi proprietari, e del tradizionale criterio della natura dello scopo perseguito come indice principale della consistenza dell'attività svolta (v. *Supra*, Cap. II, par. 2.3 ss.; v. inoltre *supra*, Cap. III, par. 2), la distinzione tra peculato e appropriazione indebita sembra rispecchiare la tradizionale distinzione tra attività di diritto pubblico e diritto privato: la prima caratterizzata per l'indisponibilità del suo scopo, la seconda per la patrimonialità dei suoi obiettivi. Pertanto, in un caso si puniscono i comportamenti abusivi che si traducono soprattutto in un impegno disfunzionale del bene; nel secondo caso invece il pregiudizio economico costituirebbe anche un pregiudizio alla destinazione "privata" del bene, per l'appunto tradizionalmente intesa come di tipo economico. Un'ottica che ha ampiamente fatto il suo tempo, e che non trova più alcuna rispondenza significativa nella realtà socio-economica in cui è chiamata a intervenire.

Nondimeno, questa ricostruzione è stata sottoposta ad ampia revisione critica, tanto dal punto di vista della consistenza euristica, quanto per la sua crescente lontananza dal quadro istituzionale e socio-economico⁶⁷⁶. A oggi, invero, sono numerosi gli autori che segnalano l'esistenza di potestà private di eguale e, talvolta, addirittura maggiore pervasività di quelle pubbliche⁶⁷⁷, che palesano pertanto possibilità di abusi non meno significativi. Gli ambiti regolati dal diritto civile che si possono richiamare sono numerosi: il più classico ed evidente è forse quello tra l'imprenditore e il lavoratore subordinato⁶⁷⁸.

Anche i delitti di corruzione, o meglio *soprattutto* i delitti di corruzione, esprimono un programma di tutela che è tutto meno che strettamente giuspubblicistico. Richiamando l'interpretazione che si è proposta⁶⁷⁹, si è osservato come il reato-contratto⁶⁸⁰ di corruzione sia finalizzato a proteggere l'imparzialità dei processi di scelta relativi a interessi predeterminati e comunque indisponibili dal decidente, contro ogni surrettizia forma di collateralismo clientelare o mercantile collegata al *munus* del corrotto. Un interesse che può essere messo in pericolo non soltanto nelle procedure decisionali delle Pubbliche amministrazioni, ma anche nella cura privata di interessi rilevanti per i terzi e non disponibili dal curatore: sempre che si traduca nella realizzazione di attività giuridicamente significative: si pensi alle ipotesi di corruzione in appalti indetti da società commerciali private, o addirittura a un caso di accettazione di tangenti da parte, ad esempio, di un esecutore testamentario (art. 700 ss. c.c.), per favorire uno degli aventi causa del *de cuius* nella suddivisione della massa ereditaria.

⁶⁷⁶ V. *Supra*, Cap. III, par. 2.

⁶⁷⁷ Pionieristico in tal senso il lavoro di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977 con cui si sottopone a forte revisione critica la tradizionale impostazione che vedeva contrapposti il diritto privato fondato su rapporti tra eguali e il diritto pubblico incentrato sull'autorità. Un'indagine che rimane particolarmente attuale, se solo si pensa al recente fenomeno del c.d. diritto della regolazione, che incarna proprio quel "diritto economico dei rapporti di impresa, compenetrazione di tecniche pubbliche e private" di cui già si parlava nella celebre monografia; v. inoltre *Supra*, Cap IV, par. 2.

⁶⁷⁸ V. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 33 ss. Un altro esempio interessante e particolarmente attuale riguarda la posizione dei *provider* rispetto ai suoi utenti, su cui v. S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di P. SIRENA – A. ZOPPINI, Roma, 218, 555 ss.

⁶⁷⁹ V. *Supra*, Cap. IV, par. 4.3.

⁶⁸⁰ "Per reato contratto deve intendersi quel reato che tale possa essere definito per effetto della semplice stipula di un contratto e, quindi, a prescindere dalla sua esecuzione, in quanto si verifica un'immedesimazione del reato col negozio giuridico che ne risulta integralmente contaminato da illiceità" (cfr. Cass. Pen., Sez. II, 20 luglio 2018, n. 34293, in www.italgiure.giustizia.it).

Pure in queste ipotesi si mette in pericolo l'imparzialità di processi di scelta, dotati delle medesime caratteristiche, ossia di una fisiologica relazionalità⁶⁸¹, e di una evidente funzionalità alla migliore soddisfazione di un interesse predeterminato e indisponibile per il decidente.

Stessa sorte tocca al delitto di abuso d'ufficio. Questo reato interviene a punire tutti quei comportamenti ingiusti compiuti nello svolgimento di una determinata attività, che pregiudicano o favoriscono una parte in violazione delle leggi che ne regolano lo svolgimento o ne presidiano l'esito. Situazioni che si possono porre, all'evidenza, tanto all'interno di organizzazioni pubbliche che private⁶⁸².

Diversamente, infine, per quel che riguarda il delitto di rifiuto e omissione d'atti d'ufficio, col primo che punisce il mancato compimento di determinati atti (in materia di giustizia, sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità) da parte dei soggetti a cui la legge chiede di eseguirli senza ritardo; il secondo, invece, che sottende un obbligo di attivarsi sia delle attività pubbliche tenute al rispetto del dovere di procedere sancito all'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo (n. 241 del 1990), sia di quelle rese obbligatorie a norma del diritto civile (ad esempio perché contrattualmente imposte).

Considerato nel suo insieme, dunque, il quadro appare a dir poco frammentato: dietro le diverse tipologie criminose, infatti, si scorgono programmi di tutela eterogenei, incentrabili peraltro su tipologie di autori che sembrano ormai poter operare indifferentemente in campo pubblico e privato.

A fronte delle evidenti differenze, tuttavia, è possibile individuare anche un terreno comune. Confrontando con attenzione le formulazioni di questi delitti, infatti, si nota che le disposizioni che incriminano le diverse forme di peculato (art. 314 ss. c.p.) si riferiscono espressamente a un soggetto che ricopre o comunque sta esercitando un ufficio o prestando un servizio; lo stesso fanno le disposizioni sulla corruzione (artt. 317 e 318 c.p.), alludendo al compimento di un'azione indebita che si ripercuote sull'attività

⁶⁸¹ Essendo ampiamente previsto e anzi necessario che la decisione avvenga in seguito alla considerazione di determinati interessi altrui.

⁶⁸² D'altronde, in Italia la procedimentalizzazione dei processi decisionali concernenti le attività aziendali è andata vieppiù aumentando nella legislazione d'impresa, quale utile strumento di *risk management* nonché di individuazione delle responsabilità connesse all'esercizio di determinate funzioni aziendali (v. M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 732 ss.).

che l'agente è incaricato di compiere; quelle sulla concussione, invece, presuppongono esplicitamente un "abuso" di qualità o poteri che sono stati previamente attribuiti al soggetto attivo; l'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio, poi, richiama espressamente le "norme di legge o di regolamento" che disciplinano quella funzione o quel servizio esercitati in concreto dal reo; infine, l'art. 328 c.p. si riferisce sempre ad atti dell'ufficio preesistenti che devono essere compiuti e non vengono realizzati, e ciò perché, evidentemente, si presuppone che quegli stessi "atti d'ufficio" siano stati considerati e regolati da delle norme giuridiche, che ne hanno peraltro stabilito l'obbligatorietà.

In sintesi, dunque, si può notare come ognuno di essi descriva, o comunque presupponga, una condotta attuata in violazione di norme e doveri, oppure attraverso l'abuso della posizione o dei poteri, previsti per l'esercizio di un ruolo (il c.d. "ufficio" o "servizio") evidentemente riconosciuto dal diritto. Di conseguenza, anche al netto del riferimento agli artt. 357 e 358 c.p., questi precetti permangono a soggettività riservata, e restano equiparabili almeno sotto il profilo dell'attività giuridicamente rilevante che i loro autori si trovano a svolgere.

Il risultato è ancora provvisorio, ma pare particolarmente promettente. Da un lato, infatti, si conferma il forte legame tra la qualifica e la fattispecie, che fa sì che anche una volta eliminato il riferimento espresso alla prima, la seconda mantenga la sua caratterizzazione *propria*⁶⁸³. Dall'altro, invece, si accredita ulteriormente l'ipotesi di un'opera, per così dire, di sovra-selezione da parte del legislatore⁶⁸⁴, sia rispetto a quanto necessario per ciascun tipo criminoso, sia in relazione alla comune base empirica che parrebbe accomunarli. In altre parole, sembra che l'adozione della medesima qualifica a carattere pubblicistico per tutti i reati propri del Titolo II, abbia concorso non soltanto ad alterare lo specifico programma di tutela promosso dalle diverse incriminazioni⁶⁸⁵, ma anche ad allontanarle dal loro unico dato aggregante. Il soggetto definito "pubblico" dalla legge, infatti, oltre a *dover essere lo stesso* per tutti questi

⁶⁸³ Il rapporto tra reato proprio e qualifica è stato oggetto di approfondimento *Supra*, Cap. IV, par. 3.

⁶⁸⁴ L'ottica, evidentemente, è quella del tempo presente. Calandosi nei panni del legislatore del 1930, questa scelta per quanto nata vecchia (v. *Supra*, Cap. III, par. 1 e 2), scontrerebbe un minor tasso di approssimazione.

⁶⁸⁵ Come si è appena osservato, infatti, le diverse fattispecie che richiamano genericamente i doveri e/o le attribuzioni "del pubblico ufficiale", sembrano però perseguire obiettivi di tutela eterogenei, incardinabili sulle condotte di autori non necessariamente accomunabili sotto il segno della medesima veste pubblica.

reati⁶⁸⁶, si trova pure a svolgere una soltanto delle possibile attività potenzialmente sottese alle fattispecie legali, e in astratto egualmente idonee a fornire la legittimazione all'offesa.

Giunti a questo punto, pertanto, è necessario verificare se la scelta del legislatore permetta una selezione congruente dei fenomeni criminosi sottesi dalle diverse incriminazioni, e, in caso contrario, quali possano essere i percorsi da seguire per realizzarla. Si deve, quindi, mettere da parte l'analisi dei precetti giuridici condotta fino a ora, e iniziare invece ad approfondire il contenuto e il significato politico-criminale del dato empirico al quale l'elemento comune sembra ricollegarsi.

2.1. I reati del Titolo II come *occupational crime*

Seguendo i dettami della moderna scienza della legislazione, la riflessione sullo *Zweck* e sulla *Struktur* del *Tatbestand* rappresenta la chiave per accedere alle caratteristiche concrete della forma di criminalità a cui intende rivolgersi. Per regola metodologica ormai consolidata, infatti, “il legislatore penale, nel conformare la disciplina dei fatti di reato, è tenuto a prescegliere le tecniche di tipizzazione normativa sulla base delle caratteristiche socio-criminologiche empiricamente riscontrabili nei fenomeni da regolare”⁶⁸⁷. In questo senso, dunque, lo studio funzionale dei delitti contro la P.a. ha permesso di enucleare le macro-caratteristiche delle fenomenologie criminose alle quali si rivolgono, e d'identificare l'unico elemento che sembra farne da collante: il

⁶⁸⁶ Richiamando quanto già ricostruito *Supra*, Cap. IV, par. 5 ss., l'esistenza di una previsione legislativa che disciplina unitariamente gli autori per tutti i reati propri del Titolo II, assieme alla considerazione per cui i delitti analizzati si rivolgono genericamente ai doveri e/o alle attribuzioni di quegli stessi soggetti, accredita l'idea per cui l'agente pubblico debba essere dotato delle caratteristiche richieste da ognuna delle incriminazioni facenti parte dei gruppi passati in rassegna. Una prognosi confermata anche dall'esito dell'analisi funzionale-tipologica che si è condotto: presi singolarmente, infatti, nessuno dei parametri ricavati da queste fattispecie è in grado di illuminare la distinzione tra pubblico e privato sul piano politico-criminale.

⁶⁸⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, 176; sul punto si veda inoltre G. KAISER, *Criminologia*, a cura di E. MORSELLI – C. BLONK STEINER, Milano, 1985, 354 ss.

31 ss.; F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, 1 ss.; H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, 178 ss.

richiamo alla violazione di doveri e/o all'abuso di attribuzioni giuridicamente regolate, conferite evidentemente per il disimpegno di attività rilevanti per il diritto.

Osservato da una prospettiva politico-criminale, questo dato appare tutt'altro che casuale. A ben vedere, anzi, esso rappresenta proprio la traduzione normativa della matrice criminologica di questi illeciti: l'esser posti in essere approfittando surrettiziamente della posizione professionale ricoperta. Prima di essere dei "delitti dei pubblici ufficiali", dunque, le offese descritte dagli artt. 314 e ss. c.p. sembrerebbero anzitutto rientrare nella complessa, e problematica, categoria dei c.d. crimini occupazionali (*Occupational Crime*).

Nella letteratura penalistica di settore l'espressione non ricorre spesso, tuttavia essa evoca una *tipologia* che s'innesta nel solco tracciato dalle opere sul "criminaloid concept" prima⁶⁸⁸, e sul ben più conosciuto "White Collar Crime" dopo⁶⁸⁹. L'ambito d'indagine, quindi, gravita intorno ai "reat[i] commess[i] da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione"⁶⁹⁰.

Più nello specifico, la categoria nasce per descrivere con maggiore precisione una particolare area dei crimini dei colletti bianchi: "le violazione di codici legali commessa nello svolgimento di attività professionali legittime"⁶⁹¹. Il gruppo dei *White Collar Crimes*, infatti, era ritenuto eccessivamente ampio per essere descritto scientificamente in termini onnicomprensivi, pertanto si decise di scomporlo in sottosezioni (in un primo tempo, "corporate crime" e "occupational crime") per attenuarne le ambiguità concettuali e potenziarne il valore euristico⁶⁹². Con la definizione dei crimini occupazionali, dunque, si volle focalizzare l'attenzione su quei

⁶⁸⁸ E.A. ROSS, *Sin and Society: An Analysis of Latter-Day Iniquity*, Houghton, 1907. Si tratta della prima opera che indaga i meccanismi della criminalità della classe dirigente, evidenziandone (seppur aneddoticamente) la maggiore pericolosità rispetto a quella dei *plain criminal*.

⁶⁸⁹ E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949, trad. it. E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, a cura di G. FORTI, Milano, 1987. Per una sintetica quanto efficace panoramica sullo sviluppo teorico di questo notorio filone criminologico si rinvia per tutti a B.K. PAYNE, *White-Collar Crime: a text/reader*, Los Angeles, 2012.

⁶⁹⁰ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., 8.

⁶⁹¹ "Violations of legal codes in the course of activity in a legitimate occupation", cfr. M.B. CLINNARD – R. QUINNEY, *Criminal Behavior Systems: A Typology*, New York, 1973, 131, che per primi ne hanno fornito una definizione.

⁶⁹² Quello dei crimini dei colletti bianchi, infatti, rappresenta un ambito della criminologia che più di altri è stato oggetto di critiche penetranti, talvolta persino distruttive, che hanno investito tanto il piano empirico, quanto quello metodologico e concettuale (vengono ben sintetizzati da B.K. PAYNE, *White-Collar Crime*, cit., 36 ss.).

reati commessi *nello svolgimento* di una legittima attività lavorativa e *grazie* alle attribuzioni proprie di quella legittima attività⁶⁹³, in genere al fine di garantirsi un vantaggio egoistico⁶⁹⁴.

Uno dei primi effetti prodotti da questa scomposizione è stato il progressivo ridimensionamento della “condizione sociale” nella spiegazione di questi reati: si osservò infatti che gli “occupational offenders” appartenenti ai ceti meno elevati tendevano a operare le medesime metodologie di quelli appartenenti alle classi sociali più benestanti⁶⁹⁵. Per converso, il nesso tra la posizione occupazionale ricoperta e l’illecito perpetrato guadagnò sempre più importanza, permettendo tra l’altro di delineare più nettamente alcune delle caratteristiche che valgono a contraddistinguere questo tipo di criminalità rispetto alle altre: l’*affidamento* riposto dai consociati verso il ruolo ricoperto, e le particolari *opportunità* illecite a cui permetterebbe di accedere.

Procedendo con ordine, alcuni criminologi hanno individuato nella “violation of delegated or implied trust”⁶⁹⁶ uno degli elementi caratteristici della criminalità occupazionale. Essa, infatti, si tradurrebbe anzitutto in una violazione delle fiducia riposta nel ruolo ricoperto dal soggetto, apprezzabile tanto dal punto di vista delle modalità attuative⁶⁹⁷, quanto con riferimento alle conseguenze lesive dell’illecito⁶⁹⁸. La fiducia di cui si parla, tuttavia, non deve essere confusa con quella che i singoli consociati concretamente ripongono, nelle diverse interazioni sociali che li coinvolgono; piuttosto, deve essere intesa al modo di una “fiducia generale, astratta,

⁶⁹³ Sulla differenza intercorrente tra il crimine occupazionale, la devianza occupazionale e il crimine commesso sul posto di lavoro, si rinvia per tutti a D.O. FRIEDRICHS, *Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime: Sorting out the difference*, in *Criminal justice*, 2002, 248

⁶⁹⁴ V. L.L. HANSEN, *Corporate financial crime: Social diagnosis and treatment*, in *Journal of Financial Crime*, 16, 2009, 29 ss.

⁶⁹⁵ Cfr. G.D. ROBIN, *White-Collar Crime and Employee Theft*, in *Crime and delinquency*, 1974, 261; sull’irrelevanza dell’aspetto sociale evocato alla simbologia del “colletto bianco” si vedano inoltre le penetranti osservazioni di S.P. SHAPIRO, *Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*, in *American Sociological Review*, 55, 1990, 346 ss.

⁶⁹⁶ S.P. SHAPIRO, *Collaring the Crime*, cit., 350.

⁶⁹⁷ Con la condotta *contra ius* l’autore viola proprio quei doveri tesi ad assicurare il corretto svolgimento dell’attività che era chiamato a svolgere.

⁶⁹⁸ Come osserva D.O. FRIEDRICHS, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, Belmont, 2009, 10, “the violation of trust has some significant consequences beyond the immediate losses suffered by victims of crimes. One of the most pernicious consequences of violations of trust – especially when committed by people in high places in government and in the corporate world – is the potential for an increase in distrust. To the extent that people become distrustful and cynical, the likelihood of cooperative and productive relationships is diminished”.

ovvero, secondo la terminologia sociologica, della fiducia nel sistema”⁶⁹⁹. L’occupazione legittima, inoltre, anche grazie alla *position of trust* che è in grado di assicurare, permetterebbe di accedere a delle speciali “opportunità criminose”, ossia a delle circostanze particolari che, in questi casi più che in altri, agevolerebbero la perpetrazione di illeciti⁷⁰⁰. Tali opportunità si presenterebbero in modi diversi in dipendenza anche delle diverse posizioni dei loro autori⁷⁰¹, e possono essere spiegate adottando modelli teorici differenti⁷⁰². Quel che qui interessa, tuttavia, è che esse sorgono e acquistano la loro specifica forma proprio in virtù dell’occupazione ricoperta, che assicura il contesto, gli strumenti, le attribuzioni e la posizione di fiducia necessaria a poterne trarre surrettiziamente vantaggio.

In seguito, l’enfasi posta sul nesso “opportunità illecite – aspetto occupazionale” rispetto agli altri fattori indicati da Sutherland nella sua originaria, e discussa, definizione, indurrà un autorevole criminologo a proporre addirittura di rimpiazzare *tout court* il concetto di *White Collar Crime* con quello di *Occupational Crime*, ridefinito per l’occasione come “ogni atto punibile ai sensi della legge, che è commesso

⁶⁹⁹ Cfr. K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, 33, il quale osserva condivisibilmente come “in fin dei conti, questa fiducia astratta nella società non è altro che la generale fiducia nella validità dell’ordinamento giuridico”, che nella nostra prospettiva verrebbe per l’appunto messa specialmente in pericolo dagli abusi commessi da coloro ai quali proprio quell’ordinamento ha riconosciuto ruoli *fiduciari* (ossia giuridicamente riconosciuti e regolati, in modo tale da apparire *affidabili* alla collettività); v. inoltre i riferimenti ivi indicati, in specie all’opera di N. LUHMANN, *Vertrauen, ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stoccarda, 1973, 99, trad. it. *La Fiducia*, Bologna, 2002; in senso più critico sull’efficacia esplicativa del concetto di fiducia G. KAISER, *Criminologia*, cit., 354 ss.

⁷⁰⁰ V. *ex multis* M.L. BENSON, *Crime and the Life Course. An Introduction*, Los Angeles, 2002, 163; G. GREEN, *Occupational Crime*, Chicago, 1997; D. WEISBURD – E. WARING, *White-collar crime and criminal careers*, New York, 2001, 8.

⁷⁰¹ Si possono trarre alcuni esempi dallo studio di N.L. PIQUERO – M.L. BENSON, *White-Collar Crime and Criminal Careers Specifying a Trajectory of Punctuated Situational Offending*, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2004, 159 ss.: “Because potential white-collar criminals have worked their way up to positions of trust and authority, they have unique opportunities to engage in crime that are not available to others. Because so many jobs are now located in large organizations, it is important to consider how organizations influence individual behavior [...] Another important consideration is that unlike many ordinary street crime offenders, white-collar offenders often have acquired some level of material, occupational, and social success. In other words, they have something to lose [...] If, for example, the individual experiences some sort of personal or occupational crisis that threatens their middle-class standing, white-collar crime may appear as away out of the crisis”.

⁷⁰² Si veda in particolare il lavoro di M.L. BENSON – T.D. MADSEN – J.E. ECK, *White-Collar Crime from an Opportunity Perspective*, in *The Criminology of White-Collar Crime*, a cura di S.S. SIMPSON – D. WEISBURD, New York, 2009, 175 ss., in cui si richiamano la “Routine Activity Theory”, la “Crime Pattern Theory” e la “Situational Crime Prevention Theory”.

sfruttando le opportunità createsi nello svolgimento di un'occupazione legale”⁷⁰³. Questa soluzione, invero, non è stata condivisa da tutta la comunità degli esperti⁷⁰⁴, e ad oggi si fatica ancora a rintracciare una definizione sufficientemente specifica che sia in grado di metterne d'accordo almeno la maggioranza⁷⁰⁵.

Questi problemi teorici non sono di poco momento, e a ben vedere impediscono di specificare ulteriormente le caratteristiche criminologiche del tipo d'autore a cui i precetti del Titolo II sembrano alludere. In compenso, però, restano fermi gli attributi che si sono potuti isolare, costituiti in sintesi:

- i. dalla posizione di lavoro riconosciuta dal diritto (*legitimate occupation*);
- ii. dall'affidamento che i terzi vi ripongono (*position of trust*);
- iii. e, si potrebbe aggiungere, dalla particolare dinamica della condotta criminosa (*how crimes unfold*) che grazie e tramite essa sono in grado di compiere, consistente in buona sostanza in un *approfittamento* fraudolento delle opportunità assicurate dal ruolo che si ricopre (ossia, nel linguaggio del codice penale italiano, l'abuso dei poteri o della posizione).

Esiste, dunque, una base empirica a dar sostanza a quella “violazione dei doveri” e “abuso di attribuzioni” richiamati dai delitti contro la P.a. E averla rintracciata

⁷⁰³ G. GREEN, *Occupational Crime*, cit., 15.

⁷⁰⁴ A tal proposito si rinvia a D.O. FRIEDRICHS, *Occupational crime*, cit., 248, secondo cui questa impostazione teorica “fails to make the case that the benefits of replacing the concept of white collar crime with occupational crime outweigh the costs. What Green gains—the emphasis on how occupations can structure criminal opportunities—is more than offset by what he loses, through wholly abandoning the important social class dimension of the traditional concept of white collar crime, and by conflating activities that may occur within a single occupational framework but are fundamentally different in terms of motivation and form. Those who adopt the white collar crime concept typically only make heuristic claims for it; Green claims a fundamentally analytical coherence for his concept of occupational crime that simply cannot be demonstrated. The Clinard and Quinney conception of occupational crime as a subtype of a broader category of white collar crime remains more valid, in this view”.

⁷⁰⁵ V. G. KAISER, *Criminologia*, cit., 348 ss.

rappresenta un primo, importante passo, per riannodare questi reati con la realtà fenomenica in cui sono chiamati a operare.

2.1.1. L'*occupational offender* come soggetto attivo dei reati contro la Pubblica amministrazione

Se ci si basasse sulle sole caratteristiche dell'*elemento comune* per rintracciare nella platea dei “chiunque”, i “coloro” che si trovano nella posizione di poter effettivamente offendere gli interessi-fine salvaguardati dai “delitti contro la Pubblica amministrazione”, potremmo ricondurre nell'area del penalmente rilevante una serie di condotte poste in essere da soggetti affatto inediti.

Le fattispecie di peculato, ad esempio, potrebbero essere applicate al Sindaco che si appropri di rimborsi spesa autocertificati e non giustificati appropriazione, così come al curatore dell'eredità giacente che si impossessi della macchina del defunto per soddisfare le proprie esigenze egoistiche.

Quelle di corruzione, invece, potrebbero entrare in gioco sia nel caso in cui un Commissario di una determinata stazione di polizia si accordi per tenere informati alcuni terzi delle attività di indagine che li riguardino, sia nel caso di un mandatario tenuto all'acquisto per conto del mandante (*e.g.*) del miglior attico disponibile nel centro storico di una determinata città, (secondo alcuni parametri prestabiliti, come la metratura, numero stanze, pregio dell'edificio, vista, etc.), che accetti la promessa di una somma di denaro da parte di un terzo per l'acquisto di un'unità immobiliare sottodimensionata e di scarso pregio.

A sua volta, il delitto di concussione potrebbe essere adoperato per punire il medico del S.S.N. che condizioni apertamente la somministrazione dell'intervento chirurgico a cui il malato avrebbe diritto, alla sua sottoposizione a visite *extra moenia* onerose e superflue; e allo stesso tempo il direttore di stabilimento che costringa il dipendente a versargli una determinata percentuale dello stipendio ogni mese, dietro la minaccia di risolvere il rapporto di lavoro in caso contrario.

Si potrebbe proseguire oltre, ma le poche esemplificazioni appena illustrate sembrano già più che sufficienti a far nutrire qualche perplessità verso questa prima delimitazione dei soggetti attivi.

Invero, per quanto criminologicamente giustificabile, basarsi sul solo dato occupazionale per definire gli agenti non appare una soluzione giuridicamente percorribile, a tacer d'altro perché incapace di selezionare fenomenologie sufficientemente congruenti sul piano del disvalore: come si è appena dimostrato, infatti, si riesce a passare dall'abuso della posizione di un Commissario, o volendo anche di un Ministro, sino al mercimonio compiuto da un mandatario all'acquisto di un immobile per conto di un privato. Il diritto penale attuale, infatti, non si accontenta di "intercettare" delle risponderie empiriche, ma pretende di farlo in un certo modo. In particolare, richiede che queste risponderie empiriche siano restituite all'interno di un contesto espressivo sufficientemente preciso⁷⁰⁶, capace di descrivere un tipo criminoso omogeneo sul piano del disvalore⁷⁰⁷. Ciò è precisamente quanto *non* accade in questo caso⁷⁰⁸, riportando a galla tutte le critiche rivolte alla categoria dei Crimini dei colletti bianchi prima, e dei Crimini occupazionali dopo, tanto in termini di effettiva utilità politico criminale che di concreta spendibilità giuridico-processuale⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ V. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., 180, il quale osserva come "il concetto materiale e quello formale di reato possono non coincidere. Questo è il prezzo per la certezza e la sicurezza del diritto, garantite dal concetto formale di reato". Più che sulla coincidenza tra i due concetti, quindi, ci si deve concentrare sul raggiungimento di un equilibrio adeguato tra le due istanze, perché "ogni diritto penale che non si concili con il concetto materiale di reato viene meno alla sua funzione disciplinatrice della società".

⁷⁰⁷ Tale cioè da poter almeno essere ragionevolmente compreso nella medesima cornice editale.

⁷⁰⁸ Come mero spunto di riflessione: se si ripercorre la giurisprudenza di legittimità però si trovano casi altrettanto "eclatanti". Del resto, con la previsione dell'art. 323-bis c.p. il legislatore sembra aver previsto questa eventualità, che non è possibile scongiurare nemmeno attraverso l'interpretazione correttiva che si è proposta (si pensi al funzionario dell'INPS che si appropri di buoni pasto; il Comandante della Polizia Municipale che intenzionalmente cancelli la multa per divieto di sosta al fratello senza che ne ricorrano i presupposti; il dipendente di Poste Italiane s.p.a. che ometta di attivarsi su una richiesta di accesso agli atti relativa all'organizzazione interna di alcuni uffici, al fine di accertare il corretto utilizzo dell'istituto del distacco da parte dell'azienda; etc.).

⁷⁰⁹ Come efficacemente riassunto da B.K. PAYNE, *White-Collar Crime*, cit., 37 ss., "the lack of a sound definition of white-collar crime has hindered detection efforts. Second, without a concrete definition of white-collar crime, the most effective responses to the problem cannot be gauged. Third, varying definitions among researchers have made it difficult to draw comparisons between different white-collar crime studies. Fourth, vague conceptualizations have made it more difficult to identify the causes of the behavior. Finally, varied definitions of white-collar crime have made it difficult to determine with great accuracy the true extent of white-collar crime".

In questo momento, dunque, ci si trova all'estremo opposto rispetto a quello da cui si era partiti: da una sovra-selezione legislativa, si è passati infatti a una iper-estensione del campo applicativo dei precetti. Sembra dunque inevitabile operare un'ulteriore delimitazione dei soggetti attivi, nel tentativo di rintracciare un punto di equilibrio che permetta di specificare in modo più netto e omogeneo quali tra le categorie d'autori criminologicamente significative, possano anche essere ritenute meritevoli d'inclusione nel programma di tutela perseguito dalle singole fattispecie.

3. Verso un nuovo statuto penale delle attività pubbliche: alcune considerazioni politico-criminali in vista di una riforma del Titolo II “adeguata allo scopo”

Si arriva così al cospetto di uno dei problemi più spinosi tra quelli incontrati sino a ora. Ci si trova, infatti, nella necessità di individuare forme e modi per delimitare il campo delle posizioni soggettive, a quelle effettivamente in grado di implementare in termini sufficientemente significativi e omogenei, gli scopi di tutela promossi dalle fattispecie proprie contenute nel Titolo II. Più nello specifico, si tratta di emarginare tra i criminali occupazionali, i titolari di una qualifica che li renda effettivamente in grado di offendere – attraverso le condotte già studiate (di peculato, di concussione, di corruzione e così via) – interessi dotati di un significato sostanziale più pregnante e omogeneo rispetto alla mera violazione dei doveri legali che la denotano. Quel che si ambisce a fare, insomma, è identificare il contenuto di quel *quid pluris* necessario a tradurre in termini penalmente validi e congruenti, le acquisizioni mutate dall'indagine empirica, verificando inoltre il ruolo che la distinzione del pubblico dal privato può giocare in questo processo.

Le questioni da risolvere sono essenzialmente due:

- i. se definire la posizione soggettiva “una volta per tutte”, dunque in un'unica norma valida per tutte le fattispecie, o se prevedere per “ciascuna” di esse una qualifica autonoma (*dove definire*). Nei precedenti paragrafi, infatti, si è constatato come ognuno dei reati studiati presupponga agenti dotati di caratteristiche eterogenee, che

mantengono quale unico punto di contatto il fatto di ricoprire un “ruolo” riconosciuto dal diritto, in funzione dell’esercizio di un’attività giuridicamente rilevante. In ragione di ciò, dunque, si deve necessariamente valutare se esaltare queste differenze, o piuttosto se implementare la selettività del loro punto di contatto comune, addivenendo dunque a una definizione unitaria; dopodiché si dovrà affrontare il nodo della

- ii. modalità di definizione dell’autore qualificato, verificando in particolare se dare nuovamente rilievo in questo frangente, e in che termini, alla dicotomia pubblico – privato (*come definire*). Invero, come si è avuto modo di osservare, la necessità di uno statuto *sui generis* rispetto alle altre, per le attività che sono fin’ora state classificate “di diritto pubblico” – o per ciascuna di esse (legislativa, giudiziaria e amministrativa) – è tutta da dimostrare, quantomeno con riferimento ad alcuni reati.

A tal proposito, gettando lo sguardo oltre i confini del nostro Paese, si può osservare come la nozione dei soggetti legittimati a realizzare le offese che si sono esaminate vari considerevolmente da ordinamento a ordinamento, restituendo un quadro frammentario e problematico da analizzare.

Volendo operare una prima sistemazione delle diverse soluzioni che sono state percorse, si potrebbero classificare gli ordinamenti anzitutto sulla base delle strategie adottate per risolvere la prima delle questioni enumerate, relativa cioè al *locus* prescelto per la definizione del soggetto attivo. Si tratta dunque di distinguere chi ha elaborato un’unica norma definitoria valida per tutte le fattispecie (come ha fatto il nostro Paese sin dai tempi del codice Zanardelli), da chi ha invece optato per individuare il soggetto attivo separatamente per ciascuna, o almeno alcune, delle ipotesi delittuose.

Quest’ultima strada prefigura indubbiamente una via più laboriosa, che potrebbe a ogni buon conto apparire alquanto singolare, se non addirittura stravagante. In effetti, la maggior parte delle esperienze giuridiche occidentali, specie europeo-

continentali, sembrano contemplare una definizione “unitaria” per i soggetti abilitati a commettere ciascuna delle figure criminose che si sono analizzate: si pensi ad esempio

- i. allo *Strafgesetzbuch* tedesco, che definisce al § 11, co. 2 il c.d. “Amtsträger”, e dedica uno specifico Capitolo, il XIII, agli “Straftaten im Amt”⁷¹⁰;
- ii. ancora, al *Code pénal* francese, ove si riserva un’intera sottosezione, il “Chapitre II”, agli “atteintes à l’administration publique” commessi da “personne dépositaire de l’autorité publique, chargée d’une mission de service public, ou investie d’un mandat électif public”;
- iii. infine, al *Código penal* spagnolo, portoghese e brasiliano, che sposano un approccio quasi del tutto sovrapponibile a quello del vigente codice Rocco⁷¹¹.

Con ogni probabilità, il dato non è il frutto di un accidente. L’idea che risponda alla base, evidentemente, è che queste ipotesi criminose offendano degli interessi posti in rapporto qualificato con una classe di autori omogenea, e dunque definibile “in generale”, o meglio un’unica volta per ognuna di esse. Idea, come visto, fornita non soltanto di un consolidato retroterra storico e ideologico⁷¹², ma soprattutto di un riscontro empirico⁷¹³. Dal punto di vista formale, inoltre, i pregi della soluzione unitaria sono piuttosto lampanti, perché consente un maggiore ordine sistematico, eliminando in radice i rischi di ambiguità e le interferenze tra disposizioni definitorie.

Pure la soluzione opposta, tuttavia, può vantare i suoi antecedenti. Non sorprendentemente, proprio da quegli ordinamenti più attenti alle logiche del caso concreto:

⁷¹⁰ V. *Supra*, Cap. 1, par. 1.

⁷¹¹ Ciò è particolarmente vero per le due codificazioni in lingua portoghese, che annoverano al loro interno quasi tutte le fattispecie che si sono passate in rassegna, compresa la concussione (art. 379 del *Código Penal Português* e art. 316 del *Código Penal Brasileiro*).

⁷¹² Per quanto esso sia ormai da considerarsi obsolescente, v. *Supra*, Cap. I, par. 1 ss.; v. *Supra*, Cap. III, par. 1 ss.

⁷¹³ V. *Supra*, Cap V, par. 2 ss.

- i. è il caso del Regno Unito, che col *Bribery Act* del 2010 ha introdotto una definizione *ad hoc* per i responsabili dei delitti di corruzione (art. 3), distinguendoli dagli autori di altre forme di aggressione assimilabili a quelle che si sono analizzate, come la *Misconduct in Public Office* (fattispecie molto ampia, la cui condotta è capace di abbracciare ipotesi riconducibili al nostro abuso d'ufficio, sino all'omissione d'atti d'ufficio)⁷¹⁴;
- ii. ma è pure il caso degli Stati Uniti d'America, che a livello federale definiscono autonomamente e partitamente il soggetto attivo dei delitti di *Bribery* (§ 201) e, ad esempio, di *Conflicts of interest* (§ 208 *US Penal Code*);

Se osservate più da vicino, inoltre, anche alcune delle codificazioni classificate come “unitarie” appaiono in realtà meno monolitiche di quello che vorrebbero dare a vedere.

In effetti, ad eccezione della Spagna quasi tutti i codici penali richiamati contengono una norma sulla corruzione tra privati basata su un modello schiettamente lealistico⁷¹⁵, che la rende *tout court* strutturalmente simmetrica alla corruzione pubblica. In tal senso, dunque, l'*effetto utile* raggiunto da tali codici può essere considerato analogo a quello ottenuto dal Regno Unito col *Bribery Act*.

Lo *Strafgesetzbuch*, poi, prevede ipotesi criminose tendenzialmente eterogenee rispetto a quelle analizzate nei precedenti capitoli. Per esempio, manca il peculato, la concussione e l'abuso d'ufficio, e i fatti che vi sono ricompresi possono essere ricondotti per lo più all'interno di reati comuni, con eventuali aggravamenti dipendenti dalla particolare posizione dell'autore. Il dato è rilevante, perché se nella prospettiva del presente studio l'omogeneità delle qualifiche è colta in relazione alle tipologie di

⁷¹⁴ Per una panoramica sulla risalente fattispecie di reato, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale di diritto comune, si veda cps.gov.uk/legal-guidance/misconduct-public-office, 16 luglio 2018.

⁷¹⁵ Sulle differenze tra i diversi modelli di corruzione tra privati si rimanda per tutti ad A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2007, 826 ss.

aggressione in cui vengono inserite, allora ciò significa che anche la Germania ha seguito una strategia di sostanziale differenziazione delle posizioni soggettive.

Passando adesso dal “dove” al “come” la posizione soggettiva è stata formulata, le soluzioni divengono ancor più eterogenee. Difatti, in questo caso è possibile distinguere tra le codificazioni che hanno adottato un approccio di stampo *obiettivo*, e quelle invece che hanno preferito una soluzione *soggettiva* o *mista*. Inoltre, si possono separare le discipline che hanno dato rilevanza al *Public – private law divide* per la determinazione dello statuto penale della condotta illecita, da quelle che l’hanno richiamato soltanto quale elemento concorrente, oppure accessorio.

Partendo dalla prima ripartizione, si può osservare come la definizione degli agenti abilitanti a commettere le tipologie di offese assimilabili a quelle passate in rassegna, sia stata formulata in termini puramente obiettivi in due casi:

- i. nel Regno Unito, che tanto nella individuazione dei soggetti abilitati a commettere il reato di *Bribery* (art. 3), che in quella diretta a emarginare gli autori delle *Misconduct in Public Office*, si concentra sul momento obiettivo dello svolgimento di funzioni aventi la particolare caratterizzazione richiesta, più che sull’appartenenza a un determinato ente⁷¹⁶;
- ii. nel *Código Penal brasileiro*, che all’art. 327 definisce in termini particolarmente ampi i requisiti della posizione soggettiva, attribuendola a chiunque eserciti, anche temporaneamente e senza retribuzione, una funzione di rilievo pubblico⁷¹⁷ ;

Al contrario, sposano una nozione incentrata prevalentemente sullo status soggettivo dell’agente:

⁷¹⁶ Si rinvia per tutti a AA.VV., *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, a cura di J. HORDER – P. ALLDRIDGE, Cambridge, 2010.

⁷¹⁷ Cfr. C.R. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, IV, San Paolo, 2004, 446; H.C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Especial*, II, Rio de Janeiro, 1986, 382 ss.

- i. lo *US Penal Code*, che adopera una definizione esasperatamente casistica, richiamando una pletora di figure soggettive differenti caratterizzate da statuti penali non sempre assimilabili (*Public official, special Government employee, Member of Congress*, etc., cfr. §§ 201 ss.);
- ii. il § 11 dello *Strafgesetzbuch*, che propone una descrizione espressamente incentrata sulle categorie soggettive rilevanti ai fini della qualifica (*Beamter, Richter, in eniem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis*, etc.), in collegamento con la particolare natura delle funzioni esplicate (*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*)⁷¹⁸;
- iii. la legislazione penale portoghese, nella quale si attribuisce la qualifica a determinate categorie soggettive nominate (*funcionario civil, agente administrativo, titulares dos órgãos de fiscalização*), nonché a tutti coloro che, in qualunque forma o circostanza, disimpegnino una funzione amministrativa o giudiziaria. A questi ultimi, inoltre, vengono equiparati pure i soggetti che prestano servizio in enti dotati di particolari caratteristiche, valide ad asseverarne la natura “pubblica” (cfr. art. 386 c.p.)⁷¹⁹;
- iv. il *Código Penal* spagnolo, ove l’art. 24, co 2. definisce il *funcionario público* come colui che, per disposizione immediata di legge, per elezione o per nomina dell'autorità competente, partecipa all'esercizio delle funzioni pubbliche. Pertanto, qui il dato obiettivo dello svolgimento dell'attività qualificante (in questo caso, di natura pubblica), rileva

⁷¹⁸ Il contenuto di queste disposizioni è ben illustrato, tra gli altri, anche da V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino 2010, 160 ss. che parla a riguardo di una nozione di tipo “misto”, basata sulla giustapposizione di elementi soggettivi (lo status o comunque il rapporto intrattenuto dal soggetto agente con una determinata tipologia di enti pubblici) e oggettivi (la particolare natura dei compiti disimpegnati).

⁷¹⁹ A riguardo si veda tra gli altri J.M. DAMIÃO DA CUNHA, *O Conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra, 2008; P.P. DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisbona, 2015, 1224 ss.

soltanto in presenza di un ben determinato processo di nomina, o comunque di un rapporto qualificato tra l'ente pubblico e il soggetto attivo;

- v. il *Code pénal* francese, che richiama senza definirli i concetti di *personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public*, o *investie d'un mandat électif public*.

Guardando invece al contenuto delle norme definitorie, nella quasi totalità delle esperienze giuridiche che si sono prese in considerazione, la natura “pubblica” del ruolo ricoperto costituisce una *condicio sine qua non* per l'applicazione dello statuto penale di cui fanno parte anche i delitti passati in rassegna. È molto frequente, inoltre, una suddivisione interna tra soggetti pubblici (germania, spagna, portogallo, brasile), funzionale sovente all'attribuzione di regimi penali relativamente differenziati.

Nondimeno, la situazione muta considerevolmente rispetto ad alcune forme di aggressione. Nella corruzione, ad esempio, la distinzione tra pubblico e privato perde la sua funzione incriminatrice e ne mantiene invece soltanto una di disciplina, dato che in molti ordinamenti i soggetti attivi di questo reato sono stati ampliati a ricomprendere gli amministratori, i direttori, e più in generale i dipendenti degli enti commerciali. Il delitto di peculato e di concussione, inoltre, vengono spesso a mancare (Regno Unito, USA, Germania), rifluendo per lo più in fattispecie comune applicabili tanto ai soggetti pubblici che privati.

4. Quale pubblicità per l'agente? Alcune coordinate di massima per una selezione dei soggetti da considerarsi pubblici "agli effetti della legge penale"

Eleggendo quale punto di riferimento le fattispecie legali, la breve escursione in alcune delle esperienze giuridiche europee e americane ci ha restituito un quadro alquanto composito. Invero, ciò non dovrebbe sorprendere più di tanto: si è già avuto modo di osservare, infatti, come le criticità che affliggono la "grande dicotomia" siano anzitutto figlie della sua incapacità di ricollegarsi a forme per così dire ontologiche di manifestazione⁷²⁰. Un dato emerso con particolare evidenza nel quadro giuridico post-moderno, in ragione delle profonde trasformazioni che hanno interessato il tessuto sociale, così come le istituzioni e l'economia⁷²¹.

Nondimeno, alla luce di quanto si è avuto modo di osservare, alcuni punti possono dirsi, almeno relativamente, fermi:

- i. le funzioni legislativa e giudiziaria mantengono una caratterizzazione più omogenea e consentono una individuazione più agevole dei soggetti che ne sono titolari. Il particolare statuto che le connota è tale da aver giustificato una loro tutela differenziata in ciascuna delle esperienze giuridiche che si sono passate in rassegna;
- ii. l'attribuzione di uno statuto *sui generis* equiparabile a quello delle due funzioni appena menzionate diviene invece particolarmente problematico con riguardo all'attività amministrativa. Come si è avuto modo di osservare, infatti, essa non presenta caratteristiche tali da contrassegnarne con evidenza l'alterità rispetto alle attività di

⁷²⁰ V. *Supra*, Cap. III, par. 2.

⁷²¹ V. *Supra*, Cap. II, par. 2.4 ss. ; v. inoltre *Supra*, Cap. III, par. 2.

amministrazione c.d. “private”, e questo tanto dal punto di vista modale che, talvolta, persino funzionale⁷²² ;

- iii. la particolare prossimità tra le caratteristiche obiettive delle attività *amministrative* sembra sconsigliare l’adozione di una definizione prettamente oggettiva di quelle da considerarsi “pubbliche” ai fini del diritto penale;
- iv. la distinzione “interna” tra Pubblici ufficiali e Incaricati di pubblico servizio ha perso nel nostro Paese gran parte del suo spessore applicativo, e d’altra parte non sembra ormai potersi più neppure riconnettere a significative finalità politico-criminali;
- v. per molte delle fattispecie proprie contenute nel Titolo II, e su tutte quelle facenti parte del gruppo dei reati di corruzione, la dicotomia pubblico – privato non sembra più rappresentare uno strumento efficace ed esauriente per la selezione delle condotte meritevoli di tutela penale⁷²³. Per di più, ognuna di esse sembra dotata di caratteristiche tali da sconsigliarne la giustapposizione dei rispettivi campi d’intervento, segnalando dunque l’opportunità di una possibile differenziazione delle figure soggettive abilitate a realizzarle;
- vi. Oltre a segnalare la possibile non perfetta sovrapponibilità delle figure soggettive legittimate a perpetrare queste forme di aggressione, il metodo funzional-tipologico ha permesso inoltre di evidenziare una matrice criminologica comune a ognuna di esse, consistente nella natura *occupazionale* dei crimini descritti. Invero, l’acquisizione come visto non appare risolutiva dal punto normativo, a tacer d’altro per la

⁷²² Risultando come già detto ormai indubbia la rilevanza pubblica di molte attività tradizionalmente allocate in ambito non pubblico (volendo fare due esempi si pensi agli *Internet service providers* o al ruolo e all’impatto delle valutazioni compiute dalle agenzie di *rating*).

⁷²³ Sul concetto di “meritevolezza” di pena e sulla sua ricorrente distinzione dal c.d. “bisogno” di pena v. M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

perdurante genericità e incertezza dei suoi elementi costitutivi. Nondimeno, essa evidenzia l'esistenza di un dato particolarmente significativo per la caratterizzazione di questi autori, ossia la c.d. *position of trust* di cui devono essere titolari. Ad avviso di chi scrive il dato non è da sottovalutare a priori, anche perché richiama un aspetto lasciato spesso in secondo piano, ma che tuttavia la stessa Costituzione individua quale unico vero minimo comune denominatore delle attività *tout court* pubbliche: l'art. 54, co. 2, Cost. infatti afferma che "i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge". Si tratta pertanto di soggetti collocati in una posizione di *fiducia* particolarmente qualificata rispetto agli altri, dal cui approfondimento potrebbero derivare anche spunti interessanti in chiave politico-criminale.

Conclusioni

Seguendo un percorso d'analisi funzional-tipologico, il lavoro di ricerca che si è proposto ha sviluppato la sinergia tra le disposizioni che identificano “staticamente” i connotati delle qualifiche pubbliche, e le disposizioni che le riprendono “dinamicamente” all'atto di pervertirle. In tal modo, i referenti prescelti dal legislatore del 1990 per connotare le caratteristiche fisiologiche di quelle posizioni, sono stati precisati in un processo interpretativo “a specchio”, sfruttando le rifrazioni ritratte direttamente dalle norme intente a descriverne i risvolti patologici⁷²⁴.

Ciò ha permesso di formulare un'interpretazione degli artt. 357 e 358 c.p. scevra dagli apriorismi ideologici che ne hanno condizionato sin da principio la conformazione, e almeno congruente con gli obiettivi di politica criminale perseguiti dal monopolista costituzionale della normazione penale. Per quanto opinabili, infatti, gl'indici sono stati ricavati seguendo un percorso interpretativo strettamente aderente ai delitti a soggettività ristretta del Titolo II, valorizzando in particolar modo quel rapporto dialettico tra lettera e scopo del precetto, capace di restituire la *ratio essendi* di ciascun tipo criminoso.

Il risultato che si è argomentatamente proposto ai lettori consiste in un sistema di qualificazione teleologicamente congruente, che soddisfa le esigenze di tassatività in modo più soddisfacente rispetto all'ineffabili concettuologie legate al bene giuridico, o all'incostituzionale logica del c.d. “giudice di scopo”, orientata cioè dalle ricadute effettuali delle applicazioni ermeneutiche. La sua formalizzazione, inoltre, è stata pensata per essere concretamente adoperata nella prassi, quale strumento interpretativo con cui emarginare in termini criticamente controllabili, le discipline da considerarsi “di diritto pubblico” agli effetti della legge penale. L'obiettivo auspicato, pertanto, è quello di ricondurre il *criterio del magistrato*, all'interno di una cornice di razionalità e

⁷²⁴ Si fa ancora una volta riferimento ai cinque gruppi di delitti analizzati *Supra*, Cap. IV, par. 4 ss., costituiti in particolare dai delitti di peculato (artt. 314 e 315 c.p.), di concussione e induzione indebita (artt. 317 e 317-quater c.p.), di corruzione (artt. 318 e 319 c.p.), d'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), e di rifiuto e omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.).

prevedibilità maggiormente ancorata alle direttive politico-criminali dettate dal legislatore.

Le prospettive dischiuse dall'approfondimento tipologico-teleologico condotto sulle fattispecie proprie contrassegnate *ex lege* dall'etichetta della pubblicità, ha permesso poi di impostare una prima ricognizione di campo propedeutica a un possibile progetto di riforma delle posizioni soggettive del Titolo II. In tal senso, rispetto alle altre proposte che si sono avvicinate nel tempo, questa ultima propaggine "work in progress" del lavoro di ricerca, affronta in termini più diretti il tema della perdurante utilità di una distinzione del pubblico dal privato in campo penale, indagandolo a partire proprio da quelle forme di aggressione che ne dovrebbero denotare il peculiare statuto.

All'esito di questo percorso, perciò, si aprono feconde possibilità di approfondimento, che si confida di aver quantomeno depurato da surrettizi inquinamenti ideologici e da confusive architetture ricostruttive, per canalizzarle invece sul più concreto sentiero epistemologico della *razionalità rispetto agli scopi*.

Riferimenti Bibliografici

1. AA.VV., *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Torino, 2017;
2. AA.VV., *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN, Milano, 2009;
3. Aa.Vv., *Amministrazione e controllo. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010;
4. AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985;
5. AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI – F. STELLA- G. ZUCCALÀ, 2003;
6. AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura G. FORTI – S. SEMINARA, Padova, 2017, 1064 ss.;
7. AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI, Milano, 2004;
8. AA. VV., *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011;
9. Aa.Vv., *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1993;
10. Aa.Vv., *Diz. Dir. Pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006;
11. AA.VV., *Effet Utile*, a cura di L. TICHY – M. POTACS – T. DUMBROVSKY, Praga, 2014;
12. AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di M. CATENACCI (estratto del *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, vol. V), Torino, 2017;
13. Aa.Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, coordinato da T. PADOVANI, 1996, Torino;
14. AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di A. SIRENA – A. ZOPPINI, Roma, 2018;
15. Aa.Vv., *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2009;
16. AA.VV., *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981;
17. AA.VV., *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del iv congresso nazionale SIRD*, Trento, 2016, a cura di G.A. BENACCHIO – M. GRAZIADEI;
18. AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatore e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. MECCARELLI – P. PALCHETTI – C. SOTIS, Madrid, 2014;
19. AA.VV., *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Gebrustag*, Berlino, 1998;

20. AA. VV., *La Banca d'Italia. Sintesi della ricerca storica 1893-1960*, a cura di F. Cotula – M. De Cecco – G. Toniolo, Roma-Bari, 2003;
21. AA.VV., *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques*, a cura di J.B. AUBY – M. FREEDLAND, Parigi, 2004;
22. AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO, Torino, 2013;
23. AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Bari, 2012;
24. AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980;
25. AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987;
26. AA.VV., *Les Chemins de l'Harmonisation Pénale: Harmonising Criminal Law*, a cura di M. DELMAS-MARTY, Parigi, 2008;
27. AA.VV., *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, a cura di J. HORDER – P. ALLDRIDGE, Cambridge, 2010;
28. AA.VV., *Modifica dell'abuso d'ufficio e nuove norme sul diritto di difesa. Commento*, Milano, 1997;
29. AA.VV., *Nuove modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di F. MERUSI – V. GIOMI, Pisa, 2016;
30. AA.VV., *Omnis definito in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996;
31. AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato Costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Torino, 2013;
32. AA.VV., *Privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995;
33. AA.VV., *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH – G. FONDERICO, Assago, 2015;
34. AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO – M. PELISSERO, Milano, 2015;
35. AA.VV., *Scritti in memoria di P. Calamandrei, IV*, Padova, 1958;
36. AA.VV., *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2014;
37. AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, 2016;
38. AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G.L. GATTA, Milano, 2009;
39. AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. FIANDACA, Padova, 1997;
40. AA.VV., *Strafrechtssystem und Betrug*, a cura di B. SCHÜNEMANN, Herbolzheim, 2002;

41. AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975;
42. AA.VV., *The Criminology of White-Collar Crime*, a cura di S.S. SIMPSON – D. WEISBURD, New York, 2009;
43. AA.VV., *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, a cura di Z. BANKOWSKI – J. MACLEAN, Aldershot-Burlington, 2006;
44. AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo, parte generale, II*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003;
45. AA.VV., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, a cura di M. DELMAS-MARTY, Padova, 1994, 277 ss.;
46. A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 582 ss.;
47. U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento*, in *Dig. Disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, 131 ss.;
48. N. AMORE, *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8, 2017, 181 ss.;
49. N. AMORE, *La Cassazione ritorna sulla nozione d'incaricato di pubblico servizio*, in *Giur. it.*, 2017, 952 ss.;
50. N. AMORE, sub *Art. 53*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, con il coordinamento di G. DE FRANCESCO – G. FIDELBO – A. VALLINI, Milano, 2019;
51. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939;
52. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, a cura di C.F. GROSSO, Milano 2016;
53. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano, 1982;
54. J. AUSTIN, *Lectures On Jurisprudence: Or The Philosophy Of Positive Law*, Whitefish, 1874 (2010);
55. R. BAJNO, *Profili penalistici della vis pubblica*, 1974;
56. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e Diritto*, 2004, 1 ss.;
57. R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1778 ss.;
58. A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001;
59. Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000;
60. M.G. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto* 2004, Torino, 2005;

61. O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. Une entente assez cordiale?*, Parigi, 2004;
62. G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2013;
63. C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2016;
64. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trat. Dir. Pen. Parte spec.*, 2013, Padova;
65. M.L. BENSON, *Crime and the Life Course. An Introduction*, Los Angeles, 2002;
66. C. BERTOLINI, *Il deputato o senatore corrotto*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 329 ss.;
67. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977;
68. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967;
69. F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 3, 2017;
70. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017;
71. C.R. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, IV, San Paolo, 2004, 446;
72. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007;
73. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938;
74. N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enc.*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985;
75. A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2008;
76. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Trento, 2016;
77. S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *Arch. Pen.*, 2, 2015;
78. S. BRASCHI, *Punti fermi e problemi aperti in tema di corruzione parlamentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 706 ss.;
79. F. BRICOLA, *L'art. 10 della legge bancaria*, in *Problemi penali della legislazione bancaria*, Milano, 1981;
80. F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, Milano, 1997;
81. F. BRICOLA, *Le banche e le sezioni unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, 111 ss.;
82. F. BRICOLA, *Politica Criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997;
83. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato (voce)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, 1973, 17 ss.;
84. F. BRICOLA, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, 1970, 129;

85. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014;
86. A. CADOPPI, *Le "formule recise di assoluto rigore" del code pénal*, in *Codice dei delitti e delle pene per il Regno d'Italia*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2002;
87. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911;
88. R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 903 ss.;
89. F. CAPRIGLIONE, *Qualificazione dell'attività bancaria e imprenditorialità degli enti creditizi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, 385 ss.;
90. L. CARELLI, *I Deputati sono pubblici ufficiali*, in *Scuola positiva nella Giur. Pen.*, 3, 1895, 115 ss.;
91. H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004;
92. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, sez. II, Prato, 1882-1891;
93. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, V, Lucca, 1870;
94. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, VII, Lucca, 1874;
95. S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1999, 322 ss.;
96. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 3 ss.;
97. S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974;
98. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000;
99. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 ss.;
100. A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo a una sistematica teleologica*, Napoli, 2000;
101. V. CAVALLARI, *Spunti processuali penali in tema di attività bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, 390 ss.;
102. R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)* (voce), in *Disc. Pub.*, XV, Torino, 2011, 658 ss.;
103. A. CECI, *Il monopolio del tabacco in Italia. Ascesa e declino di una industria di Stato*, in *Historia et ius*, 8, 2015;
104. C. CIALFI, *Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale*, in *Riv. pen.*, 33, 1891, 134 ss.;

105. F. CINGARI, *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *Ind. pen.*, 2004, 944 ss.;
106. F. CINGARI, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2017, 176 ss.;
107. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 805 ss.;
108. M.B. CLINNARD – R. QUINNEY, *Criminal Behavior Systems: A Typology*, New York, 1973;
109. G. COCCO, *La corruzione generica a quattro anni dalla riforma. Questioni dogmatiche e applicative*, in *Ind. Pen.*, 2017, 7 ss.;
110. N. COLAJANNI, *Corruzione politica*, Catania, 1888;
111. G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Roma, 1979, 116 ss.;
112. I.M. COPI – C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 2010;
113. M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1316 ss.;
114. G. CRISAFULLI, *La guarentigia dei deputati nei procedimenti penali*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 4, 1894, 10 ss.;
115. B. CROCE, *Il fascismo come pericolo mondiale*, in *New York Times*, 14 ottobre 1943;
116. M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, in *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1993, 579 ss.;
117. J.M. DAMIÃO DA CUNHA, *O Conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal e a "Privatização" da Administração Pública*, Coimbra, 2008;
118. P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Bari, 2008,
119. P.P. DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisbona, 2015, 1224 ss.;
120. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008;
121. G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quad. Fior.*, 36, 2007, 611 ss.;
122. G. DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. Pen.*, 2015, 854 ss.;
123. G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1633 ss.;
124. G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004;
125. G. DE FRANCESCO, *Riciclaggio ed autoriciclaggio: dai rapporti tra le fattispecie ai problemi di concorso nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 944 ss.;

126. CH-L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2005;
127. D. DELLA PORTA – A. VANNUCCI, *Centripetal versus centrifugal corruption A framework for the analysis of corrupt exchange and hidden governance structures*, in anticorrupt.eu, 2014;
128. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986;
129. M. DELMAS-MARTY, *Ordering pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford, Portland, 2009;
130. G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 845 ss.;
131. S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1038 ss.;
132. E. DEL PRATO, *Pubblico e privato: spigolature di un civilista*, in *Riv. it. scie. giur.*, 2016, 7, 287;
133. E. DEZZA, *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia. Il progetto del 1809*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 172 ss.;
134. E. DEZZA, *Multa renascentur quae iam cecidere. La plurisecolare vicenda del Progetto sostituito di Giandomenico Romagnosi*, in *Criminalia*, 2009, 157 ss.;
135. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006;
136. A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice fonte*, in *Criminalia*, 2014;
137. E. DOLCINI, *Codice penale* (voce, 1988), in [Dig. pen. on-line](http://Dig.pen.on-line);
138. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, 2016;
139. M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. Pen.*, 2014, 1482 ss.;
140. M. DONINI, *Il Diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, n. 3, 2016, 21 ss.;
141. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;
142. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesi tributarie*, in penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2018;
143. R. DWORKIN, *Takings Rights Seriously*, Cambridge, 1977;

144. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für E. Mezger*, Berlino-Monaco, 1954;
145. L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1668 ss.;
146. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2, 2015, 40 ss.;
147. D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 3, 1 ss.;
148. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *questionegiustizia.it*, 4, 2016;
149. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016;
150. M.R. FERRARESE, *Gli stati, i governi: poteri residuali?*, in *Teoria politica*, VII, 2017, 183 ss.;
151. E. FERRI, *Relazione del presidente Enrico Ferri approvata dalla commissione*, in *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti, Commissione reale per la riforma delle leggi penali*, Milano, 1921;
152. E. FERRI, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in *Scuola positiva*, 1895, 3, 109 ss.;
153. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 239 ss.;
154. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 353 ss.;
155. G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, 176 ss.;
156. G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *Discrimen*, 10 giugno 2019;
157. G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17 ss.;
158. G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 306 ss.;
159. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017;
160. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012;
161. A. FIORELLA, *Pubblico ufficiale*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 563 ss.;
162. A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, 193 ss.;
163. A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, 1992, 566 ss.;

164. G.M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 424 ss.;
165. G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico e aziende di credito private di fronte al diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1980, 438 ss.;
166. F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 111 ss.;
167. H.C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Especial*, II, Rio de Janeiro, 1986;
168. W. FRIEDMANN, *The planned States and the Rule of Law*, Melbourne, 1948;
169. D.O. FRIEDRICHS, *Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime: Sorting out the difference*, in *Criminal justice*, 2002;
170. D.O. FRIEDRICHS, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, Belmont, 2009;
171. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 2010;
172. M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico (a proposito dei dipendenti degli istituti di credito di diritto pubblico)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, 217 ss.;
173. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2018;
174. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione 'impropria'*, in *Arch. Pen.*, 2013, 15 ss.;
175. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2860 ss.;
176. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 241 ss.;
177. A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997;
178. A. GARGANI, *Illecito civile punitivo* (voce), in *Enc. Dir., Annali*, X, 2017, 487 ss;
179. A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1029 ss.;
180. A. GARGANI, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 505 ss.;
181. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 508 ss.;
182. G. GIACALONE, *È indifferente per il diritto comunitario lo statuto penale degli operatori bancari*, in *Foro it.*, 1987, 345 ss.;

183. G. GIACALONE, *Vecchio e nuovo nella qualificazione giuridica dell'attività bancaria*, in *Foro it.*, 1987, 481 ss.;
184. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 982 ss.;
185. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995;
186. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939;
187. M.S. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004;
188. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quad. Fior.*, 2, 1973, 179 ss.;
189. C. GIROLA, *Funzione pubblica e servizio pubblico nel nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 506 ss.;
190. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011;
191. G. GREEN, *Occupational Crime*, Chicago, 1997;
192. F. GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1920, 225 ss.;
193. F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova 1954, 561 ss.;
194. P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. Fior.*, XLV, 2016, 9 ss.;
195. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015;
196. P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss.;
197. C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro It.*, 1999, 329 ss.;
198. G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, 3 ss.;
199. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004;
200. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937;
201. A. GULLO, *Il Reato proprio*, Padova, 2005;
202. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia in diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 175 ss.;
203. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968;
204. L.L. HANSEN, *Corporate financial crime: Social diagnosis and treatment*, in *Journal of Financial Crime*, 16, 2009;

205. M.J. HATCH, *Organization theory: Modern, Symbolic and Postmodern Perspectives*, Oxford, 2012, trad. it. *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, 2013;
206. W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning*, in *The Yale Law Journal*, 23, 1913;
207. G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento secondo il codice penale*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 3, 1893, 36;
208. F. INFANTINI, *L'abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974;
209. G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 1 ss.;
210. A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Atti R. Acc. delle Scienze di Torino*, LXXV, 1940, 258 ss.;
211. M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.;
212. M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995;
213. G. KAISER, *Criminologia*, a cura di E. MORSELLI – C. BLONK STEINER, Milano, 1985, 354 ss.;
214. B. KOSKO, *Fuzzy Thinking: The New Science of Fuzzy Logic*, New York, 1993;
215. A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;
216. A. LALLI, *Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, in *Riv. scie. giur.*, 2016, 321 ss.;
217. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1979;
218. N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1935;
219. N. LUHMANN, *Vertrauen, ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stoccarda, 1973, 99, trad. it. *La Fiducia*, Bologna, 2002;
220. A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, 2005;
221. C. LOMBROSO, *Troppo presto*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 47 ss.;
222. N. MACCORMICK, *Coherence in legal justification*, in *Theory of legal science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund*, a cura di A. PECZENIK – L. LINDHAL – G.C. VAN ROERMUND, Dordrecht, 1984, 235 ss.;
223. G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, II, 1950;
224. L. MAJANO, *Commento al Codice penale italiano (sub art. 207)*, Torino, 1922;
225. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951;

226. F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, 1 ss.;
227. S. MANACORDA, "Noli me tangere"? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2018, 538 ss.;
228. V. MANES, *Bene giuridico e riforma dei delitti contro la P.a.*, in *Rev. el. cien. pen. crim.*, 2, 2000;
229. V. MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 2017, 955 ss.;
230. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017;
231. V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016;
232. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010;
233. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003;
234. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011;
235. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1986;
236. G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 439;
237. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2012;
238. T. MARTINA, *Resistenza a pubblico ufficiale*, Enc. Giur. Treccani, XXVI, 1991, 3 ss.;
239. C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2, 2009, 34 ss.;
240. M. MELONI, *Le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*, 2015, 125 ss.;
241. A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012;
242. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;
243. G. MOLINARI TOSATTI, *Gli abusi commessi dai deputati e senatori nell'esercizio delle loro funzioni e la sanzione parlamentare*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 529;

244. A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. it. scie. giur.*, 2016, 7, 331 ss.;
245. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3, 2013, 166 ss.;
246. V. MONGILLO, *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1320 ss.;
247. C. MORINI, *Corruzione parlamentare: mali e rimedi*, Milano, 1895;
248. C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1941, 131 ss.;
249. L.V. MOSCARINI, *Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1133 ss.;
250. B. MUSSOLINI, *Discorso al terzo anniversario della marcia su Roma*, 28 ottobre 1925;
251. B. MUSSOLINI, *Discorso di Benito Mussolini al Consiglio Nazionale del partito fascista*, 8 agosto 1924;
252. B. MUSSOLINI, *Stato, anti-Stato e fascismo*, in *Gerarchia*, 1922;
253. U. NANNUCCI, *Rifiuto o omissione di atti di ufficio: È scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro It.*, 1991, 417 ss.;
254. G. NATALE, *Scandali e corruzione parlamentare*, *Il ponte*, 4, 1948, 1 ss.;
255. G. NEPPI MODENA, *La pena nel ventennio fascista*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Treccani.it, 2012;
256. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012;
257. M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *For. It.*, 1987, 469 ss.;
258. P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, 42;
259. P. NUVOLONE, *Gli istituti di credito di diritto pubblico e il concetto di pubblico ufficiale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1950, 52 ss.;
260. V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Milano, 1900;
261. V.E. ORLANDO, *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento pel titolo di corruzione - nota*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 3, 1893, 134 ss.;
262. V.E. ORLANDO – S. LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952;

263. V.E. ORLANDO, *Se compete alla Camera un potere d'inchiesta sulla condotta e sulle qualità morali dei propri membri*, in *Arch. dir. pub. amm. it.*, 1, 1902, 102 ss.;
264. A. ORSI BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano, 2007;
265. T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997 n. 234 – Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1997, 741 ss.;
266. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017;
267. T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, 73 ss.;
268. T. PADOVANI, *Il confine conteso*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 1302 ss.;
269. T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.;
270. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76 ss.;
271. T. PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 539 ss.;
272. T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 397 ss.;
273. T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 229 ss.;
274. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2012;
275. T. PADOVANI, *Tortura*, in *Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, III, Pisa, 2016;
276. T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, 30, 27 ss.;
277. A. PAGLIARO, *Brevi note sulla riforma del delitto contro la pubblica amministrazione*, in *Ind. pen.*, 1989, 27;
278. A. PAGLIARO, *Peculato e abuso di fido bancario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 533 ss.;
279. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992;
280. F. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992;

281. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016;
282. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche. Atti del convegno di Pisa 8-9 maggio 2015*, Milano, 2017, 13 ss.;
283. F. PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Milano, 1974;
284. F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 815 ss.;
285. L. PALMA, *Una nuova questione sui privilegi parlamentari*, in *Rass. scie. soc. pol.*, 1884, 529 ss.;
286. B.K. PAYNE, *White-Collar Crime: a text/reader*, Los Angeles, 2012;
287. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 436 ss.;
288. C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico penale degli operatori bancari*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695;
289. C.E. PALIERO, *Lo statuto penale degli "operatori bancari" fra disciplina comunitaria e diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1361;
290. G. PANEBIANCO, *L'uso legittimo delle armi*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, 2010, 389 ss.;
291. R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966;
292. M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017;
293. F. PATRONI GRIFFI, *Una breve riflessione sull'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it;
294. C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 352;
295. M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004;
296. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 309 ss.;
297. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il Ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010;
298. G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2007, 171 ss.;
299. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. Cost.*, 2011, 956 ss.;
300. P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 568 ss.;

301. N.L. PIQUERO – M.L. BENSON, *White-Collar Crime and Criminal Careers Specifying a Trajectory of Punctuated Situational Offending*, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2004, 148 ss.;
302. P.G. PONTICELLI, *Merito amministrativo e giurisdizione di merito* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 1 ss.;
303. S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione e rischio d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 486 ss.;
304. A. PUGIOTTO, *Una legge “sulla” tortura, non “contro” la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017)*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2018, 389 ss.;
305. D. PUPOLIZIO, *Pubblico, privato, comune*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2014, 7 ss.;
306. D. PULITANÒ, *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una ricostruzione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 368 ss.;
307. D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. Giur.*, 1994, I;
308. S. PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio* (voce), in *Digesto Disc. Pen.*, VII, Torino, 1994, 570 ss.;
309. I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della grande dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 43, 343 ss.;
310. F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631 ss.;
311. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980;
312. G. RADBRUCH, *Rechtphilosophie*, a cura di E. WOLF – H.P. SCHNEIDER, Stoccarda, 1973;
313. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984;
314. F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 866 ss.;
315. R. RICCI, *Corruzione parlamentare*, in *La rassegna nazionale*, 106, 1899, 22 ss.;
316. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004;
317. L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia*, 2018, nella versione anticipata su *discrimen.it*.;
318. G.D. ROBIN, *White-Collar Crime and Employee Theft*, in *Crime and delinquency*, 1974, 247 ss.;
319. A. ROCCO, *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929;
320. A. ROCCO, *Sul carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, 53 ss.;

321. R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, 1326 ss.;
322. M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.;
323. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 2013;
324. M. ROMANO, *I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015;
325. M. ROMANO, *La "parificazione" tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 765 ss.;
326. S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906;
327. M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. Pen.*, 2013, 35 ss.;
328. E.A. ROSS, *Sin and Society: An Analysis of Latter-Day Iniquity*, Houghton, 1907;
329. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996;
330. C. ROXIN, *Kriminalpolitik un Strafrechtssystem*, Berlino, 1970;
331. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1986;
332. C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, I, Monaco, 2005;
333. G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in *Riv. sto. dir. it.*, 2011, 287 ss.;
334. B. RÜTHERS – C. FISCHER, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2010;
335. U. ŠADL, *The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accession case law of the court of justice of the EU*, in *Eu. jour. le. stud.*, 2015, 18 ss.;
336. A.M. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro It.*, 1964, 200 ss.;
337. A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1952;
338. S. SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018;
339. S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 951 ss.;
340. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, 147 ss.;
341. C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923;

342. C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe*, Berlino, 1988;
343. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, VI, 2002, 75 ss.
344. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.;
345. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017;
346. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2015;
347. S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 1241 ss.;
348. S. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 563 ss.;
349. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983;
350. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 C.P.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 1165 ss.;
351. S.P. SHAPIRO, *Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*, in *American Sociological Review*, 55, 1990, 346 ss.;
352. D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Firenze, 2013;
353. B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quad. Fior.*, XXVIII, 1999, 1039 ss.;
354. C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 ottobre 2016;
355. C. SOTIS, *La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 464 ss.;
356. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza: pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012;
357. C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Prozia*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2017;
358. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.;
359. A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003;
360. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3, 2013, 213 ss.;

361. A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2007, 826 ss.;
362. A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento possano ai fini penali essere considerati come pubblici ufficiali*, in *Temi veneta: eco dei tribunali*, 9, 1893, 17 ss.;
363. A. STRATI, *L'analisi organizzativa. Paradigmi e metodi*, Roma, 2004;
364. E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949, trad. it. E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, a cura di G. FORTI, Milano, 1987;
365. F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973;
366. E. TAVILLA, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in *Historia et ius*, 10, 2016, 1 ss.;
367. F. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo*, Torino, 2002;
368. S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, Milano, 1993, 375;
369. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012;
370. L. TRITONJ, *Se un membro del parlamento sia pubblico ufficiale*, in *Il Filangieri*, 20, 1895, 895 ss.;
371. G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 107 ss.;
372. C. UBIALI, *In tema di corruzione parlamentare (nota a margine del caso Berlusconi-De Gregorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2297 ss.;
373. A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 351 ss.;
374. A. VALLINI, *La nozione di "incaricato di pubblico servizio" e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Dir. pen. cont.*, 16 giugno 2011;
375. A. VALLINI, *La portata della sentenza CGUE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.;
376. A. VALLINI, *Quando e perché i commissari di una gara indetta da una s.p.a. posso ritenersi pubblici ufficiali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1089 ss.;
377. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 531 ss.;
378. G. VASSALLI, *Codice penale (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1960, 269 ss.;
379. G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 1979, 336 ss.;
380. F. VASSALLI, *Studi giuridici*, Roma, 1939;
381. R. VENDITTI, *Corruzione (voce)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 755 ss.;

382. M. VESSICHELLI, in *Cass. pen.*, 2006, 3985 ss.;
383. G. VICICONTE, *Responsabilità penale del personale degli enti privatizzanti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, 1482 ss.;
384. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015;
385. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano 2002;
386. F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017;
387. F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1811 ss.;
388. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008;
389. S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014;
390. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2009;
391. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011;
392. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. Fior.*, 44, 2015, 131 ss.;
393. K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998;
394. A. VON HIRSCH, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte. Atti del Convegno. Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004;
395. F. VON LISZT, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1884;
396. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlino, 1905;
397. F.C. VON SAVIGNY, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Duffeldorf, 1870.
398. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840;
399. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, 1974;
400. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. *Economia e società*, a cura di P. ROSSI sull'edizione critica di J. WINCKELMANN (1956), III, Milano, 2000;
401. D. WEISBURD – E. WARING, *White-collar crime and criminal careers*. New York, 2001, 8.

- 402. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990;
- 403. G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge* (voce), in *Enc. Dir.*, V, 2012, 694 ss.;
- 404. L.A. ZADEH, *Fuzzy logic and approximate reasoning*, in *Synthese*, 1975, 30, 407 ss.;
- 405. L.A. ZADEH, *Fuzzy sets*, in *Information and control*, 1965;
- 406. D. ZANICHELLI, *I privilegi parlamentari*, *Riv. dir. pub.*, 1, 1889, 74 ss.;
- 407. H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989;

