

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

*Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò*

Sezione I
Monografie

Nicolò Amore

Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta



Giappichelli

INTRODUZIONE

La distinzione del pubblico dal privato rappresenta uno dei capisaldi della modernità giuridica. Una “grande dicotomia”, di cui si trova traccia nei codici pre-Repubblicani, nella Costituzione, nelle leggi ordinarie e finanche nelle Convenzioni post-belliche. Mai compiutamente definita nei suoi connotati essenziali, questa suddivisione di campo continua nondimeno a essere correntemente adoperata nelle coeve esperienze giuridiche occidentali.

Nel contesto giuridico odierno, tuttavia, la distinzione del pubblico dal privato è divenuta viepiù complicata e incerta. Orfana dei capisaldi teorici ottocenteschi che la sorreggevano, sembra conservare un’efficacia puramente evocativa, apparendo ormai incapace di descrivere plausibili confini e di rivelare le ragioni della sua esistenza. Nel diritto penale, però, essa continua a rivendicare una centralità applicativa sconosciuta in altri settori del diritto, operando (a tacer d’altro) da spartiacque tra il severo statuto penale della Pubblica amministrazione e quello dedicato alle società di diritto privato. In questa sede, dunque, l’interprete è costretto ad abbandonare l’idea di una dicotomia “innocua”, di una concettualizzazione, tutto sommato, fine a sé stessa, venendo invece obbligato a misurarsi con la sua effettiva capacità ordinativa e classificatoria.

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

Per soddisfare l’obiettivo della ricerca, il lavoro muoverà da un’indagine sulla nascita e sull’evoluzione storica dello statuto penale della

Pubblica amministrazione, dando conto delle interpretazioni che si sono avvicendate nel tempo per cercare di segnarne con più precisione i confini. Il percorso di approfondimento proseguirà fino a pervenire all'origine teorico-generale della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, individuandone gli aspetti contraddittori e studiando eventuali alternative ermeneutiche che possano affrancarla da postulati ideologici da molti considerati obsolescenti. Nello specifico, si proporrà una rilettura *zweckorientiert* della c.d. "grande dicotomia", che nella seconda parte della ricerca ci condurrà a raffrontare le diverse opzioni ricostruttive ipotizzate e ipotizzabili per l'individuazione del "fornitore di scopi" nel diritto penale. Dopo aver passato in rassegna i tentativi fondati sia sulla teorica del bene giuridico costituzionale, che sugli "effetti concreti" della decisione giurisprudenziale (c.d. logica orientata all'effetto), si esporranno gli argomenti a supporto di un paradigma differente, di stampo "funzional-tipologico". In altre parole, si tratta di una metodica incentrata sulla valorizzazione degli obiettivi politico-criminali desumibili dall'interpretazione teleologicamente orientata delle fattispecie della parte speciale. Si assume, infatti, che in un sistema a legalità formale, basato sulla tutela frammentaria d'interessi giuridicamente rilevanti, l'unico referente normativamente fondato e capace di fornire indicazioni sufficientemente precise circa la funzione assoluta dalla dicotomia pubblico-privato, siano le *rationes* sostanziali ricavabili proprio dalle norme incriminatrici che la richiamano. Come si cercherà di dimostrare, per vero, attraverso di esse è dato forse comprendere le specifiche ragioni politico-criminali che hanno indotto il legislatore penale a dar rilevanza a quel dualismo, nei diversi contesti in cui ricorre.

Grazie alle potenzialità euristiche offerte da questa metodica, nell'ultima parte del lavoro si proverà a sviluppare una nuova interpretazione delle qualifiche di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, con l'auspicio di contribuire a ridurre le ambiguità concettuali e le incertezze applicative che ne circondano da sempre l'individuazione. I risultati che si otterranno, inoltre, verranno spesi pure in chiave *de iure condendo*. In particolare, si proporrà un metodo di definizione delle posizioni soggettive, volto ad ancor meglio implementare gli obiettivi di tutela ricavabili dalle disposizioni incriminatrici cui esse afferiscono, nel quadro giuridico post-moderno in cui saranno chiamate a operare.

CAPITOLO I

LA DEFINIZIONE DEL CONFINE TRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA LEGGE PENALE ITALIANA

SOMMARIO: 1. L'introduzione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella prima codificazione penale unitaria. – 1.1. La genesi del concetto di Pubblico ufficiale nella sua definizione “per gli effetti della legge penale”. – 1.2. La posizione dei Parlamentari del Regno. – 2. La svolta fascista e la riedizione dei delitti contro la Pubblica amministrazione nella codificazione penale del 1930. – 2.1. Dall'elencazione di pubblici ufficiali alla definizione dei pubblici soggetti negli artt. 357 e 358 Cp. – 2.2. Soggettivismo e oggettivismo nell'individuazione dell'autore qualificato. – 2.3. L'espansione tentacolare dello statuto penale della Pubblica amministrazione: la qualificazione degli operatori bancari. – 3. La riforma del 1990 e il criterio di qualificazione funzionale-obiettivo. – 3.1. La parametrizzazione dell'attività amministrativa attraverso le “norme di diritto pubblico e atti autoritativi”. – 3.2. La distinzione del Pubblico ufficiale dall'Incaricato di servizio pubblico. – 3.3. I funzionari esteri e dell'Unione Europea.

Nei paragrafi che seguono si ricostruirà sinteticamente l'evoluzione della legislazione penale a tutela della Pubblica amministrazione, focalizzando l'attenzione sulle tecniche definitorie adoperate per l'enucleazione delle posizioni soggettive c.d. “pubbliche”.

Si partirà dalla prima codificazione unitaria, il codice penale “Zanardelli” del 1889, inquadrandone le disposizioni anche alla luce delle esperienze compilative pre-unitarie. Nel prosieguo verranno analizzati i contenuti della riforma fascista, dando conto dei conseguenti esiti applicativi, con un approfondimento sulla controversa vicenda della qualificazione penale degli operatori bancari. L'ultima tappa sarà costituita dall'analisi delle novelle dei primi anni '90, con le quali sono stati modificati entrambi i confini esterni e interni delle posizioni soggettive pubbliche.

Per il momento, l'analisi si concentrerà prevalentemente sui testi di

legge, al fine di focalizzare meglio ragioni, contenuti e problematiche delle diverse strategie normative adoperate nel tempo per fondare la delimitazione del pubblico dal privato in campo penale.

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

Dopo un lungo periodo di transizione governato dalle disposizioni sabaude¹, nel 1889 il Parlamento del neonato Regno d'Italia dotava finalmente il Paese della sua prima codificazione penale². In verità, i lavori per la sua redazione erano cominciati sei anni prima, nel 1883, a seguito di molti altri tentativi finiti nel nulla³. Furono promossi dal Guardasigilli Giuseppe Zanardelli⁴, ma fu necessario l'impegno di ben altri tre successori perché potessero essere portati a termine (meritatamente proprio sotto l'egida di colui che li aveva iniziati, e che presterà poi il suo nome all'opera)⁵.

La faticosa gestazione, però, venne ampiamente ripagata dalla ricchezza e modernità dei contenuti⁶. Il codice del 1889, infatti, rappresentava un mirabile esempio di normativa d'ispirazione liberale⁷, che

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

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

³ Per una sintetica ricostruzione di questo percorso di codificazione si rimanda a BIBLIOTECA CENTRALE GIURIDICA, *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, in *www.giustizia.it*, 35 ss.

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

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

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

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

sulla scorta delle disposizioni penali del Granducato di Toscana del 1853 aboliva la pena di morte⁸, e faceva propri quei principi illuministici magistralmente illustrati qualche tempo prima dai Maestri della scuola classica⁹.

L'articolato approvato dal Parlamento del Regno constava di 498 articoli, ordinati in tre Libri, ognuno dei quali a sua volta suddiviso in Titoli e Capi¹⁰. La parte speciale era contenuta nei Libri II ("Dei delitti in

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

⁹ Al di là delle enfatiche enunciazioni dello Zanardelli nella sua Relazione al Re, il debito culturale del codice con la corrente di pensiero liberale si coglie bene "innanzitutto nel rispetto del principio di ascendenza illuministica di legalità dei reati e delle pene", nonché nella "idea del reato inteso come fatto oggettivo dotato di una sua materiale offensività piuttosto che come mera manifestazione di un atteggiamento soggettivo di disobbedienza o di pericolosità" (cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 1); inoltre, pure nella strutturazione dei singoli istituti, come ad esempio il tentativo (disciplinato dall'art. 61 rispettando la dottrina del *commencement d'exécution* di matrice napoleonica), il concorso di persone (gli art. 63 ss. ad esempio, distinguevano e graduavano proporzionalmente la responsabilità dei concorrenti a seconda del loro ruolo di compartecipi primari o secondari), oppure anche la legittima difesa (art. 49, co. 2; nell'opera di D. SICLIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Firenze, 2013, infatti, si mettono bene in evidenza le differenze che intercorrono tra la rigorosa strutturazione della scriminante nel codice Zanardelli – che permetteva di reagire a tutela dei beni e della proprietà soltanto laddove si verificasse anche un pericolo per la persona – e le progressive dilatazioni che subirà sotto la spinta della scienza penale fascista; per altri esempi si rinvia a G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1960, 269). Non che mancassero le contraddizioni, e non è un caso che a rilevarle fosse proprio E. FERRI, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in *Scuola positiva*, 1895, 3, 109: secondo Ferri, infatti, il "nuovo codice penale", volendo ostinatamente far proprie le "incontestabili classiche teorie", accettava talvolta di arrivare "al colmo dell'insipienza e della crudeltà gratuita", per esempio quando collocava "tutti i furti campestri non più nel novero delle contravvenzioni [...] ma in quello dei delitti, compreso l'efferato crimine di raspollamento arbitrario (art. 405) solo per omaggio alla bizantina questione della bipartizione!".

¹⁰ È interessante notare come gli articoli non siano rubricati, e i nomi dei reati si trovino soltanto nell'indice del codice (per un approfondimento su questi e altri temi legati alle ru-

ispecie”) e III (“Delle contravvenzioni in ispecie”), organizzati rispettando il criterio dell’interesse protetto¹¹. Ed è proprio nel secondo Libro che fecero il loro debutto i c.d. “delitti contro la Pubblica amministrazione”.

L’espressione derivava da un armamentario concettuale di matrice francese penetrato con grande ritardo nella nostra penisola¹², e consolidatosi soltanto all’indomani dell’invasione napoleonica del 1796. Seguendo le dottrine correnti in quel momento storico, essa si riferiva agli organismi che non rappresentavano “un’emanazione diretta della sovranità”¹³, incaricati di compiere quella peculiare “attività concreta”¹⁴ consistente nella “attuazione dei molteplici fini dello Stato”¹⁵. Si era in presenza, quindi, di enti descritti come *sui generis* rispetto a quelli privati (c.d. “pubblici”), e tributari di una funzione reputata valida a distinguerli dalle istituzioni giudiziarie e politiche¹⁶.

Coerentemente, perciò, si pensò di riservar loro una considerazione autonoma anche sul piano penale. Per prima cosa, s’introdussero una serie d’ipotesi criminose pensate per proteggerne le prerogative; ipotesi incentrate prevalentemente sull’abuso o comunque sulla violazione *ab*

briche e alla funzione che svolgono rispetto alla tipicità penale v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.).

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

¹² In questa sede non si ha modo di ricostruire dettagliatamente la genealogia della Pubblica amministrazione, dando conto a chi legge della sua particolare complessità storica e culturale. Per una trattazione più approfondita (e autorevole), pertanto, si rinvia per tutti a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 3 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini*, 2, 1973, 179 ss.; V.E. ORLANDO, *Criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Modena, 1925; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 72 ss.

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

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

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

¹⁶ Si leggano in proposito le pagine di G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1814, nella versione a cura di E. ROTELLI, Bologna 2014, 211; del resto, “se l’amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio”, cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., 193.

interno dei doveri connessi all'esercizio di quell'ufficio, nonché sull'interferenza o sull'impedimento *ab externo* delle correlate attività. In secondo luogo, si collocarono tali fattispecie in un titolo *ad hoc* (il terzo), ben distinto da quelli contro la "sicurezza dello Stato" (Titolo I) e da quelli commessi contro "l'amministrazione della giustizia" (Titolo IV).

Almeno nella toponomastica, dunque, il codice Zanardelli sembrava distanziarsi nettamente dall'impostazione portata avanti nel "progetto Romagnosi" di codice penale per il Regno d'Italia¹⁷, e ulteriormente sviluppata, tra l'altro, proprio in quel "Programma del corso di diritto criminale" che pure aveva influenzato l'intera impresa codificatoria. In effetti, nell'opera di Francesco Carrara le offese ai danni della P.a. venivano ricomprese assieme a quelle verso l'amministrazione giudiziaria nella più ampia categoria dei crimini contro la "pubblica giustizia"¹⁸, collocata all'interno del gruppo dei "delitti sociali"¹⁹. Secondo l'illustre Autore, infatti, sarebbe stato fuorviante raggrupparle separatamente come hanno fatto "alcuni moderni", poiché entrambe le funzioni offese risultavano incentrate sulla soddisfazione del medesimo bene della vita: il "bisogno della tutela giuridica indispensabile al progresso umanitario"²⁰. Pertanto, tali reati dovrebbero essere valutati congiuntamente, come diretti cioè a pregiudicare un'unica grande "istituzione sociale", alla quale le leggi dello Stato hanno addetto "certi uomini affinché con atti e forme determinati convertano in precetto pratico quella legge astratta, e rendano giustizia secondo giustizia quantunque volte il bisogno lo richiede"²¹.

In buona sostanza, quindi, si accreditava una considerazione del-

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

¹⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 5 ss.

¹⁹ Carrara infatti rifiuta la nomenclatura "delitti politici" adoperata anche dal suo Maestro, Giuseppe Carmignani, proponendone una che ritiene più adeguata "perché i delitti che con tali reati si attaccano non sono concepibili nella propria genesi tranne come conseguenza dello stato di consociazione civile; quanto perché i diritti medesimi pertengono a tutti quanti i consociati" (v. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, sez. II, Prato, 1882-1891, 5 ss.).

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

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

l'apparato dello Stato in qualche modo "unitaria", quantomeno dal punto di vista politico-criminale²².

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

Nondimeno, scendendo dai significanti ai significati, l'impressione che si riceve dal testo del 1889 è che la distanza tra questa impostazione e la precedente non fosse stata ancora ben assimilata, riducendosi in definitiva a una mera questione d'etichette. Se da un lato, infatti, la relazione al codice predisposta dal Senato del Regno d'Italia suggeriva una più netta caratterizzazione per il Titolo III, pensandolo in particolare come rivolto a tutelare "la retta e libera azione del Governo nel-

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

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

l'esercizio del Potere amministrativo"²⁴, quella ministeriale, invece, riproponeva ancora una volta il *refrain* del "regolare esercizio dei pubblici Poteri". Punto di riferimento a dir poco generico, che a ben vedere finiva per ridimensionare anche il significato della sua distinzione dal Titolo dedicato agli illeciti contro la funzione giudiziaria²⁵.

Se non era una vera e propria contraddizione, insomma, poco ci mancava. A testimonianza di un'opzione classificatoria che fu probabilmente il portato di un ossequio (politico e culturale) alle esperienze codificatorie francesi e pre-unitarie²⁶, piuttosto che "il risultato di un approfondito ripensamento circa la strutturazione della parte speciale del codice"²⁷, evi-

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

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

²⁶Sulla natura e sulle ragioni dei processi che determinano la circolazione e il *trapianto* di determinati istituti giuridici in ordinamenti diversi da quelli di provenienza, si rinvia per tutti all'acuta indagine di E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000. Riprendendo espressamente l'idea proposta da Rodolfo Sacco, secondo cui l'imitazione delle soluzioni giuridiche straniere sarebbe determinata principalmente dal "prestigio" di cui godono agli occhi di coloro che le vogliono importare (R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 148), l'autrice individua almeno tre tipologie di circolazione, che corrispondono ad altrettante ragioni giustificatrici. Facendo aggio sulle concettualizzazioni messe a punto da Elisabetta Grande, si può plausibilmente ritenere che l'adozione della toponomastica e delle categorie proposte dal Code Napoléon non fu tanto il portato di una effettiva familiarizzazione con quelle categorie giuridiche (v. *supra*, Cap. I, par. I), e neppure il prodotto quasi "meccanico" della forte influenza geo-politica che la Francia aveva esercitato e continuava a esercitare sul nostro Paese. Piuttosto, sembra essere il frutto dell'attrazione politica e culturale esercitata dal "messaggio filosofico" di fondo, veicolato dall'articolazione dei poteri dello Stato che quella ripartizione sottende: la *séparation des pouvoirs*, infatti, era chiaramente e diffusamente ritenuta una delle più avanzate conquiste della civiltà giuridica di quel tempo, e la sua ricezione rifletteva un ideale liberale di garanzia del cittadino dagli assolutismi. Conseguentemente, "associati a quell'ideale garantistico, i modelli corrispondenti circolano, assicurando ai sistemi che li importano un'immagine di sistemi giuridici civilmente avanzati" (cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto*, cit., 120). Gli effetti pratici, però, non furono probabilmente quelli sperati.

²⁷F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione*, cit., 54 ss. Nel prosieguo della trattazione, inoltre, l'autore mette in luce come al conferimento di un'impronta unitaria contribuisse anche lo Statuto Albertino, che pur nominando e differenziando le funzioni amministrative (art. 5), giudiziarie (artt. 68 e 69) e legislative (art. 3), le configurava comunque come eguali emanazioni del medesimo potere sovrano (132 ss.).

dentemente (e comprensibilmente) ancora influenzata dalle concettualizzazioni della Scuola Classica²⁸.

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

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

La figura del Pubblico ufficiale si affaccia in chiusura del Capo III, tra le "disposizioni comuni ai capi precedenti". A dispetto del mancato risalto datogli nella tassonomia del codice²⁹, infatti, i delitti contro la Pubblica amministrazione erano composti sia da reati comuni, che potevano quindi essere commessi da chiunque, sia da fattispecie proprie, dove invece l'autore era ben individuato; e, in quest'ultimo caso, poteva essere soltanto un Pubblico ufficiale³⁰.

La scelta, in certo qual modo, era obbligata. Lo svolgimento di funzioni e attività in genere presuppone³¹ la loro materiale attribuzione a specifiche entità organizzate³², che necessariamente operano tramite un

²⁸ Tant'è che ne esce indirettamente confermata proprio la posizione di Carrara, che riteneva indivisibili questi due gruppi di reati (v. *supra*, Cap. I, par. 1).

²⁹ Distinzione evidenziata invece anche nel Programma di Francesco Carrara, stavolta certamente più analitico del codice (v. F. CARRARA, *Programma del corso*, cit. 26 ss., che a partire dal par. 2481 distingue tre ipotesi: i delitti di "persone pubbliche contro persone pubbliche", in cui vi rientrano l'ambito e le frodi nelle elezioni agli impieghi pubblici; quelli delle "persone private contro persone pubbliche", come la resistenza o il favoreggiamento; infine, i delitti "di persone pubbliche contro persone private", consistenti nella corruzione, malversazione, concussione, prevaricazione, esercizio abusivo di autorità contro l'interesse privato e rifiuto di servizio legalmente dovuto da parte dei pubblici ufficiali).

³⁰ Sulla peculiarità tipologiche del reato proprio v. *infra*, Cap. IV, par. 3.

³¹ *Rectius*, nella misura in cui un singolo sia impossibilitato a disimpegnarle autonomamente, in dipendenza della loro consistenza qualitativa e quantitativa, nonché della loro complessità tecnica.

³² Esse infatti permettono proprio di raggiungere obiettivi inaccessibili individualmente, dando vita a un fenomeno collettivo che s'incentra sulla coordinazione di più contributi lavorativi diversamente caratterizzati, orientati al perseguimento di un obiettivo comune ed esplicito (per un approfondimento di questi e altri aspetti legati alla teoria dell'organizzazione si veda per tutti M.J. HATCH, *Organization theory: Modern, Symbolic and Postmodern Perspectives*, Oxford, 2012, trad. it. *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, 2013; A. STRATI, *L'analisi organizzativa. Paradigmi e metodi*, Roma, 2004).

determinato numero di persone fisiche³³. Nel momento in cui si decide di proteggere penalmente dette funzioni, pertanto, è ragionevole farsi carico sia di garantirne il pacifico svolgimento contro eventuali aggressioni rivolte da terzi, nell'immediato, contro quelle persone che danno "corpo" all'organizzazione, quanto d'impedirne la possibile manomissione dall'interno.

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

Il codice Zanardelli opta probabilmente per la strada più intuitiva: ispirandosi ancora una volta al canovaccio della legislazione toscana³⁴, sceglie di concentrarsi sull'esistenza di un collegamento tra l'agente e l'organizzazione incaricata di compiere l'attività da proteggere.

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

L'art. 207, dunque, forniva un lungo elenco di mansioni eterogenee, giustapposte a formare un mosaico ordinato senza particolari gerarchie³⁵. Una nozione di stampo marcatamente casistico, che spinse il le-

³³ Si tratta del resto di "enti teleologici e non organismi fisiopsichici", che "hanno necessità di servirsi di persone fisiche per manifestare la loro volontà e per raggiungere i loro fini" (E. ORLANDO-S. LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 46).

³⁴ L'unico codice preunitario, peraltro, che conteneva una definizione espressa di pubblico ufficiale: "Sotto il nome di pubblici ufficiali", recitava infatti l'art. 165, "vengono tutti gl'impiegati dello Stato o dei Comuni, del pari che di qualunque stabilimento, la cui amministrazione è soggetta alla tutela od alla vigilanza del Governo, o del Comune. I notai, in tutto ciò che concerne all'esercizio delle loro funzioni, sono considerati come pubblici ufficiali".

³⁵ Ci si distanzia dunque dal previgente Codice penale sardo, il quale, pur senza definirle analiticamente, stabiliva una gerarchia basata sulla maggiore o minore dignità delle persone qualificate. In particolare, agli artt. 217 ss. si distinguevano gli ufficiali pubblici dell'ordine

gislatore ad aggiungere via via altri tasselli nelle singole disposizioni del codice³⁶ e nella legislazione speciale³⁷, per tentare di scongiurare “lacune sostanziali” dovute alla mancata considerazione di “ipotesi strettamente affini a quelle contemplate”. Così facendo, però, si realizzò una prima, importante compromissione della “funzione di orientamento socio-culturale” della qualifica: difatti, frammentata com’era in un rivolo di figure soggettive disparate, essa pregiudicava la possibilità di comprendere a pieno la *ratio* sostanziale capace di giustificare la distinzione dei funzionari pubblici dai privati cittadini³⁸.

A tal proposito, il referente categoriale della “Pubblica amministrazione”, più che contribuire alla determinazione del precetto, ne incrementava l’ambiguità. Già in linea generale, infatti, l’art. 207 annoverava tra gli esercenti la funzione protetta dal Titolo III coloro che fossero rivestiti di “pubbliche funzioni”. Una proposizione declinata al plurale e non meglio specificata, che a dispetto della intitolazione del raggruppamento del codice che la ospitava, non sembrava limitarsi a considerare la sola attività di messa in opera delle scelte del sovrano³⁹. Un sospetto che diviene certezza nel momento in cui si finisce di scorrere il resto della definizione, ove si richiama pure la categoria dei notai e, perfino, dei Pubblici ufficiali “equiparati”.

Con le aggiunte disperse nelle innumerevoli legislazioni speciali, poi, l’ambiguità esonda dalla qualifica per riversarsi sulla classificazione

amministrativo o giudiziario, gli agenti impiegati o incaricati di una pubblica amministrazione, gli agenti o depositari della pubblica forza, e infine le persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio.

³⁶ Si pensi ad esempio all’art. 284, che con riguardo alla falsità in atti equipara “ai pubblici ufficiali coloro che sono autorizzati a formare atti ai quali la legge attribuisce pubblica fede”; oppure l’art. 293, che con riferimento all’aggiotaggio parla di pubblici mediatori e agenti di cambio.

³⁷ Tra le tante ipotesi, si prenda l’art. 115 del T.U. n. 1447 del 1912, secondo cui “tutti gli addetti alle ferrovie concesse all’industria privata, qualunque sia il loro grado ed ufficio, sono considerati pubblici ufficiali”; o l’art. 74 del T.U. n. 1401 del 1922, che considerava “l’esattore” come “pubblico ufficiale per l’applicazione delle sanzioni penali agli abusi che esso commettesse nella riscossione delle imposte e negli atti esecutivi”.

³⁸ I virgolettati sono tratti da T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 30, che con riguardo ai limiti delle tipizzazioni casistiche sintetizza peraltro un pensiero assolutamente unanime nella manualistica italiana (sull’evoluzione delle tecniche di costruzione del fatto di reato si rinvia ad A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997).

³⁹ In senso contrario C. CIALFI, *Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale*, in *Riv. pen.*, 33, 1891, 134 ss. secondo il quale le funzioni di cui deve intendersi depositario il pubblico ufficiale sarebbero comunque quelle dipendenti esclusivamente dal “potere esecutivo”.

che la ricomprende, trasformando senza più ombra di dubbio i delitti contro la “Pubblica amministrazione” nei delitti contro delle imprecisate “entità pubbliche”. O, meglio ancora, contro “gli impiegati nell’apparato dello Stato”, centrale o periferico che fosse. Come messo in luce da autorevole dottrina, infatti, la locuzione “rivestiti di pubbliche funzioni” pareva adombrare un bisogno “di titolo, di investitura”, rischiando “di far passare in seconda linea il momento dell’esercizio effettivo di pubbliche funzioni”. Lo stesso dicasi della formula “a servizio”, che sembrava ricollegarsi alla “esigenza di un rapporto di servizio tra il soggetto e l’ente pubblico”⁴⁰.

Volendo sintetizzare, si può dire che l’art. 207 tradisce la denominazione del Titolo che lo ospita, confermando l’impiego in chiave atecnica del concetto di “Pubblica amministrazione” quale termine riassuntivo di qualunque funzione dello Stato⁴¹. Nel descriverle, peraltro, il legislatore esaltò prevalentemente il rapporto d’impiego, lasciando invece indefinito in cosa queste “pubbliche funzioni” dovessero consistere, quale ne fosse il “minimo comun denominatore” e in che termini si potessero differenziare da quelle private. Il tutto, infine, venne reso attraverso una tecnica normativa confusiva, che complicava la comprensione della *ratio* della norma definitoria: il “novero e la tipologia delle aggiunte e delle eccezioni era tale”, invero, da offuscare i “confini tra le diverse categorie [...] a volte, infatti, si giungeva a ricomprendervi categorie che, specie alla luce di ulteriori equiparazioni apportate da leggi speciali, apparivano in posizione quantomeno dubbia (come nel caso degli esattori), altre volte le tracimazioni arrivavano a coinvolgere cate-

⁴⁰ I virgolettati sono di C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 352, che osserva come l’utilizzo di questa espressione incentivi inoltre il legislatore a operare quei rimandi “casistici” che si sono appena analizzati, visto che altrimenti il concetto di “servizio” avrebbe tagliato fuori i casi di “esercizio di pubbliche funzioni, durevole od occasionale, da parte dei soggetti privati”. Sulla stessa linea si pose, poi, la distinzione tra istituti posti sotto la vigilanza dello Stato, oppure sotto la sua tutela, a significare in quest’ultimo caso un controllo più penetrante dello Stato, esteso anche al conseguimento delle “finalità istituzionali, e quindi indice della rilevanza pubblicistica di queste ultime”. Anche questa distinzione, infatti, induceva a compiere discriminazioni applicative nella prassi, giudicate irrazionali dalla stessa comunità scientifica del tempo: ad esempio, si era negata la qualifica di pubblici ufficiali agli impiegati della Banca d’Italia, e proprio per rimediare a questa carenza la legge bancaria dovette in seguito qualificarli espressamente come tali (v. *infra*, Cap. I, par. 2.3; per altri esempi si rinvia a V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L’impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, 15).

⁴¹ In senso conforme V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1986, 690 ss.

gorie che a molti sembravano del tutto eccentriche come – solo a titolo di esempio – quelli dei medici condotti comunali”⁴².

1.2. *La posizione dei Parlamentari del Regno*

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

La questione tenne banco soprattutto a seguito degli scandali legati alla *Compagnie universelle du canal interocéanique de Panama* in Francia, e della Banca Romana in Italia⁴³. Entrambe le vicende avvennero a stretto giro l’una dall’altra, e portarono alla ribalta il tema della corruzione politica⁴⁴, nonché della posizione penale e dei limiti delle guarentigie statutarie riconosciute a deputati e senatori⁴⁵.

Il dibattito di quegli anni fu particolarmente intenso, perché da un lato coinvolgeva un fenomeno, quello della criminalità dei parlamentari del Regno, che destò particolare apprensione nell’opinione pubblica, venendo reputato da alcuni commentatori dell’epoca meritevole, se non altro, della medesima tutela penale assicurata a quella dell’apparato amministrativo-giudiziario⁴⁶; dall’altro, invece, evocava un quadro

⁴² V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 12 ss.

⁴³ A riguardo si rinvia a C. BERTOLINI, *Il deputato o senatore corrotto*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 329 ss.; v. inoltre A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento possano ai fini penali essere considerati come pubblici ufficiali*, in *Temi veneta: eco dei tribunali*, 9, 1893, 17 ss.

⁴⁴ In quel periodo furono date alle stampe numerose monografie sul tema, tre le quali vale la pena ricordare N. COLAJANNI, *Corruzione politica*, Catania, 1888; C. MORINI, *Corruzione parlamentare: mali e rimedi*, Milano, 1895; si vedano anche gli articoli di G. NATALE, *Scandali e corruzione parlamentare*, in *Il ponte*, 4, 1948, 1 ss.; R. RICCI, *Corruzione parlamentare*, in *La rassegna nazionale*, 106, 1899, 22 ss.

⁴⁵ Si vedano gli autorevoli scritti di G. CRISAFULLI, *La guarentigia dei deputati nei procedimenti penali*, in *Arch. dir. pubbl. amm. it.*, 4, 1894, 10 ss.; L. PALMA, *Una nuova questione sui privilegi parlamentari*, in *Rass. scienze soc. pol.*, 1884, 529 ss.; D. ZANICHELLI, *I privilegi parlamentari*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1, 1889, 74 ss.; v. inoltre V.E. ORLANDO, *Se compete alla Camera un potere d’inchiesta sulla condotta e sulle qualità morali dei propri membri*, in *Arch. dir. pubbl. amm. it.*, 1, 1902, 102 ss.

⁴⁶ Si legano sul punto le considerazioni di L. CARELLI, *I Deputati sono pubblici ufficiali*, in *Scuola positiva nella Giur. pen.*, 3, 1895, 116 ss.: “E il Deputato o il Senatore, che vende il suo voto non manifesta la stessa forma di sentimento immorale? Solo la gravità è maggiore; perocché qui non si tratta di funzioni secondarie dello Stato, ma di una delle più alte prero-

normativo che quella medesima tutela penale non sembrava in grado di assicurare. Perlomeno, non con certezza.

In effetti, a un primo sguardo il n. 1) del primo comma dell'art. 207 pareva andare nel senso di un accorpamento dei membri delle Camere all'interno della medesima posizione soggettiva riservata, anzitutto, ai funzionari amministrativi: come si è visto, infatti, esso qualificava come "pubblici ufficiali" tutti colori i quali fossero "rivestiti di pubbliche funzioni". Per "i termini in cui [era] espresso", dunque, l'articolo sembrava potenzialmente in grado di attribuire la qualifica pubblicistica anche a Deputati e Senatori⁴⁷.

Sennonché, si rilevava, una tale conclusione si sarebbe posta in contrasto con la ricostruzione "comune e convenzionale secondo cui sono intesi pubblici ufficiali i funzionari dell'ordine amministrativo e giudiziario"⁴⁸.

Poco male, si potrebbe pensare. Ma c'era di più. Il Titolo III che ospitava la norma, infatti, parlava di delitti contro la sola "Pubblica amministrazione"; riferimento che sembrava invitare a un approccio interpretativo più restrittivo, almeno nel senso di escludere i Parlamentari dalla cerchia degli Ufficiali⁴⁹. Nella medesima direzione, poi, sembravano andare anche tutta una serie di fattispecie del codice – gli artt. 123, 187, 191, 194, 195, 200, 204 e 365 – che nei loro precetti trattavano autonomamente o comunque distinguevano espressamente il "pubblico ufficiale" dal "membro del Parlamento". Se questa distinzione non fosse stata ritenuta rilevante, si diceva, non sarebbe certo stata compiuta. Invece essa c'era e veniva praticata proprio perché non si riteneva che i parlamentari potessero essere equiparati a tutti gli altri pubblici ufficiali (*quod Lex voluit, dixit*)⁵⁰. Del resto, la lettura sembra-

gative della Sovranità, quale è quella di fare leggi. Qui la legittima rappresentanza popolare è usurpata dal corruttore, e al legittimo interesse sociale è sostituito un privato interesse antisociale; qui lo scandalo è maggiore, e più grave l'interesse violato".

⁴⁷ G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento secondo il codice penale*, in *Arch. dir. pubbl. amm. it.*, 3, 1893, 38.

⁴⁸ G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento*, cit., 37.

⁴⁹ V. ad es. G. MOLINARI TOSATTI, *Gli abusi commessi dai deputati e senatori nell'esercizio delle loro funzioni e la sanzione parlamentare*, in *Riv. pen.*, 37, 1893, 529, che si richiama all'uopo alla relazione senatoria al codice Zanardelli, tralasciando invece di richiamare il ben più ampio concetto di Amministrazione patrocinato da quella ministeriale (v. *supra*, Cap. I, par. 1.2).

⁵⁰ Sul punto volendo si vedano le osservazioni di L. TRITONJ, *Se un membro del parlamento sia pubblico ufficiale*, in *Il Filangieri*, 20, 1895, 895 ss., che evidenzia peraltro come la "particella disgiuntiva e differenziale o posta in essi ogni volta che si trattati contemplare in

va conforme proprio alla volontà storica del legislatore, proclive a conferire al parlamentare uno *status sui generis* in virtù della speciale qualità delle sue incombenze⁵¹.

Conseguentemente, quindi, i magistrati, i notai, così come i medici condotti comunali, gli addetti alle ferrovie e così via, erano pubblici ufficiali e potevano rispondere dei gravi reati contro la P.a. Deputati e senatori, invece, dovevano essere considerati alla stregua di privati cittadini “per gli effetti della legge penale”. Vi furono poi autori ai quali tale esclusione non appariva né certa né razionale, e tuttavia ritennero di doverla ammettere *de iure condito*, anche alla luce del privilegio dell’insindacabilità attribuita dall’art. 51 dello Statuto Albertino ai membri delle assemblee legislative⁵².

una medesima disposizione i Pubblici Ufficiali e i membri del parlamento basta a rendere chiarissima la lettera della legge e quindi superfluo ricercarne lo spirito”.

⁵¹A riguardo si rinvia per tutti alla ricostruzione dei lavori che hanno preceduto l’approvazione del codice offerta da G. MOLINARI TOSATTI, *Gli abusi commessi dai deputati e senatori*, cit., 526 ss. Invero, dalla lettura di quel dibattito emerge l’incertezza dei riferimenti epistemologici adoperati per argomentare la tesi del *privilegium legislatoris*. Un problema che è ben evidente anche nelle costruzioni teoriche imbastite da certa parte della dottrina penalistica per supportarla (si riprenda ancora L. TRITONJ, *Se un membro del parlamento sia pubblico ufficiale*, cit., 894, ove si attarda sull’oziosa distinzione tra una “funzione” che sarebbe propria del solo Parlamentare, latrice di soli diritti; e “l’ufficio”, portatore di doveri oltretché di poteri, che sarebbe invece attribuito a tutti coloro che vengono chiamati a dar esecuzione alla legge).

⁵²Qui il rimando va alle pagine di V.E. ORLANDO, *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento pel titolo di corruzione – nota*, in *Arch. dir. pubbl. amm. it.*, 3, 1893, 135 dove, a differenza di quanto asserito da molti dei penalisti che si sono occupati del tema, l’esclusione dei parlamentari dal novero dei pubblici ufficiali non viene additata come certa e auto-evidente. Proprio per questo si ritenne decisivo il richiamo allo Statuto: alla luce della sua preponderanza assiologica, infatti, le sue disposizioni avrebbero potuto essere derogate soltanto da una legge inequivoca in tal senso. Ma dato che a riguardo il codice Zanardelli era tutt’altro che perspicuo, l’insindacabilità sancita dallo Statuto rimaneva, e rendeva irresponsabile il parlamentare anche per gli atti di mercimonio di cui si fosse reso autore. Per vero, alcuni studiosi hanno osservato come quella irresponsabilità non potesse però estendersi anche a “fatti che, commessi fuori della Camera costituiscano per sé medesimi reati”. Il caso era anche quello della corruzione, che potendosi perfezionare pure a seguito della sola promessa della “retribuzione non dovuta”, non verrebbe “ad incriminare l’esercizio della sua funzione parlamentare” (G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento*, cit., 38). L’opinione però non convinse l’autorevole studioso, e il motivo è ben sintetizzabile con le parole di A. STOPPATO, *Se i membri del Parlamento*, cit., 16: “noi non possiamo ammettere la distinzione tra voti onesti e non onesti appunto perché per distinguerli bisogna sindacarli” (argomento opinabile, ma che risuona familiare anche al penalista contemporaneo, perché richiama da vicino quello recentemente speso in tema di corruzione parlamentare da Cass. pen., Sez. VI, n. 40347 del 2018, con nota di M.C. UBIALI, *In tema di corruzione parlamentare (nota a margine del caso Berlusconi-De Gregorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2297 ss.; v. inoltre S. BRASCHI, *Punti fermi e problemi aperti in tema di corruzione parlamentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 706 ss.).

In definitiva, dunque, sembra che il debutto dei delitti contro la Pubblica amministrazione nel nostro ordinamento sia stato condizionato da una patente sfocatura teorica, attribuibile in parte a un *deficit* di approfondimento scientifico, in altra parte all'incapacità di tradurre in termini politico-criminali le recenti (e a dire il vero anche ambigue) concezioni dello Stato cui si tentava di ricollegarsi⁵³. Le difficoltà nella delimitazione dei soggetti pubblici ne costituirono una conseguenza assolutamente icastica.

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

Le disposizioni del codice Zanardelli, nel loro complesso, furono oggetto di forti critiche sin dalla loro entrata in vigore, espressione di uno scontro tra ideologie penali allora particolarmente acceso. Gli esponenti della Scuola Positiva⁵⁴, in particolare, lamentarono una scarsa attenzione al soggetto attivo del reato e, più in generale, alle esigenze di prevenzione del crimine, affievolite dalla complessiva “mitezza delle pene”, e da un trattamento bonario dei recidivi e dei prosciolti per infermità di mente⁵⁵.

Dopo vari tentativi di riforma andati a vuoto⁵⁶, tali proposte trovarono terreno fertile a seguito della svolta autoritaria che seguì alla presa del potere del partito fascista. Alcune delle idee avanzate, infatti, si ac-

⁵³ Al netto della natura non particolarmente univoca delle asserzioni teoriche desumibili dall'*Esprit des lois* (v. a riguardo le considerazioni richiamate *supra*, Cap. I, par. 1, nt. 23), già in quel periodo non mancarono autorevolissimi esponenti della dottrina italiana che segnalavano come “una separazione effettiva e meccanica delle varie forme dell'attività dello Stato è così possibile come il tagliare a pezzi un organismo vivente pretendendo che continui a funzionare”, ammettendo al massimo una valenza “puramente intellettuale” di questa distinzione (V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Milano, 1900, 28).

⁵⁴ Si veda in particolare C. LOMBROSO, *Troppo presto*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 47 ss.

⁵⁵ V. E. DOLCINI, voce *Codice penale* (1988), cit., a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti in merito.

⁵⁶ Si fa riferimento in particolare al c.d. progetto Ferri di riforma del codice penale del 1921, su mandato conferito dal Ministro della Giustizia Ludovico Mortara nel 1919 (v. *Relazione del presidente Enrico Ferri approvata dalla commissione*, in *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti*, Commissione reale per la riforma delle leggi penali, Milano, 1921).

cordarono in maniera particolarmente efficace con le istanze repressive promosse dal regime, e ricevettero pertanto un significativo riconoscimento in uno dei prodotti normativi più rappresentativi di quell'epoca: il codice penale "Rocco"⁵⁷.

I lavori presero avvio con la legge delega n. 2260 del 1925, e il progetto preliminare del nuovo codice venne presentato nel 1927⁵⁸. L'approvazione arriverà nel 1930, e nella Relazione di accompagnamento il Guardasigilli, convinto esponente del c.d. indirizzo tecnico-giuridico⁵⁹, spiegherà che "il nuovo Codice Penale ha ritenuto migliore avviso non giurare in modo esclusivo nel verbo di una o di altra scuola scientifica. Esso ha ritenuto opportuno prendere da ciascuna scuola soltanto ciò che in esse vi è di buono e di vero"⁶⁰, in realtà sfruttando l'occasione del compromesso per accentuare la funzione repressiva di entrambe⁶¹. A ben vedere, è proprio in quest'opera di strumentalizza-

⁵⁷ Si veda in proposito il contributo di G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in *Riv. sto. dir. it.*, 2011, 287 ss.

⁵⁸ V. *Progetto di un nuovo Codice penale*, Roma, 1927.

⁵⁹ Caposcuola fu proprio il fratello Arturo, partecipe anch'egli della commissione che si occupò di formulare il nuovo codice (sul punto si rinvia a G. DE FRANCESCO, *Rocco, Arturo*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Treccani.it, 2012; sul tecnicismo giuridico e sul metodo della scienza penale in quel periodo storico si leggano inoltre le interessanti considerazioni di M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche (disCrimen.it)*, 28 marzo 2019; B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 285 ss., ove è contenuta anche una penetrante critica al teleologismo).

⁶⁰ *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli presentata alla Camera nell'udienza del 19 ottobre 1930 anno VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Gazzetta ufficiale.it*, 26 ottobre 1930, 4447.

⁶¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, 780, prendendo spunto dal sistema del c.d. doppio binario spurio adottato dal codice penale fascista, osserva infatti che il legislatore "strumentalizzando il compromesso tra Scuola classica e Scuola positiva, rafforzò la pena con tali misure aggiunte in funzione di conservazione dell'ordine giuridico e di neutralizzazione più che di risocializzazione"; nello stesso senso si veda inoltre G. NEPPI MODONA, *La pena nel ventennio fascista*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Treccani.it, 2012, che parla di "disinvolta composizione pragmatica tra i caratteri delle due scuole", quale premessa "per affiancare alla tradizionale pena retributiva della Scuola classica, [...] le misure di difesa sociale proposte dalla Scuola positiva, ora denominate misure di sicurezza, commisurate alla pericolosità sociale dell'autore del reato e potenzialmente indeterminate nel massimo [...]". Attraverso questo vistoso esempio di strumentalizzazione, anzi di vera e propria disonestà intellettuale, viene innescato l'effetto perverso di raddoppiare il carico sanzionatorio nei confronti dei condannati dichiarati socialmente pericolosi. Le finalità di cura, rieducazione e riabilitazione sociale delle misure di sicurezza, sulle quali Rocco si diffonde molto a lungo (pp. 10-12),

zione che si può cogliere la cifra riassuntiva della riforma penale fascista: la compilazione del 1930, infatti, piuttosto che esprimere contenuti teorici originali della corrente politica che l'ha ispirata⁶², reinterpreta prevalentemente acquisizioni giuridiche in larga parte già sperimentate⁶³, piegandole però alla propria visione autoritaria dei rapporti sociali.

L'ambito dei reati contro la Pubblica amministrazione risulta particolarmente emblematico di questa tendenza. Essi s'inseriscono, infatti, nel medesimo Libro che li aveva ospitati la prima volta, il II, che si apre dedicando nuovamente le sue prime tre sotto-sezioni ai reati contro la sovranità dello Stato e le sue singole funzioni. Il Titolo di riferimento – stavolta il II e non più il III – parla sempre di “delitti contro la Pubblica amministrazione”, e viene ancora una volta distinto da quello concernente i “delitti contro l'amministrazione della giustizia” (Titolo III)⁶⁴. Al suo interno si può poi rintracciare la sotto-distinzione tra “de-

stanno infatti scritte solo nel codice, posto che la misura di sicurezza viene eseguita, dopo aver scontato la pena detentiva, con modalità sostanzialmente analoghe a quelle previste per quest'ultima, a partire dalla totale privazione della libertà”.

⁶² Del resto, il fascismo non fu produttore di contenuti teorici e ideologici autonomi, non essendo neppure “definibile secondo una determinata idea politica, perché non ne ha e si vanta di non averne alcuna, e di non essere una rivoluzione che metta capo a un'idea realizzata e si dia un assetto, ma una rivoluzione che continua all'infinito. Non appena giunse a Roma, esso rinnegò l'intero programma ultrademocratico, che prima aveva divulgato per la stampa, e si fuse col nazionalismo: dichiarando allora il suo capo: – ‘noi eravamo una forza senza un'idea: il nazionalismo ci apporta l'idea’. – E da allora in poi, a volta a volta, inclinò verso tutte le idee e tutte le tendenze” (cfr. B. CROCE, *Il fascismo come pericolo mondiale*, in *New York Times*, 14 ottobre 1943, disponibile anche su *Zanichelli.it*).

⁶³ Sulla carta, infatti, il codice fascista non sembra neppure distanziarsi dal precedente, mutandone l'impianto, articolato in tre Libri, così come gran parte dei principi richiamati nella parte generale. Ciò contribuirà a far parlare di una vera e propria “continuità sostanziale” tra il codice Zanardelli e il codice Rocco (v. AA.VV., *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981), inducendo autorevole dottrina a individuarne i caratteri più marcatamente autoritari nella sola parte speciale (P. NUVOLONE, *La parte generale del codice dopo cinquant'anni*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981, 39). Nondimeno, pur non sopravvalutando l'indole liberale del codice del 1889 e non scambiando per “originali” le componenti autoritarie che si possono scorgere nell'ultimo (è questo l'avvertimento di G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, Bologna, 1981, 67), l'impronta repressiva data dalla riforma fascista è particolarmente marcata, e tale da segnare una sensibile deviazione dai contenuti della compilazione liberale: si pensi all'introduzione della responsabilità oggettiva, alla totale irrilevanza dell'errore sulla legge penale, oppure all'arretramento della soglia di punibilità del tentativo (v. E. DOLCINI, voce *Codice penale* (1988), cit.).

⁶⁴ Della scelta di porsi in continuità con l'impianto previgente non fa mistero neppure la *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 113, infatti, “nello staccare i reati

litti dei pubblici ufficiali” e “delitti dei privati” che invero non compariva nel codice Zanardelli, ma che trae spunto da una tradizione ben consolidata nella scienza penale⁶⁵. Lo stesso dicasi per buona parte delle incriminazioni riportate, consistenti talvolta in vere e proprie trasposizioni delle forme di aggressione previgenti.

A dispetto del quadro politico di fondo, quindi, il legislatore fascista pare adottare in larga misura gli stessi paradigmi della codificazione liberale, contribuendo così a rilanciarne anche le matrici ideologiche. Del resto, la riproposizione della “Pubblica amministrazione” quale referente – per giunta in un contesto sistematico che tratta partitamente i delitti contro la sovranità (*rectius*, la personalità) dello Stato e l’amministrazione giudiziaria – sembrerebbe avallare proprio quei concetti e quelle distinzioni introdotte dalla teoria illuminista⁶⁶.

Se ci si fermasse qui, dunque, si avrebbe l’impressione di trovarsi agli antipodi del proclama mussoliniano “tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”, quale antidoto ad assetti istituzionali “che non erano perfett[i] quando sorsero e che oggi lo sono meno ancora”⁶⁷.

Nondimeno, a un esame più attento l’articolato rivelava un’inedita serie di fattispecie late e indeterminate a tutela di pubblici uffici, dotate di una *vis* espansiva degna del *crimen laesae* di romana memoria. Venivano poi accentuate le componenti autoritarie delle figure criminose ereditate dall’esperienza giuridica ottocentesca: si pensi, ad esempio, all’enfaticizzazione del “prestigio” dei soggetti pubblici nei delitti di oltraggio⁶⁸, che tradiva l’intenzione di assicurare a costoro una posizione

compresi nel Titolo I e III del Libro II dal tronco dei delitti contro la pubblica Amministrazione, il Progetto si è attenuto ad un criterio, che è tradizionale nelle codificazioni degli ultimi secoli”.

⁶⁵ La ritroviamo nel *Programma* di Francesco Carrara, così come nel *Code Napoléon* e nel Codice penale sardo (v. *supra*, Cap. I, par. 1; v. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 125, in cui si dà atto delle risalenti origini storiche di tale partizione, riproposte per esigenze di maggior “ordine razionale” delle disposizioni).

⁶⁶ Lo conferma ancora la *Relazione del Guardasigilli*, cit., 113, quando specifica che “obbedendo a tale atteggiamento tradizionale della legislazione comparata, il Progetto considera tali gruppi di reati come categorie autonome e per sè stanti”, che “hanno per oggetto specifico i beni o interessi politici dello Stato (delitti contro la personalità dello Stato), ovvero i beni o interessi giudiziari o giurisdizionali dello Stato (delitti contro l’amministrazione della Giustizia)”.

⁶⁷ B. MUSSOLINI, *Discorso al terzo anniversario della marcia su Roma*, 28 ottobre 1925.

⁶⁸ In tal senso è particolarmente significativa la formulazione dell’art. 341 Cp., che parla espressamente proprio di “onore e prestigio” del Pubblico ufficiale. Altrettanto rivelatrice, inoltre, è l’estensione della soggettività passiva ai soli incaricati di pubblico servizio che intrattengono un rapporto d’impiego con lo Stato (art. 344 Cp.): secondo il codificatore, infat-