

La pubblica amministrazione come oggetto di tutela penale: tra nuove derive eticizzanti e necessità di recupero del suo significato oggettivo-funzionale

di Fabrizio RIPPA*

SOMMARIO: **1.** Premessa. Il bene giuridico come irrinunciabile presidio liberale. **2.** Oltre le ragioni dello Stato etico totalitario. La preferibilità di una nozione ampia del concetto di pubblica amministrazione. **3.** Pubblica amministrazione e diritto penale costituzionalmente orientato: dalla concezione formale a quella funzionale.

ABSTRACT: *Against the anti-democratic drifts of a subjective-based criminal law, it is necessary to recover the guaranteeing and selective value of the legal good. If this statement is valid in general, it is particularly so in the field of crimes against the public administration, which in recent years has seen the revaluation of old ethical and formalistic conceptions of protected legal objectivity. A constitutionally oriented reading of the norms regarding public administration suggests, instead, the recovery of an objective-functional conception, both as a guiding criterion for future legislative policies both as an interpretative canon of the incriminating provisions that already exist.*

1. Premessa. Il bene giuridico come irrinunciabile presidio liberale.

L'oggettività giuridica di categoria che identifica il titolo II del libro II, e più in generale lo stesso concetto di bene giuridico (insieme con gli altri grandi temi della cultura penalistica liberale), lungi dal rappresentare il malinconico scheletro di una impalcatura sistematica mai realmente edificata, assume (deve assumere), quantomeno nella riflessione del giurista, un ruolo decisivo per l'analisi di tutte le fattispecie che coinvolgono le attività dei pubblici amministratori.

* *Ricercatore di diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".*

Tale categoria dogmatica¹, che ha ciclicamente vissuto crisi – a volte anche profonde – di identità e di legittimazione², sembra infatti oggi attraversare una nuova ed inarrestabile parabola discendente. Impossibile ripercorre in tale sede le tappe di un lungo e travagliato percorso teorico e pragmatico³, tra l'altro mai

¹ Sulla quale, nella sterminata produzione scientifica, ci si limita qui a segnalare, oltre il fondamentale e per certi versi frainteso lavoro di A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; G. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, PP. 1 ss.; G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1959, PP. 705 ss.; D. PULITANO, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 111 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, pp. 42 ss.; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985; M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, *passim* e spec. pp. 90-100; ID., s.v. *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 267-275 F. BRICOLA, s.v. *Teoria generale del reato*, in *Novss. dig. it.* 1pp. 4 ss. e 82 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, pp. 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, pp. 629 ss..

² In tema, di recente, E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico - Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Napoli, 2019, *passim*; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; sulla crisi, spesso (ma non sempre) parallela, del principio di offensività M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Milano, 2006, pp. 1415 ss.; *ivi* S.VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, pp. 2077 ss.; nella dottrina più datata, a dimostrazione della costante preoccupazione attorno ad un concetto che rischia di apparire come il biblico colosso dai piedi di argilla, così 'splendente', ma sempre sul punto di cadere, C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pp. 99 ss., ove già si riconosceva una fase di «crisi dell'idea stessa di bene giuridico, nella sua tradizionale formulazione dogmatica»; e G. NEPPI MODONA *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 75 ss.

³ La storia del bene giuridico – il cui riconoscimento ufficiale si deve a J.F.M. BIRNBAUM, che per primo lo definì nella sua opera *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1834, 149 – prende avvio nel periodo dell'illuminismo ad opera delle dottrine matrice giusnaturalistica, che ispirarono poi le più compiute teorizzazioni dei secoli XIX e XX, e vive il suo momento di più profondo oscurantismo durante il periodo nazifascista, in coincidenza, non casuale, con l'eclissi dello Stato di diritto. Proprio quella esperienza, così negativa, spiega e giustifica l'enorme speranza che la dottrina successiva ripose su quel concetto, «proponendosi [...] il compito fondamentale di delineare una nozione idonea a ricomporre quella 'dolorosa alternativa' tra funzione critica e funzione dogmatica». Esso assurse così al ruolo di «grande narrazione' della contemporaneità, attorno a cui si condensarono le più ambiziose aspirazioni alla costruzione di un diritto penale dal volto razionale, oggettivo, liberale, umano»; una speranza in gran parte disattesa, se è vero che – come tutti i grandi presupposti teorici e dogmatici che hanno posto le basi del diritto penale liberale – anche il concetto di bene giuridico vive oggi una nuova stagione di crisi, con uno iato profondo tra il suo 'valore nominale' ed il suo 'valore reale', tra la sua condivisa celebrazione nelle opere monografiche e manualistiche ed il suo scarso impatto sulle politiche legislative e sulle prassi applicative. A degradare a mera 'clausola di stile' quello che sarebbe dovuto essere un "canone normativo autenticamente precettivo", hanno contribuito diversi fattori, che sono insieme politici, culturali ed empirici:

del tutto compiuto⁴; eppure – evitando concezioni fideistiche che facciano di quel tragitto un ‘cammino sacro’, in cui il bene giuridico assurge a «paradigma supremo ed esclusivo di conoscenza del reato»⁵, e lasciandosi invece indirizzare da coordinate di *razionalità punitiva* – si sente con forza l’esigenza, sia pure attraverso poche ed essenziali battute, di ribadire l’imprescindibilità epistemologica, quale tratto unificante degli altri requisiti della struttura del reato e catalizzatore di irrinunciabili principi liberali e garantisti⁶. Se sterile appare

l’avanzata di forme di criminalità sempre più spalmate su vere e proprie categorie antropologiche, con i fatti che diventano fenomeni (si pensi alla criminalità organizzata di stampo mafioso o alle forme di terrorismo politico e religioso); l’incapacità cronica – che si è trasmessa da un legislatore all’altro – di attuare una complessiva riforma del sistema penale; la famelica invasività di un diritto penale utilizzato come prima ed unica *ratio*, incalzato da una società spaventata ed intollerante, che da un alto ha causato una incontrollata proliferazione di fattispecie incriminatrici, dal contenuto meramente sanzionatorio (che rischiano di far rivivere i nefasti esiti della concezione metodologica del bene giuridico), e dall’altro ha portato a decretare sempre più spesso onnivore e manichee forme di responsabilità da posizione, nelle quali si anticipa e si fraintende lo scopo di tutela delle incriminazioni, passando dalla *prevenzione dell’offesa* alla *sterilizzazione del rischio*; la globalizzazione, che dal mercato passa al diritto, e deresponsabilizza i legislatori nazionali, meri esecutori di scelte che avvengono in altri e più ampi contesti istituzionali o addirittura in non meglio definiti organismi internazionali, le cui dinamiche decisionali non appaiono particolarmente rispettose del meccanismo democratico. Ed in tale contesto, non può disconoscersi una profonda responsabilità della scienza e della giurisprudenza penale, le quali o si sono limitate ad un asettico richiamo a valori “di carta”, dando adito talvolta ad «una mistificazione dei contenuti della legislazione positiva o alla legittimazione (acritica) delle scelte di politica criminale», oppure ha deposto le armi, lasciando che lo scetticismo si sostituisse ad una proattiva voglia e capacità «di guidare il corso della politica criminale», cfr. E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 8.

⁴ «Il bene giuridico (o l’oggetto giuridico) [...] è categoria descrittiva, classificatoria ed ermeneutica, della dogmatica classica, da Birnbaum a Binding e Liszt, e da Arturo Rocco a Grispigni in poi. Che poi esso abbia conosciuto stagioni liberali, critiche, ma anche metodologiche, funzionali e altresì costituzionali, è altra questione; che in una sua accezione liberale e non metodologica esso serva comunque a delimitare alcune classi di condotte, è altrettanto vero, però le prestazioni di queste potenzialità selettive sono ancora modeste. Il bene giuridico da solo non basta ed è sbagliato chiedergli troppo», M. DONINI, *Il principio di offensività*, *sette Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2013, 5.

⁵ A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico, Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006, p. 12.

⁶ Come evidenziato anche da E. CONTIERI (cfr. *op. e loc. ult. cit.*), tanto la dottrina tedesca quanto quella italiana – che hanno gettato (la prima sicuramente più della seconda) le fondamenta teoriche della specifica materia – hanno generalmente sottolineato la linea di derivazione del concetto di bene giuridico (nella sua proiezione *metapositivistica*) dalle dottrine giusnaturalistiche del periodo illuministico, in particolare dalle opere di Beccaria e Hommel (almeno secondo C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di U. NEUMANN-F. HERZOG, Heidelberg, 2010, pp. 575-576, che ritiene poco preciso il riferimento generalizzato all’intero movimento dell’Illuminismo); in tal senso, per la dottrina tedesca, principalmente P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962, pp. 24 ss.; e H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, pp. 6 ss.; più di

infatti la polemica sul valore gerarchico da attribuire ad esso rispetto agli altri elementi delle fattispecie incriminatrici, più utile e deontologica ci sembra l'idea che il bene giuridico si atteggi quale elemento 'trasversale', in grado di ammantarli tutti, a partire da quelli che contribuiscono alla materialità del fatto per finire con quelli che ne certificano e quantificano la colpevolezza. Per conferire ad essi la dignità e la capacità di essere realmente selettivi di ciò che *merita* una risposta sanzionatoria feroce, violenta come nessuna altra eppure (anzi perché, e solo nei limiti in cui sia) *necessaria*. Ne va infatti esaltata la sua (possibile) funzione – che è insieme critica, teleologica e sistematico-classificatoria⁷ – di 'ago della bilancia' delle politiche criminali e delle prassi applicative, elemento 'di peso' che, contro ogni spinta soggettivistica, mantenga il diritto penale nell'orbita liberal-garantista e costituzionalmente conforme del *diritto penale del fatto*. Le trame che congiurano contro tale visione democratica dell'esercizio del potere punitivo sono sempre (e da sempre) presenti, palesi o sotterranee, ma quasi sempre subdole; tanto che talvolta neanche le barriere erette dalla Costituzione repubblicana e dalle altre Carte fondamentali dei diritti umani riescono ad arginare i ritorni di fiamma degli stilemi tipici del diritto penale a base autoriale o della mera disobbedienza. Le cui vampate sono per lo più sospinte ed alimentate dai venti delle politiche emergenziali e populiste. Ed anche (e, almeno in parte, in conseguenza di ciò), da una eccessiva fiducia accordata alle scienze criminologiche, che hanno finito con l'annebbiare il *frigido*

recente, oltre alla suindicata opera di Roxin, v. anche B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLERS, Baden-Baden, 2003, 137 ss.; nella dottrina italiana, a segnalare l'"evidenza" della continuità storica tra pensiero liberale e teoria del bene giuridico, sono stati soprattutto F. STELLA, *La teoria del bene*, cit., pp. 1 ss.; e E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 57 ss.

⁷ Sulle funzioni del bene giuridico, sulle iniziali e mai del tutto sopite 'tensioni' che si generano tra di esse (in particolare tra funzione critica e funzione dogmatica), e sui successivi tentativi di sincretizzazione, nella dottrina tedesca, J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, pp. 151 ss.; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 19 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, IV ed., München, 2006, pp. 18 ss.; nella penalistica italiana, *ex pluribus*, V. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 6 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005. G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, pp. 61 ss.

pacatoque animo che dovrebbe assistere chi è chiamato a portare avanti le *terribili istanze* della legislazione penale⁸. Ma nessuna di esse è più pericolosa, per la sopravvivenza di un simile, indispensabile concetto, della rassegnazione o della noncuranza del giurista.

2. Oltre le ragioni dello Stato etico totalitario. La preferibilità di una nozione ampia del concetto di pubblica amministrazione.

Ciò doverosamente premesso, occorre chiedersi, innanzitutto, cosa la legislazione penale intenda per pubblica amministrazione, concetto di per sé mobile e figlio del proprio tempo, come del resto lo sono le dinamiche istituzionali e le relazioni tra consociati che ne rappresentano il substrato costituzionale⁹ e sociale.

⁸ Parla di una linea evolutiva che «attesta — paradossalmente — il dominio della criminologia (o della sociologia) sul diritto penale, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1133-34.

⁹ Nella dottrina del diritto pubblico, come è noto, si suole distinguere tra costituzione *formale* e costituzione *materiale*: mentre la prima rappresenterebbe l'atto o il documento in cui vengono racchiuse le norme costituzionali, cristallizzate in formule giuridiche ed espressioni linguistiche debitorie del contesto storico in cui esse vedono la luce, che è insieme politico, istituzionale e culturale, la seconda, secondo le espressioni del maestro del diritto costituzionale Mortati (cui si deve l'elaborazione di tale concetto), farebbe riferimento a «quel nucleo essenziale di fini e di forze che regge ogni singolo ordinamento positivo», ovvero sia all'*idea*, intesa quale scopo unificatore dei vari interessi che si aggregano intorno allo Stato, ed alle *forze politiche*, che strumentalmente realizzano o cercano di realizzare quell'idea. In questa prospettiva, la costituzione materiale rappresenterebbe, semplificandone al massimo il concetto, una sorta di *diritto costituzionale vivente*, il quale potrebbe coincidere o collidere con le norme della costituzione formale, poiché i valori espressi dalle forze politico-sociali sono, per loro natura, mutevoli nel tempo. Ovviamente, la possibile dialettica tra le due forme di costituzione non può risolversi nella negazione della prima a favore delle regole imposte dalla seconda (che vorrebbe dire invalidamento della Costituzione formale e sostituzione di un nuovo ordine istituzionale), ma va letta quale naturale evoluzione normativa o semplicemente interpretativa di un testo (appunto la Costituzione formale) il quale, nasce sulla scorta di una precisa e ben individuata Costituzione materiale, certificandone gli ideali, ma poi deve potersi adeguare alle eventuali evoluzioni di quegli stessi ideali che sono espressione in divenire delle forze sociali e politiche di ogni possibile epoca futura: «la costituzione materiale», si è detto, «deve essere intesa come il substrato assiologico della costituzione, che viene identificato e formalizzato in un dato periodo storico, dando vita, con procedimenti di vario tipo, ad una costituzione formale. La continua dialettica tra le potenzialità generative dei valori (e del linguaggio giuridico che li esprime) e le attuazioni pratiche degli stessi, l'inesauribile carica innovativa dei principi rispetto alle norme specifiche che li concretizzano, la trasformazione storica delle forze sociali e politiche portatrici delle costituzioni positive (formali), inducono ad abbandonare l'idea della costituzione come atto, per optare per la più fruttuosa concezione della costituzione come processo. Ciò significa che la costituzione effettiva [...] si crea e si ricrea continuamente, per effetto delle leggi, della giurisprudenza costituzionale e comune, delle prassi politiche e dei contesti internazionali e sopranazionali)», T. MARTINES, *Diritto*

Come è noto il concetto di pubblica amministrazione, in ambito penalistico, assume diversa connotazione rispetto a quanto normalmente in grado di evocare nell'accezione accolta dalle altre branche diritto pubblico¹⁰: esso, secondo le parole di Alfredo Rocco, «viene assunto nel senso più ampio, comprensivo dell'intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici. Pertanto con le norme riflettenti i delitti contro la pubblica Amministrazione, viene tutelata non solo l'attività amministrativa in senso stretto, tecnico, ma, sotto un certo aspetto, anche quella legislativa e giudiziaria»¹¹.

L'inclusione nel titolo *de quo* delle funzioni riferibili alla complessiva organizzazione dello Stato, non limitate cioè alle sole attività propriamente amministrative in senso tecnico, avrebbe radici storiche ed ideologiche precise, riconducibili, in buona sostanza, alla scarsa differenziazione che nei regimi autoritari e totalitari subisce la classica tripartizione, una sbiadita e pretestuosa versione della stessa che viene in simili contesti degradata a mero «criterio di distribuzione di competenze»¹².

La questione, che in linea di principio avrebbe ragione di sollevare più di un dubbio sulla compatibilità di una nozione così slabbrata di P.A. rispetto ai valori dello Stato democratico, ha in realtà portata ermeneutica minore di quanta se ne voglia immaginare, almeno se riferita alla possibilità di condizionare

costituzionale, XII ed. (interamente riveduta da G. SILVESTRI), Milano, 2010, pp. 18 ss. Della fondamentale opera di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), è possibile oggi disporre di una ristampa inalterata, Milano, 1998, con *Premessa*, di G. ZAGREBELSKY.

¹⁰ Così anche per la prevalente dottrina. Cfr., *ex pluribus*, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, agg. a cura di P. NUVOLONE-G.D. PISAPIA, Torino, 1981, pp. 101 ss.; A. STILE, voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, p. 129;.; si v. tuttavia, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, pp. 5 e ss., il quale considera eccessivo il riferimento alla totalità delle attività riferibili allo Stato ed alle sue partizioni territoriali, poiché non solo ne restano escluse alcune attività, anche rilevanti, di tipo privatistico, e poiché (ma questo è conferma di quanto si dirà di qui a breve), in ogni caso, gli interessi politici statuali e l'attività giudiziaria in senso lato, sebbene ricomprese tra le attività riconducibili alla tutela apprestata dal titolo II, rimangono comunque essenzialmente presidiate, rispettivamente, dal titolo I, in materia di delitti contro la *personalità dello Stato*, e nel titolo III, relativo ai delitti contro l'*amministrazione della giustizia*.

¹¹ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, II, 1929, pp. 112 ss. e spec. 14: «Tutti i soggetti di diritto pubblico – a qualsiasi di questi tre ordini appartengano – sono detentori di quell'autorità, che su 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 organo; e, quindi, rispetto a tutti è concepibile un'offesa, che, attraverso le loro persone, tocca la pubblica Amministrazione, compromettendone il regolare funzionamento».

¹² F. BRICOLA, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temj*, 1968, p. 566.

l'interpretazione delle singole disposizioni incriminatrici: sicuramente frutto di una studiata scelta del regime fascista¹³, è chiaro che una simile ed omnicomprensiva visione della pubblica amministrazione potrebbe a prima vista considerarsi la spia di un marcato autoritarismo punitivo; ma in realtà, ad un esame più approfondito, essa non risulta davvero in grado di stravolgere il significato ed il limite di *attività amministrativa* in senso stretto, che rimane quella ereditata dalle scienze giuspubblicistiche: semplicemente ad essa aggiunge, con effetti di rilievo sistematico, anche altre attività istituzionali, che tuttavia, nei contenuti, rimangono chiaramente 'altro', essendo tipiche espressioni delle ulteriori due funzioni riferibili allo Stato, quella giudiziaria e quella legislativa.

Ecco allora che se esistono dei meccanismi normativi in cui si sono annidati ed hanno prosperato i tratti più squisitamente totalitari ed illiberali del regime, questo riguarda solo in parte l'aspetto *quantitativo* con cui si è voluto assumere ed intendere il bene giuridico *pubblica amministrazione* nel codice Rocco: adottarne una nozione ampia, in costanza di altre norme e titoli che specificamente e nominalmente riguardano le altre funzioni dello Stato, ha avuto il significato e l'obiettivo di voler affidare ad essa l'essenziale compito di evitare ogni possibile lacuna, apprestando una tutela penale (di tipo residuale) per tutte quelle attività funzionali riferibili allo Stato che non ricevono specifica regolamentazione negli appositi titoli riservati agli altri poteri ed interessi pubblici, come quelli a protezione della personalità dello Stato, della corretta amministrazione della giustizia, della fede pubblica ecc.¹⁴. In altre parole, la cifra autoritaria non sta nel voler diluire il concetto di pubblica amministrazione fino a farvi comprendere qualunque attività riferibile allo Stato, ma nel tentativo di voler apprestare la massima tutela possibile ai poteri pubblici contro ogni tipo di minaccia che possa essere perpetrata sia dall'esterno che dall'interno di essi¹⁵;

¹³ N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1935, pp. 5 ss. e S. RICCIO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 13 ss.

¹⁴ In tal senso A. STILE, voce *Amministrazione pubblica*, cit., 129.

¹⁵ La preminenza dell'interesse della P.A. anche rispetto a quello dei privati e la *voluntas legis* di garantire la massima tutela possibile all'ente pubblico rispetto ad aggressioni di soggetti sia esterni che interni al suo apparato, è cristallinamente rivelata dalle parole dello stesso Alfredo Rocco che nella *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, cit., 112 afferma: «[...] tali fatti possono commettersi non solo dai privati cittadini ma anche da coloro che agiscono per lo Stato e per l'ente pubblico [...] essi vengono presi in considerazione con riferimento a tutte le forme di attività nelle quali si esplica la vita degli enti pubblici, in guisa da ricomprendere tutte le ampie categorie dei soggetti di diritto pubblico, che secondo una tripartizione ormai

gettando nel mare dei possibili comportamenti illeciti, a mo' di rete a strascico, una trappola dalle maglie così strette da non permettere che nulla possa sfuggirle dietro di sé. Che è l'esatta negazione di uno dei contrassegni tipici di un ordinamento penale di stampo democratico, ovverosia la sua frammentarietà, la sua capacità di affidarsi ad interventi di tipo selettivo e di confidare nella presenza e nell'efficacia di altri meccanismi di controllo sociale e di punizione o prevenzione dei comportamenti devianti.

Che la onnicomprensività del concetto di pubblica Amministrazione possa voler dire qualcosa di più, tale da stravolgere il comune significato che in ambito pubblicistico viene attribuito all'attività amministrativa in senso stretto, allora, è lecito dubitarne. Non sarebbe cioè condivisibile, una volta individuata in tale maniera la portata del bene amministrazione pubblica, voler affidare ad essa una funzione strettamente interpretativa, decisiva ai fini dell'individuazione del contenuto oggettivo di categoria e specifico dei singoli delitti in esame, e di conseguenza di ricostruzione dei possibili comportamenti tipici sotto il profilo dell'offensività¹⁶.

Attività che invece dovrà sempre fare i conti, nel momento in cui ci si appresta ad individuare i confini applicativi di ogni singola disposizione incriminatrice, innanzitutto con le nozioni di pubblico ufficio e pubblico servizio – rilevanti, come è noto, per l'individuazione della specifica attività amministrativa svolta in concreto; ed in seguito con gli aspetti peculiari che il bene in oggetto di volta in volta può assumere concretizzandosi nelle fattispecie che ad esso si riferiscono, attraverso variabili che possono attenersi ai diversi profili funzionali o di semplice assetto organizzativo della o delle pubbliche amministrazioni coinvolte.

Per altro verso, una volta epurata da possibili risvolti di stampo totalitario, la possibilità che le norme del titolo II possano fare riferimento, nella individuazione delle concrete attività incriminabili, anche ai settori dell'attività giudiziaria e legislativa è addirittura *preferibile*, e questo sia per ragioni di ordine pratico, sia per questioni di carattere più squisitamente culturale, che tengano conto del reale significato e della reale portata storica del principio della separazione dei poteri¹⁷.

universalmente accolta, si distinguono in soggetti appartenenti all'ordine legislativo, in soggetti appartenenti all'ordine giudiziario e in soggetti appartenenti all'ordine esecutivo.».

¹⁶ Così A. STILE, *op. ult. cit.*, secondo il quale il concetto penalistico di pubblica amministrazione «non ha altra incidenza, a livello interpretativo, che quella di evitare aprioristiche limitazioni alla tutela delle attività pubbliche».

¹⁷ A. CERRI, s.v. *Poteri dello Stato (conflitti tra i)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1989.

È bene riflettere, infatti, sulla tendenziale relatività ed imperfezione di ogni criterio classificatorio che si illuda di poter distribuire in maniera netta e marcata le varie funzioni pubbliche all'interno dei diversi poteri (ciò non vuol dire, sia chiaro, avallare pericolose ed inopportune commistioni fra essi, come invece è accaduto a proposito dei fenomeni di c.d. *supplenza giudiziaria*¹⁸): le moderne scienze storiografiche, giuridiche e non giuridiche, hanno pochi dubbi nell'affermare non solo come non vi sia oggi (né, a maggior ragione, vi sia stata in passato) corrispondenza tra funzioni ed apparati¹⁹, ma, in alcuni degli spunti maggiormente critici (e, sia concessa l'ingenuità culturale, *destabilizzanti*) come sia lo stesso *dogma* della divisione dei poteri ad essere messo in discussione, frutto non di un dato positivo effettivamente inveratosi nella realtà istituzionale, quanto piuttosto di preoccupazioni di carattere ideologico, innalzate poi a costruzioni teoriche dal liberalismo e dal positivismo ottocentesco²⁰, nella loro 'nobile' aspirazione di offrire al cittadino uno schermo garantista²¹. Esse, è stato

¹⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011 45: «la formula "supplenza giudiziaria" evoca problemi di rispetto del principio di legalità nell'operato della magistratura, e problemi di equilibri e rapporti tra poteri dello Stato, sulla tacita, non fondata premessa che i principi di legalità e separazione dei poteri comporterebbero una netta distinzione di campi di intervento tra la giustizia e il potere politico amministrativo. Il concetto di supplenza giudiziaria ha così finito per assumere un colore ambiguo, evocando una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici. Spesso questo concetto viene usato in chiave critica verso la magistratura, cui si rimproverano invasioni di campo in sfere di competenza di altre istituzioni, talora viene adoperato per denunciare carenze nell'operato di istituzioni politiche e amministrative».

¹⁹ Circa i rapporti tra giurisdizione e amministrazione, v. R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 517 ss.; F. MODUGNO, *Eccesso di potere, Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 5.

²⁰ P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, *passim*; R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.* 1958, pp. 184 ss.; nonché le sempre interessanti riflessioni di G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad.it. a cura di M. Papa, Bologna, 2004, 16.

²¹ Che le dottrine liberali avessero necessità, almeno sul piano teorico, di sventolare la bandiera della separazione dei poteri come simbolo di garanzia e di libertà, è confermato dai contro-manifesti delle ideologie totalitarie del periodo fascista, che quella utopia esplicitamente dileggiavano. Tra gli scritti che maggiormente testimoniano un simile livello di frantumazione dell'idea della separazione poteri, va sicuramente annoverata l'inquietante opera di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939, 140, in cui l'autore descrive lo Stato totalitario come l'incarnazione stessa del suo capo che «non ha compiti vaghi e utopistici di uguaglianza, fraternità, felicità, ma compiti concreti di potenza. [...] Il delitto va punito perché attenta alla autorità e maestà dello Stato [...] ogni delitto è in fondo un delitto politico. Anche di fronte a un fatto che sia non formalmente ma sostanzialmente reato, perché non incriminato da nessuna disposizione di legge, lo Stato totalitario comanderà ai suoi giudici di punire, creando essi la norma mancante [...] Il giudice non sbaglierà mai, né farà un uso arbitrario della sua potestà quando, interpretando la volontà sia pure formalmente inespressa dello Stato e del suo Capo, castigherà il delinquente che si ribella contro lo Stato [...] Nell'incertezza diviene fonte di diritto,

affermato con accento in parte caustico, alla ricerca di «*un fondamento sicuro di osservazione alla scienza, puntarono tutto sulla legge, riducendo il diritto a legge*»²².

Le ragioni di ordine pratico-sistematico, dietro le quali si affacciano in verità condivisibili spunti di politica criminale, riguardano l'inopportunità di seguire l'astratta logica della divisione dei poteri per poi separare con troppa rigidità e diversamente collocare nei titoli a ciascuno dei poteri dedicato condotte che presentano, in realtà, un'omogeneità strutturale ed un contenuto di disvalore identico, a prescindere dall'appartenenza del soggetto attivo all'uno piuttosto che all'altro degli apparati pubblici²³.

per la legislazione tedesca, il sano sentimento del popolo. Per noi potrebbe avere valore di fonte la volontà del duce, quale si può ricavare dalla sua parola, dal suo insegnamento, dalla sua dottrina. [...] In tal caso il giudice applica e non crea perché la creazione appartiene al capo».

²² S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1995, 37 ss.

²³ Ciò che conferirebbe omogeneità al titolo e legittimerebbe l'unificazione legislativa (al netto delle ipotesi 'speciali' contenute nel I e nel III titolo del libro II), sarebbe allora la caratterizzazione pubblica del soggetto attivo, a prescindere dalla funzione in concreto svolta e la sua diversificazione dal privato, ciò che spiegherebbe anche l'ulteriore distinzione, all'interno del titolo, tra i delitti dei soggetti pubblici contro la p.a., racchiusi nel capo I, e quelli dei privati, contenuti nel capo II, riscontro puntuale della differente valutazione in termini di disvalore tra minacce interne, perpetrate da chi gestisce i meccanismi della p.a., ed esterne, portate da coloro che operano dal di fuori delle strutture istituzionali. Va specificato: lo speciale ruolo dei soggetti pubblici è tipico non solo degli stati autoritari, ma anche dei moderni stati liberali, pur se con diversa taratura: esso dovrebbe riflettere la particolare posizione che gli stessi assumono nella società, che non è più quella di soggetti istituzionalmente sovraordinati rispetto al *quisque de populo*, ma di coloro che sono affidatari di compiti destinati alla crescita ed al benessere dell'intera collettività. Ecco perché, anche nella moderna e democratica idea di Stato, essi sono tenuti ad un particolare rigore nell'osservanza dei propri doveri funzionali, ed allo stesso tempo risultano destinatari di una particolare protezione, solo se ed in quanto necessario presupposto per garantirne appieno l'operatività, e non certo la propria 'personalità' pubblica. Ma proprio questa particolare capacità attrattiva del ruolo pubblico rispetto alle (straordinarie) dinamiche del diritto penale, la necessità di coinvolgerli in qualità di autori o soggetti passivi qualificati delle norme incriminatrici, dovrebbe invitare a riflettere sulla opportunità di razionalizzazione del numero di pubblici agenti, effettivamente sovrabbondante nella nostra realtà istituzionale, per motivi che non è qui possibile illustrare nel dettaglio, ma che attengono, in estrema sintesi, allo sviluppo atipico delle istituzioni ed all'eccessivo espandersi delle funzioni statuali (soprattutto in ambito economico), registratisi nella nostra storia repubblicana. In un contesto del genere, ove tra l'altro ad una massiccia opera di pubblicizzazione ha fatto seguito una contropinta verso la privatizzazione, spesso etero-imposta dalle istituzioni sovranazionali e non sempre coerentemente gestita da quelle nazionali, il ruolo del soggetto pubblico ne è uscito effettivamente sbiadito, così come meno netta appare la distinzione tra attività di tipo pubblico ed attività di carattere privatistico (come attività negoziali, attività di impresa, attività bancarie), oggi tipicamente private, eppure per anni riconducibili, nel nostro contesto, ad un statuto di tipo pubblicistico. Da questo punto di vista, mantenere nozioni così ampie di pubblica funzione o di pubblico servizio, rischia di rendere sperequativa, nel bene o nel male, una modalità di tutela basata sul ruolo pubblico, soprattutto nelle moderne democrazie, che ideologicamente, ed a meno che non sia strettamente necessario, dovrebbero tendere alla

Non è un'equazione semplice: a volte, ad esempio, potrà accadere che la valutazione in termini di disvalore di condotte oggettivamente sovrapponibili possa poi effettivamente dipendere anche dall'appartenenza del pubblico agente ad uno specifico potere statale, che dunque rappresenta una variabile di cui tener conto. Così come potrà accadere che in concreto, per il tipo di condotta descritta, la realizzazione del fatto tipico sia pressoché perpetrabile da uno solo, o comunque non da tutti i referenti dei tre canonici ordini di potere.

Nel primo caso si affacciano due prospettive, entrambe tributarie di una concezione teleologica 'forte' la quale, nella complessiva ricostruzione del volto dell'illecito penale (e nella stessa individuazione del bene giuridico effettivamente protetto), preferisca attribuire maggior peso alle funzioni specificamente esercitate dal soggetto attivo piuttosto che alla semplice ed astratta riconducibilità formale del soggetto ad uno dei poteri statuali²⁴:

- in effetti, se la funzione pubblica *in concreto* esercitata costituisce il centro nevralgico di imputazione delle condotte vietate, nel senso che l'essenza stessa del fatto tipico si sostanzia in una lesione di *quella specifica funzione*, è evidente che, a parità di condotte materialmente sovrapponibili, la scelta legislativa più opportuna sarebbe quella di diversificare, *già a livello di fattispecie*, l'appartenenza ad uno dei poteri, limitando per ciascuna di esse la soggettività attiva a coloro che di quella funzione risultano titolari;

- laddove invece la diversa appartenenza ad una delle possibili partizioni del potere statale risulti decisiva solo per una maggiore o minore gravità del fatto, che di per sé rimane comunque inalterato nelle sue note strutturali, l'unitaria previsione di tutti i soggetti pubblici in un'unica disposizione incriminatrice potrebbe trovare un semplice meccanismo di adattamento attraverso le possibilità offerte dalla forbice edittale²⁵ (meno convincente il ricorso al regime delle circostanze, poiché, in realtà, si dovrebbe comunque fare riferimento alle nozioni di pubblica funzione e pubblico servizio, espressamente richiamati dall'art 61, n. 9 e n.10. c.p., e riferibili, ex artt. 357 e 358 c.p., indifferentemente alle

pariteticità di trattamento tra tutti i consociati, pubblica o privata che sia l'attività esercitata. Sul punto M. ROMANO, *I delitti*, cit., pp. 3 ss.

²⁴ S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pp. 1036 ss.; similmente L. PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, pp. 264 ss.; nonché M. ROMANO, *I delitti* cit., pp. 304 ss..

²⁵ Sul punto M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in F.PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di) *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2016, pp. 25 ss.

tre funzioni tipiche dello Stato di diritto. Soluzione quindi oziosa perché di fatto capace solo di riproporre il problema della distinzione e differenziazione tra funzioni legislative, amministrative e giudiziarie, da doversi qui compiere non in sede di valutazione di gravità del fatto, ma in quella relativa all'applicazione delle circostanze, con tutto ciò che comporta)²⁶.

Nelle ipotesi nelle quali invece, di fatto, la condotta illecita non potrà che essere riferita ad una sola o comunque a non tutte le funzioni pubbliche, poiché materialmente perpetrabile solo da determinati soggetti qualificati, è chiaro come ci si trovi di fronte ad un profilo meramente interpretativo, senza necessità di intervenire sul tessuto normativo. Qui i confini dei concetti di pubblica amministrazione, così come quelli di pubblica funzione o di pubblico servizio, risulteranno limitati non in base ad una loro ridefinizione (che rimangono generalmente riferibile a tutte le funzioni statuali), ma in base al dato ontologico, per cui l'interprete constaterà che quel tipo di fattispecie non può che riguardare una specifica funzione dello Stato, escludendone le altre dallo spettro applicativo. Qualche esempio chiarirà meglio: questione interpretativa, e di conseguente individuazione dei limiti di fattispecie è, ad esempio, la possibilità di riferire le condotte *di abuso di profitto e di conflitto di interessi* anche a chi eserciti una funzione legislativa: tale funzione, infatti, se riferita a ciascun esponente politico, si caratterizza proprio per essere, pur all'interno di un circuito democratico, la concretizzazione di un programma elettorale con il conseguente perseguimento di interessi particolari di coloro che rappresentano la piattaforma di un determinato esponente o di un determinato partito politico²⁷. Circostanza che tenderebbe ad escluderla dall'ambito applicativo, ad esempio, dell'art. 323 c.p. Ben diversa è la prospettiva quando si passi ad analizzare le ipotesi corruttive (ed al di fuori dello scambio politico-mafioso *ex art. 416-ter* o delle ipotesi speciali di corruzione elettorale contenute nella legislazione speciale): se, almeno in parte, la funzione giudiziaria è stata 'autonomizzata' attraverso l'introduzione dell'apposita fattispecie di corruzione in atti giudiziari *ex art. 319-ter* c.p. (ci troviamo quindi nella prima delle ipotesi descritte), rimane tuttora aperto il quesito (che è genuinamente ermeneutico) se esse possano riferirsi anche all'attività legislativa, quesito che si affaccia a nuove possibili soluzioni anche a

²⁶ Soluzione invece avallata da M. ROMANO, *I delitti*, cit, p. 7.

²⁷ F. SGUBBI, *Riflessioni sul progetto del pool di Milano in tema di corruzione e concussione*, in *Difesa pen.*, 1994, p. 56; R. ZANOTTI, *La riforma dei delitti di concussione e corruzione tra dogmatica penale e politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 446; F. MANTOVANI, *In tema di reati elettorali*, in *Giur. it.*, 2006, c. 1026.

seguito della mutazione della 'vecchia' corruzione propria in corruzione per l'esercizio della funzione.

Ancora, esemplificando, il delitto di *peculato ex art. 314 c.p.*, non sembra ricevere particolare connotazione in virtù della funzione in concreto esercitata, consistendo la condotta tipica in un'appropriazione di un bene mobile destinato a garantire il funzionamento di una qualunque delle funzioni pubbliche esercitate. Semmai quando la stessa avrà ad oggetto somme di denaro, e più specificamente denaro dei privati (condotte prima rientranti nel diverso titolo della malversazione), questa riguarderà presumibilmente (se non esclusivamente) coloro che esercitano una funzione amministrativa in senso stretto, poiché solo tali tipi di attività sono connaturate alla *gestio* di risorse finanziarie²⁸. Ma la norma riacquisterà tutta la sua capacità espansiva quando riguarderà l'utilizzo di altri beni mobili, normalmente funzionali anche all'esercizio di attività legislative o giudiziarie, ed a maggior ragione quando si verificherà l'ipotesi del capoverso, di *cd. peculato d'uso*.

Anche una norma come la concussione (così anche l'induzione indebita *ex art. 319-quater c.p.*) non incontra nessun limite, né in punto di astratta previsione normativa, né da quello delle sue possibili concretizzazioni fattuali. Non solo infatti non vi è ragione alcuna per non riferire la qualità o i poteri pubblici dei quali il pubblico agente deve abusare a ciascuna delle funzioni statuali; ma non vi è neanche motivo per ritenere aprioristicamente più o meno grave il fatto concussivo a seconda della specifica funzione esercitata dal soggetto agente²⁹. La possibilità di incidere sull'altrui sfera giuridica, come strumento di pressione indebita rispetto alla dazione del privato, è, infatti, tratto caratteristico di molte delle attività riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche prese in considerazione, senza necessità di ulteriori distinzioni sulla tipicità del comportamento o sulla sua maggiore o minore gravità, che non siano quelle relative al basilare processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, vale a dire quello del puntuale riscontro di tutti gli elementi di fattispecie, e quindi di condotte – astrattamente riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche – consistenti in esercizi abusivi dei poteri o delle qualità inerenti a quelle funzioni ed in grado di

²⁸ S. TORDINI CAGLI, s.v. *Peculato e malversazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 339; S. SEMINARA, sub art. 314 c.p., in *Commentario breve al codice penale*, A. CRESPI – F. STELLA – R. ZUCALÀ, (a cura di), Padova 2003, p. 888.

²⁹ Alle medesime conclusioni giungono E. PALOMBI, *La concussione*, Torino, 1997; A. SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovata esperienza di riforma*, in *Ind. pen.* 2001, p. 29; G. CONTENTO, *La riforma minima della concussione e della corruzione*, in *Dir. pen. ec.* 1995, p. 726.

esprimere efficacia causale rispetto ai meccanismi distorsivi della volontà del privato ed alla sua conseguente dazione indebita³⁰. La onnicomprensiva e 'dilatata' nozione di pubblica Amministrazione sembra allora essere in questo caso funzionale rispetto agli scopi di tutela, che attengono alla correttezza delle dinamiche relazionali tra soggetti pubblici e soggetti privati all'interno di una moderna democrazia, a prescindere dalla funzione in concreto esercitata, la quale può risultare potenzialmente in grado di far saltare l'equilibrio di quei rapporti.

3. Pubblica amministrazione e diritto penale costituzionalmente orientato: dalla concezione formale a quella funzionale.

Chiarito tale aspetto, ed a prescindere dalle questioni attinenti ai c.d. *oggetti giuridici sostanziali specifici*³¹ dei delitti contro la P.A, occorre affrontare un'ulteriore questione relativa al bene giuridico di categoria. Tematica dalle

³⁰ E. PALOMBI, *La concussione per induzione e lo stato di soggezione per le vittime*, in *Riv. pen. econom.*, 1994, p. 348; G. CONTENUTO, *La riforma minima della concussione e della corruzione*, cit., p. 726.

³¹ Si fa riferimento alla terminologia utilizzata da ALF. ROCCO – cui si deve la prima elaborazione del concetto di bene giuridico nella dottrina italiana, condensata nell'opera *L'oggetto del reato*, cit. – il quale ne proponeva una classificazione secondo tre diverse nozioni: l'illustre A., infatti, identificava innanzitutto il c.d. *oggetto giuridico formale*, consistente, in buona sostanza, nel diritto dello Stato all'obbedienza dei propri comandi da parte dei destinatari; la seconda categoria era quella dell'*oggetto giuridico sostanziale generico*, corrispondente all'interesse dello Stato a preservare le condizioni della propria esistenza; terzo ed ultimo, veniva, per l'appunto, l'*oggetto giuridico sostanziale specifico*, inteso quale bene o interesse proprio del soggetto passivo del reato. Tale classificazione, in verità, venne ritenuta da parte della dottrina contemporanea al Rocco e di quella successiva, in parte inutile, ed in parte pericolosa: inutile, in particolare, è stato ritenuto il primo dei tre concetti – che pur rimandando a profonde e basilari questioni di ordine filosofico sul diritto dello stato di punire – non è in verità in grado di influire sulle implicazioni teorico-sistematiche di tale categoria giuridica; pericolosa – perché lessicalmente ambigua – la distinzione tra l'oggetto sostanziale generico e quello specifico, poiché in realtà è solo il secondo a corrispondere al vero e proprio concetto di bene giuridico, quale categoria in grado di esercitare una funzione critica e dogmatica sul sistema penale, laddove il primo, di fatto, si identifica semplicemente con il motivo o lo scopo delle norme penali: come fa notare infatti F. MANTOVANI, (*Diritto penale, Pt. Sp.*, cit., p. 190, in nota) facendo proprie le obiezioni che all'epoca avanzò F. CARNELUTTI (*Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51), «l'interesse dello stato alla propria conservazione non è l'interesse protetto dalla legge penale, ma la ragione per cui sono posti il precetto e la sanzione, in quanto lo Stato tutela determinati beni perché ciò è necessario per assicurare le condizioni della vita in comune». Ricondurre tale espressione di significato sotto la denominazione di oggetto giuridico, seppur aggettivato come generico, è infatti il primo passo verso quella deriva concettuale cui approdò la c.d. concezione metodologica del bene giuridico, in grado di annacquare se non di svuotare del tutto le funzioni ed il significato garantista di quella essenziale categoria giuridica.

implicazioni esegetiche sicuramente maggiori di quella affrontata in precedenza, e che riguarda prevalentemente la funzione amministrativa in senso stretto (pur potendo, *cum grano salis*, estendersi la riflessione al complesso funzioni pubbliche).

Si tratta della ben nota dicotomia tra la lettura in chiave dinamico-funzionale della pubblica amministrazione (intesa, cioè, come *attività* amministrativa, il cui regolare funzionamento occorre tutelare attraverso le disposizioni incriminatrici); e quella statico-soggettiva che, seppur sbiaditasi nel tempo, non solo non pare essere stata mai del tutto abbandonata, ma sembra aver tratto nuova linfa vitale dai più recenti interventi legislativi in materia: secondo tale angolo prospettico, ciò che il legislatore affiderebbe alla tutela delle norme penali sarebbe la stessa natura *istituzionale* della pubblica amministrazione, oltre al (o, addirittura, a prescindere dal) suo concreto esprimersi attraverso il puntuale svolgimento di compiti o funzioni³².

Corrispondenti privilegiati della prima nozione sono, di conseguenza, i canoni del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, il cui riferimento normativo è rappresentato dall'art 97 della Carta fondamentale, che li individua quali criteri guida ed obiettivi da perseguire nell'organizzazione dei pubblici uffici; la seconda affiderebbe il suo significato a locuzioni più auliche ed altisonanti, ma dal sospetto contenuto metagiuridico, quali quelle di *prestigio* o *buon nome* della Pubblica Amministrazione (sebbene anche la Costituzione ne faccia riferimento, ad es cfr. art 54). Diffuse soprattutto in passato, ma ciclicamente ricorrenti, esse imporrebbero di ricostruire le oggettività giuridiche

³² G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente* G. FORTI, (a cura di), *Vita e Pensiero*, 2003, pp. 129 ss. illustra efficacemente la metamorfosi dei beni offesi dalla corruzione, partendo dall'antica nozione di prestigio per poi giungere ad inglobare nei concetti costituzionali di buon andamento e imparzialità della p.a. anche la concorrenza in ragione della stretta correlazione tra pratiche corruttive e crescita economica; C. F. GROSSO, *Interessi protetti e tecniche di tutela*, in AA.Vv. *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano 1987, p. 184: «(i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica) presentano, sul piano dell'oggettività giuridica, elementi di specificità che li distinguono nettamente sia dai delitti contro il patrimonio, sia da quelli contro l'economia pubblica: secondo le enunciazioni più antiche il prestigio, secondo quelle più moderne l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Alcuni di tali delitti sembrano proteggere tuttavia anche profili di carattere patrimoniale (ad es. il peculato per appropriazione); vi è stata d'altronde un'utilizzazione di taluni di essi (in particolare del peculato per distrazione), finalizzata a colpire condotte abusive che si manifestano nel settore della gestione delle imprese pubbliche»; sugli scenari (ri)aperti dalle leggi di riforma del nuovo millennio (a partire dalla 190/2012), con specifico riferimento al recupero delle oggettività giuridiche da posizione, M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch pen.*, fasc.1, gennaio/aprile 2013, *passim*; e V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., pp. 1126 ss.

prese in considerazione dal titolo II in termini di “dovere di probità, fedeltà, obbedienza o correttezza” del (e nei confronti del) pubblico funzionario³³.

Si tratta di prospettive solo tendenzialmente divergenti, nel senso che l’adesione all’una piuttosto che all’altra non è in grado di inibirne necessariamente il cumulativo riferimento³⁴. Anche se, a livello ideologico, riflettono un’idea dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati cittadini, e più in generale tra Stato ed individuo, logicamente e storicamente alternative.

Conquista realmente postmoderna, l’idea della parità dei rapporti tra Stato e cittadino, dell’equilibrio tra dimensione pubblica e privata, è, infatti, solo *in nuce* riconducibile all’antropocentrismo tipico delle rivoluzioni culturali, giuridiche ed ideologiche del settecento e dell’ottocento, che hanno portato alla definitiva nascita degli Stati e degli ordinamenti giuridici liberali; avendo dovuto affrontare, soprattutto nell’esperienza italiana, fasi (non necessariamente ‘patologiche’) di forte espansione delle prerogative e delle funzioni dello Stato in settori sempre più ampi e disparati della vita dei consociati³⁵. L’autoritarismo dello Stato totalitario fascista prima, e la forte impronta sociale di quello repubblicano poi, hanno infatti ostacolato (negandolo) o rallentato (nel tentativo di riavviarlo) il ‘processo di riscatto’ della sfera privata rispetto a quella pubblica, la definitiva emancipazione dell’idea che nei rapporti Stato/cittadini la relazione servente dovesse essere del primo nei confronti dei secondi e non viceversa.

La posizione del pubblico agente – che innerva la struttura delle ipotesi delittuose in oggetto – risulta essere la variabile dipendente del concreto assetto che l’apparato burocratico pubblico storicamente assume: tanto più questo inclinerà a radicalizzarsi e ad esprimersi attraverso forme autoritarie, tanto più il pubblico ufficiale tenderà ad elevarsi rispetto alla massa dei cittadini, ed il suo ruolo assumerà la veste di vero e proprio ‘custode’ della Pubblica Amministrazione. La differenziazione della sua posizione rispetto a quella del privato è, in tale contesto, *bidirezionale*: da un lato, infatti, diventa oggetto di una tutela privilegiata, contro forme di aggressione che vengano perpetrate da chi alla

³³ C. PINELLI, *Il «buon andamento» e l’«imparzialità» dell’amministrazione*, in AA.VV., *La Pubblica Amministrazione, Commentario Cost. Branca*, Bologna, 1994, pp. 121 ss.;

³⁴ Contrario a tale forma di ‘sincretismo’, C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV. *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., p. 77: «sono note le riserve che suscita l’attuale configurazione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, che accomuna in una tutela scarsamente differenziata, e sempre meno praticabile, patrimonio, prestigio, imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione».

³⁵ B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, pp. 18 ss.

Pubblica Amministrazione è estraneo; dall'altro, però, diviene il destinatario di una serie di precetti che investono finanche gli aspetti più formali(stici) del suo appartenere alla pubblica amministrazione, nei quali, cioè, anche al di là di un effettivo danno cagionato al regolare funzionamento della macchina pubblica, quello che rileva è la semplice deviazione da qualsivoglia dovere istituzionale, perché è già in quello scostamento dal modello precostituito di comportamento che si sostanzia una lesione (anche solo potenziale) all'immagine della pubblica amministrazione³⁶, che non può tollerare neanche il sospetto che i propri appartenenti possano essere infedeli o irrispettosi del minimo dettaglio di disciplina³⁷.

Al contrario, nelle democrazie liberali, egli è un servitore del cittadino, e la Pubblica Amministrazione da *tempio* o *luogo sacro* diviene piuttosto *clinica*, ove si curano i diritti e gli interessi degli individui che compongono la collettività. Laddove ai pubblici agenti si affida questo ruolo (che, anziché trascendere la dimensione privatistica, ad essa si relaziona, nel senso che l'organizzazione pubblica trova nel soddisfacimento degli interessi della collettività dei cittadini la sua stessa ragione di esistenza) lo squilibrio tra soggetti pubblici e privati tende ad appiattirsi, giustificando delle disparità di trattamento solo ove queste risultino motivate dall'esigenza di salvaguardare le effettive funzioni affidate alla P.A., ma non certo in base a nominalistici criteri di appartenenza alla sfera pubblica. A loro volta i pubblici ufficiali si renderanno meritevoli di una risposta

³⁶ Oggettività giuridiche che se con difficoltà si inseriscono negli scopi di tutela propri del diritto penale, trovano invece piena legittimazione quali criteri di orientamento di altri strumenti sanzionatori, principalmente quelli di matrice civilistica. In tema, M. DIDONNA, *Il danno all'immagine e al prestigio della pubblica amministrazione*, Bari, 2003; S. CACACE, *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

³⁷ L. PICOTTI, *Il diritto di sciopero nel settore bancario*, in AA.VV. *Beni e tecniche*, cit., 197-198: il quale evidenzia come «due siano le funzioni che possono in astratto riconoscersi – spesso intrecciate fra loro – alla previsione di uno specifico sistema di reati a tutela della Pubblica amministrazione. La prima è quella di tutelare le libertà dei consociati da ogni abuso dei poteri pubblici; o meglio potremmo anche dire in termini costituzionali ex art. 97 Cost., di tutelare l'imparzialità e il buon andamento della P.A. nelle sue attività che si riflettono all'esterno [...] La seconda funzione, invece, spesso ambiguamente intrecciata alla prima nella stessa formulazione o interpretazione di molte fattispecie (vedi soprattutto agli artt. 324, 328 e 314 c.p.) è costituita da una esigenza di mero rafforzamento della disciplina interna dell'organizzazione pubblica, di garanzia della semplice fedeltà della persona fisica alla struttura burocratica. E questa funzione si lega [...] a criteri di tipo soggettivo di attribuzione delle qualifiche, in cui si dà rilievo assorbente all'inquadramento del soggetto nell'organizzazione pubblicistica, all'esistenza di un rapporto di servizio fra questa e la persona fisica, dato che la funzione disciplinare è imposta a tutti i soggetti operanti all'interno dell'organizzazione burocratica e solo rispetto ad essi ha senso un presidio rafforzato dell'obbligo di fedeltà nei confronti dell'ente».

sanzionatoria 'dura' solo a fronte di condotte che effettivamente abbiano pregiudicato la funzionalità dell'apparato amministrativo, e non più come conseguenza di mere violazioni da posizione; le quali, benché talvolta possano generare situazioni 'inopportune', non rischiano in ogni caso di compromettere la capacità di soddisfare gli interessi dei cittadini attraverso l'esercizio delle pubbliche funzioni.

La storia della nostra legislazione penale impone di fare i conti proprio con il sovrapporsi di queste due tendenze, visto il collocarsi del suo momento genetico in un periodo di forte autoritarismo statale ed il successivo evolversi dell'ordinamento lungo le direttrici di un impianto costituzionale che per contrappasso ha voluto esaltare, pur in una dimensione *sociale*, il *principio individualistico*. In origine, dunque, i modelli comportamentali descritti nelle norme del titolo II, risultano strettamente legati alle logiche ed alle dinamiche del periodo fascista, all'interno di fattispecie saldamente ancorate a valori come la correttezza e la rettitudine dei pubblici funzionari, piuttosto che la trasparenza e la correttezza delle funzioni concretamente svolte. L'impatto con la Costituzione avrebbe potuto slacciare i legami con quegli antichi ed antiquati valori, ma il lungo silenzio del legislatore repubblicano e l'incapacità/impossibilità di varare un nuovo codice penale hanno spinto dottrina e giurisprudenza a trovare rimedi compatibili con il nuovo quadro valoriale di riferimento, essenzialmente, tramite l'interpretazione evolutiva. Terapia sintomatica, in grado solo in qualche caso di allineare il contenuto precettivo delle disposizioni incriminatrici ai parametri costituzionali³⁸, ma inidonea a correggere la causa della 'malattia', che come abbiamo visto, è congenita. Tant'è che neanche le

³⁸ L'adeguamento per via interpretativa, in effetti, era ed è soluzione percorribile solo in presenza di fattispecie già in astratto suscettibili di plurime chiavi di lettura sotto il profilo dell'oggettività giuridica/offensività: viene in mente, fra le tante ipotesi, quella relativa al concetto di *distrazione* di cui all'originaria formulazione dell'art. 314 c.p., che, come è noto, rappresentava una delle due alternative forme di condotta previste per la realizzazione dei fatti di peculato. Solo una lettura in termini di acritico ed ossequioso rispetto del dovere d'ufficio e dei relativi dati normativi sull'utilizzo dei beni della pubblica amministrazione, ad esempio, poteva avallare la legittimità di quell'espansivo filone interpretativo che individuava gli estremi della condotta in qualsivoglia deviazione dal fine istituzionale, fosse anche stato per perseguire un fine alternativo comunque di interesse pubblico, e magari persino rientrante tra le competenze dello stesso ente di appartenenza del soggetto pubblico autore della condotta distruttiva. Con evidente scollamento rispetto ad un concetto di agire amministrativo inteso sempre più come *gestione* delle risorse pubbliche, che spesso contempla attività di natura *discrezionale* dalle multiforme e cangiante possibilità di composizione di interessi. In tema, *ex plurimis*, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in AA.VV., *Questioni fondamentali dalla parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2016, 790.

operazioni di larga scala attuate con le riforme succedutesi dal 1990³⁹ in poi sono riuscite ad evitare il ciclico riproporsi di quelle letture delle oggettività giuridiche su base soggettivo-istituzionale e la conseguente e deteriore ricostruzione in chiave autoriale dei fatti tipici⁴⁰.

³⁹ Paradigmatico, ancora, l'esempio del peculato. L'operazione del '90, che avrebbe dovuto far recuperare terreno alle fattispecie proprio in chiave di rigorosa delimitazione dei fatti punibili unicamente a condotte incidenti sul regolare funzionamento della P.A., coinvolse il delitto in parola sotto due principali profili: da un lato espunse il dato relativo alla *distrazione*, riducendo alle sole appropriazioni i possibili modelli di condotta esecutiva, viste le pericolose ed espansive proprietà semantiche di quel concetto; dall'altro, dovendosi considerare non più ragionevole una disparità di trattamento tra risorse pubbliche e risorse private a disposizione della P.A., ha eliminato il riferimento alla titolarità del bene oggetto della condotta appropriativa (in precedenza i medesimi fatti erano ricondotti sotto l'egida di distinte fattispecie, poiché per i beni di pertinenza del privato l'ipotesi di riferimento era il meno grave delitto di *malversazione a danno dei privati* di cui all'abrogato art. 315 c.p.). Nessuna ipotesi interpretativa avrebbe infatti potuto garantire la sopravvivenza di fattispecie che si caratterizzavano proprio per la differenziazione *quod poenam* di fatti strutturalmente identici, e che, aggredendo in ogni caso beni destinati al funzionamento della pubblica amministrazione, non potevano più ricavare alcun dato significativo, in termini di disvalore, dall'appartenenza degli stessi alla P.A. piuttosto che al privato cittadino. Ebbene, nonostante tali modifiche, ancora una volta abbiamo assistito alla carsica capacità di riaffiorare dei filoni 'istituzionali': da un lato, infatti, il concetto di distrazione, lungi dall'essere stato definitivamente abbandonato, continuerà ad interessare la materia *de qua*, essendo stato poi incoerentemente ricompreso, per espressa volontà di quel legislatore che lo aveva depennato dall'art. 314 c.p., nel generale schema dell'abuso d'ufficio, *ex art.* 323 c.p., con conseguente innescarsi di un meccanismo successorio e non di *abolitio criminis*, e la possibile conseguente riproposizione degli schemi interpretativi indicati quali esempi di anacronistica ricostruzione del bene giuridico; dall'altro, una nuova diversificazione degli interessi di natura patrimoniali, in base alla loro pertinenza alla sfera pubblica piuttosto che a quella privata, si è realizzata attraverso l'introduzione dell'art. 316-ter c.p., norma che ha creato non poche difficoltà di coordinamento con le altre fattispecie in materia di tutela delle erogazioni pubbliche e con l'ipotesi comune di truffa.

⁴⁰ A proposito delle modifiche apportate nel 2012, invece, può accennarsi all'ipotesi della corruzione *cd impropria*, vale a dire quel tipo di accordo corruttivo che, nella vigenza della originaria disciplina, aveva ad oggetto il mercimonio di un atto conforme ai doveri di ufficio, un atto cioè considerato legittimo dal punto di vista della disciplina amministrativa, e dunque, necessariamente rispettoso dei canoni del buon andamento e dell'imparzialità della p.a.: solo attraverso volenterosi sforzi ermeneutici, in effetti, era possibile recuperare una dimensione offensiva di tali ipotesi che non si riducesse ad un mero danno d'immagine che derivasse dalla venalità dei suoi funzionari, venalità che toglierebbe dignità e prestigio alla amministrazione «perché getterebbe discredito e sospetto sul suo funzionamento» (così F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 319). Difficile, in effetti, sostenere che tali disposizioni fossero poste a salvaguardia del corretto e regolare funzionamento della p.a., ed anzi, come si disse provocatoriamente, lo stimolo proveniente dalla dazione extra offerta dal privato, avrebbe potuto addirittura incrementare l'efficienza delle funzioni pubbliche, destinate, per vincolo di tipicità, al compimento di un atto lecito e conforme agli scopi dell'ufficio di appartenenza (così G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Studi in onore di Musotto*, V, Palermo, 1981, estratto, p. 81). Così come una forzatura apparivano quelle posizioni dottrinarie che ritenevano di poter individuare – quanto meno nella forma antecedente – un'offesa (sotto forma di pericolo?) all'*imparzialità* della p.a., visto l'intercedere di influenze esterne rispetto al generale e doveroso perseguimento degli

Permane dunque l'esigenza di condividere tutte le preoccupazioni ed i rilievi critici in ordine alla possibilità di identificare il bene pubblica amministrazione in oggettività quali il "buon nome" o il "prestigio" della pubblica amministrazione. Sia chiaro, non tanto in nome di una pretesa inafferrabilità di siffatti concetti, che in realtà rimandano a sfere di significato tutto sommato percepibili, e che anzi evocano con forza quella pretesa di totale corrispondenza tra il dover essere del pubblico ufficiale – prototipo di agente-modello calcolato secondo rigorosissimi *standard* normativi – ed i suoi comportamenti concreti, sicché ogni deviazione da quel deontologico modello di condotta risulta, *ex sé*, ed a prescindere da verifiche in concreto, penalmente significativo.

Quanto per ragioni di aderenza ad un principio di offensività ricostruito secondo le direttrici del *Tatstrafrecht*, i cui corollari obbligano ad una ri-contestualizzazione storica ed ideologica dei rapporti tra Stato e cittadini, e che portano a ritenere colpevolmente anacronistica, allo stato attuale dello sviluppo della moderna società costituzionale, un atteggiamento di 'sacralizzazione' dei compiti pubblici ed un conseguente «distacco tra soggetti pubblici e generalità

interessi della collettività (in tal senso, oltre G. VASSALLI, *ibidem*, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Pt. sp.*, I, cit., p. 227): laddove infatti si riuscisse effettivamente a stabilire un legame causale tra l'illecita interferenza del privato ed il definitivo assetto degli interessi concretizzatosi attraverso il compimento dell'atto, allo stesso difficilmente potrebbe attribuirsi la natura di atto legittimo, trasformandolo quindi in atto contrario ai doveri di ufficio, con conseguente ingresso nella sfera di tipicità della diversa e più grave corruzione propria ex art. 319 c.p. (chiaramente non deve trattarsi di un automatismo consequenziale, come avverrebbe nel caso in cui si attribuisse ad ogni dazione indebita il significato di influire sulla natura, legittima o meno, dell'atto amministrativo, atteggiamento interpretativo *contra legem* che equivarrebbe, infatti, ad una vera e propria abrogazione della norma sulla corruzione impropria, con conseguente slittamento di tutte le ipotesi corruttive nell'ambito dell'art 319 c.p.). L'unica ipotesi interpretativa che, sforzandosi, riusciva a trovare una ragione di esistenza di tali disposizioni che non si riducesse ad una mera inflessibilità nei confronti della venalità – di certo indecorosa – degli appartenenti alla pubblica amministrazione, era quella che affidava a tali ipotesi la natura di reati *ostativi*, tesi cioè a prevenire il compimento di fatti più gravi, e specificamente affidatari dell'obiettivo di arginare una possibile progressione criminosa che dal compimento di atti leciti dietro pagamenti indebiti avesse poi portato a rassicurare il privato sulla disponibilità del funzionario pubblico, indirizzabile al compimento di qualunque altra attività, anche illecita, purché remunerata. Troppo poco, in ogni caso, per giustificare una così severa risposta sanzionatoria. Sul punto, ma limitatamente alla sola corruzione impropria susseguente G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Pt. Sp.*, vol. I, p. 229; ne auspicava invece, per i motivi anzidetti, la depenalizzazione F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temì*, 1968, p. 148; Ancor più drastico, poi, il giudizio di R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984, p. 313, che riteneva la norma costituzionalmente illegittima in quanto non rivolta alla tutela di valori-fine della pubblica amministrazione, neanche attraverso una sua "rifondazione in via ermeneutica".

dei consociati»⁴¹. Ruoli che invece dovrebbero essere impostati, seguendo una prospettiva laica, in termini di regolare funzionamento e di reciproco rispetto⁴². Ragioni che impongono, più in generale, di vigilare su ogni tentativo di alleggerimento del compito di individuare i criteri di selezione dei beni giuridici, i quali finiscono altrimenti per ridurre il complessivo disvalore del fatto tipico a meri atteggiamenti anti-doverosi, di contrarietà ad un qualsivoglia dato normativo, senza offrire la possibilità di poter ulteriormente verificare se, al di là della formale violazione, lo stesso abbia effettivamente leso o quantomeno posto in pericolo l'interesse sotteso alla norma violata.

Sono ben noti i tentativi di svuotamento del significato e del ruolo del bene giuridico, perpetrati attraverso una supposta equivalenza tra questo e lo scopo della norma⁴³; tentativi che, radicalizzati nella *concezione metodologica* del reato, hanno contribuito alle drammatiche esperienze delle legislazioni penali totalitarie, nelle quali si è di fatto negando il valore selettivo del principio di offensività e la sua capacità di raccordare la previsione dei fatti di reato alla natura ed alle funzioni delle sanzioni penali⁴⁴.

⁴¹ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 10.

⁴² In tal senso B. BEVILACQUA, *I reati*, cit, pp.19 ss.

⁴³ Per B. BEVILACQUA, *op ult. cit.*, 23, le riforme più e meno recenti «inducono a ritenere che abbia assunto rango di vero e proprio bene giuridico anche il principio di trasparenza dell'attività amministrativa. Esso si concretizza nell'attribuire ai cittadini il potere di esercitare un controllo democratico sullo svolgimento dell'attività amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali e ai precetti costituzionali». Anche questo ragionamento, tuttavia, rischia di confondere lo scopo della disciplina con il bene giuridico oggetto della loro precipua tutela: se, senza dubbio, l'obiettivo delle riforme è quello di garantire l'informazione e la partecipazione dei cittadini rispetto all'attività amministrativa (scopo per il quale il legislatore appronta meccanismi appositi e prevede l'istituzione di organismi deputati), esso resta distinto dal bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità della P.A: rispetto al quale si pone, piuttosto, come strumentale.

⁴⁴ Ci si riferisce, in particolare, ai noti approdi teorici degli studi tedeschi del periodo nazionalsocialista, ed al pensiero degli esponenti della c.d. Scuola di Kiel, i quali, partendo appunto dai presupposti teorici della concezione metodologica del bene giuridico (sostanziale disinteresse per il sostrato materiale del bene giuridico, conseguente estraneità dello stesso al processo interpretativo delle norme penali, identificazione tra bene e scopo della norma, inversione dei rapporti di preesistenza tra bene e norma), ne sfruttarono le potenzialità eversive rispetto al paradigma individualistico-liberale in chiave fortemente autoritativa, riducendo l'essenza della materia penale a qualunque *violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico totalitario*. Nella sterminata produzione scientifica sull'argomento, ci si limita a segnalare, tra gli autori italiani A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, pp. 65 ss.; F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 46 ss.; sui tentativi di infiltrazione nella dottrina italiana degli spunti della concezione metodologica, anche se in termini maggiormente rispettosi del *nullum crimen*, F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1939, pp. 3 ss., ora in ID, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp.

Calata specificamente nel bacino dei delitti contro la pubblica amministrazione, la questione si sostanzia in una possibile (e probabile) degradazione del ruolo della disposizione penale a mero 'ammennicolo' sanzionatorio, limitandosi la stessa a prevedere conseguenze punitive per formali violazioni di qualunque dato normativo comunque riferibile ai comportamenti dei pubblici funzionari (anziché a ricercare un effettivo significato di disvalore rispetto all'entità che si intenda proteggere)⁴⁵.

La tautologia insita in tale meccanismo, ne rivela anche l'assenza di contenuti *descrittivi* ed *orientativi*, che aiutino nella comprensione e nella selezione della dimensione di disvalore delle condotte tipiche: poiché se si parte dalla individuazione del 'prestigio' della P.A. come bene di categoria, non si può non constatare come ogni delitto del pubblico agente, così come ogni altro fatto illecito, anche di natura disciplinare, per la sola circostanza di essere *un fatto vietato dall'ordinamento*, sia sempre in grado, in base alla comune percezione sociale, di ledere il buon nome della pubblica amministrazione⁴⁶. Il che non solo non permetterebbe di cogliere l'effettivo significato del disvalore del fatto, che risulterebbe sempre e comunque tributario di insindacabili scelte legislative, ma non sarebbe neanche più possibile distinguere tra reati ed illeciti di diversa natura e gravità, sostanziandosi tutti in violazioni, non graduabili, di disposizioni legislative, qualunque sia lo scopo o il significato delle stesse⁴⁷.

L'impianto costituzionale offre invece numerosi spunti per potersi sganciare da tale traiettoria, suggerendo *in primis* al legislatore, ma certamente anche all'interprete, una particolare cautela nella selezione delle oggettività giuridiche. Sia, in generale, lasciandosi orientare dal canone dell'offensività, 'stella polare' che deve sempre indirizzare i *formanti* penali; sia, con specifico riguardo alla materia di cui si tratta, offrendo molto più di qualche spunto programmatico per le operazioni di *rifondazione* del concetto di Pubblica Amministrazione.

Un ruolo primario non può che essere affidato, in tale prospettiva, all'art. 97 della Costituzione; non sarà tuttavia un riferimento esclusivo, poiché

107 ss.; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in AA.VV., *Studi Antolisei*, Milano, 1965, pp. 389 ss.

⁴⁵ Cfr. M. CATENACCI, *Considerazioni politico criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in ID (a cura di), *I reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 7.

⁴⁶ Su tale specifico profilo, C. F. GROSSO, *Come punire i reati dei pubblici ufficiali*, in *Quaderni della Giustizia*, 1985, *passim*; ID., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Giurisprudenza di diritto penale - Codice penale, parte speciale*, I, Milano, 1984.

⁴⁷ A. STILE, s.v. *Amministrazione pubblica*, cit., p. 132.

risulterebbe, come si vedrà a breve, insufficiente. Si potrà e dovrà tenere invece conto di ogni altra disposizione dalla quale sia comunque possibile ricavare informazioni sul (modo di intendere il) concetto di pubblica amministrazione; e di quelle che, ancor più alla radice, attongono alla stessa visione costituzionale dei rapporti tra apparato pubblico e privati cittadini.

La questione, lungi dall'essere meramente teorica, è in realtà in grado di riflettersi sull'individuazione anche delle singole oggettività giuridiche di volta in volta prese in considerazione dalle specifiche disposizioni incriminatrici.

Occorre, a questo punto, un primo chiarimento, preordinante, poiché attiene allo 'spirito' con il quale predisporre per questo esercizio dell'*ars interpretandi*: i concetti di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, se non corredati di ulteriori significati ricavabili dalle singole ipotesi delittuose, possono offrire un contributo solo *relativo* all'individuazione del bene giuridico protetto, poiché non sono in realtà dei referenti ad elevatissimo contenuto descrittivo, quanto piuttosto dei generali (e per certi versi generici) criteri ispiratori dell'organizzazione dei pubblici uffici e delle pubbliche attività; norme di principio e dal valore per molti aspetti programmatico ed alle quali sarebbe facile 'far dire' ciò che fa comodo, piuttosto che ciò che risulta esegeticamente vincolante⁴⁸. Non per questo vanno sminuiti, anzi, poiché essi risultano decisivi per orientare le possibili linee interpretative lungo un preciso asse prospettico, che è quello teso ad esaltare gli *aspetti funzionali* della P.A. e ad evitare soluzioni formalistiche; che tengano conto, cioè, degli scopi che alla Pubblica Amministrazione si vogliono affidare attraverso la distribuzione di competenze e funzioni piuttosto che al dato della mera pertinenza alla sfera di intervento pubblico⁴⁹.

Se però intese nella loro comune accezione, ovverosia il buon andamento come efficienza dell'azione amministrativa o come «massima aderenza all'interesse

⁴⁸ A metterci in guardia da tale rischio è M. CATENACCI, *ibidem* 9, il quale evidenzia che, sebbene in dottrina sia largamente diffusa l'idea che i beni giuridici tutelati nell'impianto codicistico relativo ai delitti dei p.u. contro la P.A. siano il buon andamento e l'imparzialità, e del resto «in giurisprudenza [...] il riferimento ad imparzialità e buon andamento sia in un modo o nell'altro praticamente onnipresente», è anche vero come essi, «lungi dall'essere effettivamente utilizzati in chiave esegetica [...] vengano semplicemente richiamati a mo' di premessa, assumendo così più il significato di una mera clausola di stile (quasi – verrebbe da dire – di una "salmodia") che non di un solido strumento di definizione del disvalore di evento di volta in volta fondante la singola incriminazione».

⁴⁹ Così anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 261 ss.

pubblico»⁵⁰, e l'imparzialità come dovere dei funzionari di non alterare le condizioni di partenza dei cittadini di fronte ad essa e di mantenere un atteggiamento equidistante rispetto a plurime possibilità di composizioni di interessi⁵¹, è evidente che si tratta di nozioni inidonee o comunque insufficienti ad aumentare con risultati significativi la cifra di afferrabilità e di determinatezza del bene giuridico in analisi. Anzi, se non affiancati da altri argomenti, sarebbe persino difficile negare, nelle loro generiche potenzialità definitorie, che, ad esempio, il concetto di buon andamento non debba ricomprendere anche un necessario dovere di probità dei soggetti pubblici, i quali della rettitudine e dell'onestà non dovrebbero fare mai a meno anche a prescindere da un loro collegamento con i precisi fini istituzionali della P.A. di appartenenza⁵².

Non si tratta di una resa all'idea che concetti quali il "decoro" o il "prestigio" della P.A. possano ancora trovare una sponda costituzionale, e poter così ancora ispirare l'individuazione del disvalore dei fatti penalmente rilevanti. Da tale presa di coscienza – l'art. 97 della Costituzione è contrassegnato da una *innegabile ambivalenza* – deve anzi derivarne una costante tensione e sensibilità nell'interprete, pronto sempre a vigilare su tentativi di riduzione della portata del concetto di bene giuridico – magari avanzati in nome di una agnostica accettazione della contemporaneità normativa, di quel positivismo realista che vorrebbe relegarlo nell'olimpico della 'mitologia' giuridica – ed a valorizzare una chiave di lettura degli stessi che sia in linea con una visione genuinamente sistematica dell'impianto costituzionale; e che tenga in ogni caso conto della necessità di concretizzare quanto più possibile tali referenti, che andranno ulteriormente specificati – nelle ricorrenti trame di un discorso olistico –

⁵⁰ Per approfondimenti sui corollari del principio del buon andamento, quali l'efficienza e l'efficacia della macchina amministrativa, offerti dalle discipline di settore, *ex multis*, C. PINELLI, *Il «buon andamento» e l'«imparzialità» dell'amministrazione*, in AA.VV., *La Pubblica Amministrazione*, in *Commentario Cost. Branca*, Bologna, 1994, pp. 121 ss.; più di recente, v. R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011, pp. 335 ss.

⁵¹ Sul principio di imparzialità v. F. VETRO, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA- F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 95; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2001, pp. 39 ss.

⁵² G. COCCO, *Reati contro la pubblica amministrazione. Introduzione*, in G. COCCO-M. AMBROSETTI-E.M. MEZZETTI (a cura di), *I reati contro i beni pubblici*, Padova, II ed., 2013, pp. 157 ss.

attraverso il complessivo quadro di tipicità offerto dalle singole disposizioni incriminatrici⁵³.

A ben vedere si tratta di un banco di prova, che pone l'interprete di fronte a quella difficile operazione di sintesi nella "dolorosa alternativa" tra la funzione *critico-garantista* e la funzione *esegetica*⁵⁴ del bene giuridico. Sotto il primo profilo, come è noto, ci si pone in una prospettiva *de iure condendo*, poiché si attribuisce al bene giuridico il compito di limitare le scelte di politica criminale secondo i requisiti della *necessità* e del *bisogno* della sanzione rispetto a fatti lesivi di oggettività giuridiche che non siano incompatibili con la Costituzione. In questo senso, come abbiamo visto, una lettura costituzionalmente orientata del bene pubblica amministrazione non sarebbe in grado di imporre al legislatore di limitarne il significato al solo aspetto dinamico-funzionale, intesa quale legalità, imparzialità e buon andamento nell'esercizio dei pubblici poteri e funzioni. Non sarebbero cioè censurabili scelte del legislatore che da questo modello si distaccassero: esso è infatti un prototipo cui aspirare, secondo l'ideal-tipo di norma penale di stampo liberale, ma nessuno sarebbe davvero in grado di potere affermare la *giustiziabilità costituzionale* di una scelta normativa che accogliesse anche valori differenti, come il prestigio o l'onore della pubblica amministrazione e del pubblico funzionario. I quali non solo, come si è visto, potrebbero al limite essere ricompresi in una nozione omnicomprensiva di buon andamento e imparzialità, ma sono per di più anche espressamente menzionati da altre norme della nostra legge fondamentale: ad onor del vero, infatti, bisogna riconoscere come sia la stessa Costituzione a dirci che i «cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore» (art. 54, co. 2). Unico limite, sotto tale prospettiva, è che la scelta alternativa non si ponga in contrasto con altri valori espressi dalla Carta⁵⁵.

⁵³ In tal senso v. R. CATENACCI, *ibidem*, che specifica come l'imparzialità ed il buon andamento della PA «rappresenterebbero in realtà solo un bene intermedio e strumentale alla tutela di diversi beni finali, (con la conseguente necessità di proporre) un approccio "differenziato" alle diverse fattispecie che compongono il titolo, tale cioè da puntualizzare di volta in volta in che cosa, nell'economia della singola incriminazione, quelle espressioni più propriamente si specificano».

⁵⁴ L'espressione è di W. HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, in R. Wassermann (a cura di) *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, München, 1990, p. 83, e si riferisce all'esistenza di un rapporto – per così dire – di proporzionalità inversa tra la capacità del concetto di bene giuridico di aderire al sistema punitivo e quella di limitare il potere del legislatore nella selezione dei fatti punibili

⁵⁵ L'ordinamento giuridico, va infatti precisato, è *sistema* in senso *negativo*, ovvero sia nella misura in cui semplicemente esclude l'*incompatibilità* delle sue singole parti con il tutto. A proposito delle caratteristiche che ogni ordinamento giuridico deve avere per poter essere considerato sistema, occorre che siano necessariamente rispettati i criteri *dell'unità* e della *non contraddittorietà* dello

stesso. Con sintesi estremamente riduttiva, si può dire che l'*unità* dell'ordinamento giuridico rappresenta la possibilità di presupporre, alla base dell'ordinamento, una *norma fondamentale*, alla quale si possano far risalire, direttamente o indirettamente, tutte le norme dell'ordinamento stesso. Tale requisito, in un modello di *costruzione a gradi* dell'ordinamento giuridico (secondo il *formalismo normativista* di matrice kelseniana), si spiega e giustifica in base all'esistenza di un *criterio gerarchico* in grado di ordinare in maniera piramidale le varie fonti del diritto, per cui ciascun 'gradino' inferiore trova la sua fonte legittimante in quello superiore. L'unità dell'ordinamento diviene caratteristica fondamentale per poter stabilire l'appartenenza o meno di una determinata norma ad esso, e dunque, in definitiva, per poterne stabilire la sua *validità* ed il conseguente *obbligo di conformarvisi*, pena la possibilità di applicare i meccanismi sanzionatori di volta in volta previsti. La *non contraddittorietà* impone invece la regola della coerenza e la necessità, per il legislatore e per l'interprete, di eliminare le possibili *antinomie giuridiche* (il diritto *non tollera* antinomie), ossia la coesistenza di norme tra loro incompatibili, senza possibilità di far ricorso ai tradizionali criteri risolutivi dei conflitti normativi (gerarchico, di specialità, temporale). È evidente, infatti, che «laddove esistono due norme antinomiche, entrambe valide, e quindi entrambe applicabili, l'ordinamento non riesce a garantire né la certezza, intesa come possibilità, da parte del cittadino, di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche della propria condotta, né la giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che si trovano ad appartenere alla stessa categoria» (il riferimento è, ovviamente, alla rara ed ineguagliata lucidità dell'opera di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 173 e ss.). Ora, una volta soddisfatto il requisito della compatibilità, non è necessario che le norme si implichino l'una con l'altra, come sarebbe in un "sistema deduttivo perfetto", in cui tutte le disposizioni devono poter discendere, non solo da un punto di vista gerarchico-formale, ma anche contenutistico, dai principi generali. Ciò significa che anche nei rapporti tra norme di rango differente, in cui è plausibile che la norma "superiore" sia espressione di un principio generale, nulla impone alla norma gerarchicamente subordinata di esplicitare – secondo la logica dimostrativa di un sistema deduttivo – una regola che sia espressione di quel principio; potendo invece essere sufficiente, per la sua validità, la semplice non incompatibilità con la norma di rango superiore. In particolare, per quanto riguarda i rapporti tra norme costituzionali e ordinamento penale, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3^a ed., Milano, 2001, pp. 487 e ss., in cui si afferma l'impossibilità di ridurre tali gruppi di norme, quelle costituzionali e quelle penali, all'interno di un sistema deduttivo, conclusione dalla quale dovrebbe discendere l'affermazione di un generale obbligo di tutela penale dei beni di rilevanza costituzionale. Di converso si riconosce la piena libertà per il legislatore sia di incriminare fatti non lesivi di beni contemplati nella carta fondamentale, sia di tutelare anche beni di elevato valore costituzionale con tecniche sanzionatorie diverse da quella penale, orientandolo nelle sue scelte, non solo il canone della *meritevolezza* ma anche quello del *bisogno* di pena. Sul punto v. anche G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, Milano, 1985, pp. 338 ss.; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 74 ss.; ID, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, pp. 417 ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1700 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 134 ss.; E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera-N.

Ne sia riprova la sopravvivenza, anche in fase avanzata di sviluppo del regime costituzionale, di quelle fattispecie nelle quali in alcuna maniera era possibile ricorrere ad una interpretazione adeguatrice del bene giuridico, e nelle quali le condotte erano ricostruibili solo in termini di lesione al prestigio della P.A., senza possibilità di individuare in esse ulteriori profili di offensività, come nel caso della corruzione impropria susseguente (v. *retro*, in nota).

È anche vero che la pubblica amministrazione, così come complessivamente disegnata dalla Carta fondamentale, non può più essere considerata come apparato distaccato ed elevato rispetto alla massa dei cittadini, rappresentando anzi quel motore di propulsione che, in uno stato *sociale* di diritto, ha il compito di fornire i servizi ritenuti essenziali per la collettività e, ove necessario, promuovere ogni tipo di iniziativa, (selezionando mezzi e fini, accordando preferenze, distribuendo risorse pubbliche) tesa a rimuovere gli ostacoli che possano, di fatto, limitare la libertà degli individui e l'effettiva e sostanziale eguaglianza degli stessi⁵⁶. Uno Stato per il quale – pur avendo tutti il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società – il fine ultimo delle istituzioni è comunque lo sviluppo della persona umana, al quale la Repubblica riconosce e garantisce i suoi inviolabili diritti di libertà. L'enfasi personalistica con la quale le norme in tema di principi fondamentali ricostruiscono le relazioni tra il singolo e la collettività, non può portare ad equivoci circa il necessario rapporto di servenza della pubblica amministrazione e dell'apparato burocratico rispetto alla figura del cittadino e dell'essere umano.

Mazzacuva-M. Pavarini-M. Zanotti, Torino, 1997, pp. 83 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, pp. 33 ss.

⁵⁶ In questa prospettiva leggono i rapporti tra p.a. e cittadino anche i più recenti contributi offerti dalla dottrina amministrativistica. Cfr., ad es., A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. comun.* 2002, pp. 425 ss; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, pp. 208 ss.