

PARTE I

EVOLUZIONE E FISIONOMIA ATTUALE DEL
CONCETTO PENALISTICO DI PUBBLICO SERVIZIO

SOMMARIO: 1. Tutela penale *del* servizio pubblico e tutela penale *nel* servizio pubblico. – 2. Alle origini dell'emersione della nozione di "pubblico servizio" nel codice penale. – 2.1. La scelta del codice Zanardelli di affidare la gerarchizzazione delle qualifiche agli effetti penali al "criterio del magistrato" e le prime incertezze. – 2.2. "Funzione" e "servizio" nel contesto del concetto "ampio" di pubblica amministrazione accolto nel codice Rocco. – 2.3. Alla ricerca dei contenuti: dai "criteri di massima" di Antolisei. – 2.4. (*Segue*): al "metodo casistico" di Manzini. – 2.5. Il quadro di riferimento: le nuove modalità dell'intervento pubblico nell'economia e lo sviluppo dell'"amministrazione parallela". – 2.6. L'espansione delle qualifiche pubblicistiche, tra accentuazioni soggettivistiche ed enfattizzazioni di stampo "ontologico". Il problema dell'ente pubblico economico. – 2.7. L'erompere del diritto giurisprudenziale: l'attività bancaria come "servizio pubblico oggettivo" e il *revirement* delle Sezioni Unite. – 3. La riforma del 1990 e la rivisitazione delle qualifiche soggettive. – 3.1. L'impostazione funzionale-oggettiva delle qualifiche penalistiche e la perseguita emancipazione dai criteri soggettivistico-formali. – 3.2. Il criterio di delimitazione esterno e le sue intrinseche debolezze. – 3.3. Le perduranti incertezze sui confini della nozione penalistica di "pubblico servizio": concetto "senza qualità" e, al contempo, nuovo crinale tra pubblico e privato. – 3.4. Attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato. – 3.5. Crisi e profonda trasformazione del regime tradizionale dei servizi pubblici alla fine del XX secolo. L'apertura alla concorrenza e al mercato. – 3.6. La difficile gestione del molteplice nel panorama giurisprudenziale, tra "vecchi" e "nuovi" disorientamenti. – 3.6.1. La perniciosa resistenza dei criteri teleologici o ontologici: il perseguimento di interessi pubblici, o la loro immanenza, come "indici sintomatici", e la nullificazione del processo di privatizzazione per le società a partecipazione pubblica. – 3.6.2. La distinzione per "ambiti" e "fasi" e la riemersione di ricostruzioni "olistiche". – 3.6.3. (*Segue*): il criterio della c.d. strumentalità. – 3.6.4. (*Segue*): il criterio dell'inscindibilità della prestazione. Il caso dell'assistenza sanitario-ospedaliera. – 3.6.5. Ulteriori eticizzazioni delle qualifiche soggettive: la moralizzazione del rapporto di impiego. – 3.6.6. Orientamenti soggettivistico-formali. – 4. Esito intermedio.

1. Tutela penale del servizio pubblico e tutela penale nel servizio pubblico

Per tradizione consolidata, una analisi dei rapporti tra servizi pubblici e diritto penale può muovere, anzitutto, da due differenti prospettive: quella che segue la trama di tutela posta a presidio *del* servizio pubblico, del suo svolgimento indisturbato rispetto a condotte di sviamento, interferenze o vere e proprie aggressioni provenienti *dall'esterno*; e quella che, viceversa, segue ed analizza il possibile inquadramento di patologie endemiche e, per così dire, “anaerobe”, che possano contaminare *dall'interno* il corretto espletamento di servizi aventi lo scopo di soddisfare la collettività, esaminando i diversi strumenti di tutela penale *nel* servizio pubblico, diversamente declinati, in linea di principio, a seconda delle differenti “modalità di gestione”, e – sia detto sin d’ora – del paradigma pubblicistico o privatistico a cui le stesse possano essere ricondotte *dal punto di vista del diritto penale*¹.

Nell’attuale sistema – e specie nella prospettiva delle tutele *interne* – è infatti appena il caso di sottolineare come l’intensità dei controlli, e la gravosità delle responsabilità penali, aumenti significativamente di fronte all’insorgenza di attività e/o moduli operativi che il codice penale qualifica “pubblicistici” (sommandosi, ovviamente, alle ordinarie “cautele” pretese nell’esercizio della singola attività²): e questa asimmetria, che tuttora sbilancia i rapporti e la stessa capacità concorrenziale tra pubblico e privato – e che non appare certo appianata dalle recenti riforme dello statuto penale dell’impresa (e, in particolare, del diritto penale societario) – ha sempre condizionato la ricostruzione dell’area coperta dal “servizio pubblico” nella geografia dell’ordinamento penale, anche in ragione dell’assenza di analoghi presidi intesi a contrastare condotte caratterizzate magari da note comuni di disvalore, ma

¹ Questa duplice angolatura, del resto, è quella seguita anche nell’impostazione originaria del codice penale, che affidava le diverse prospettive di tutela alla distinzione tra “Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione” e “Delitti dei privati contro la pubblica amministrazione” (rispettivamente, Capo I e Capo II del Titolo II, Libro II del codice penale), giustificando la partizione con l’affermare – sono le parole della *Relazione Rocco* al *Progetto definitivo di codice penale* – che «l’attività stessa può costituire un mezzo o un motivo del fatto criminoso». Anche questa, peraltro, non era una partizione nuova dei *delicta in officio*, ma ripeteva una scelta già accolta nel primo codice penale per il Regno d’Italia (sul punto, cfr. N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. FLORIAN, Milano, 1935, p. 2, n. 1).

² Solo a titolo di esempio, si veda Cass. 13 febbraio 2008, n. 10857, sulla posizione di garanzia (e sulla “colpa”) del gestore del servizio ferroviario (nella specie, Società Ferrovie Nord Milano Esercizio s.p.a.) per l’inosservanza di cautele relative alla manutenzione di un passaggio a livello.

realizzate da soggetti non depositari di un *munus* o di un *officium* pubblico³.

In ogni caso, quale che sia la prospettiva di inquadramento, il fulcro è costituito dalla ricostruzione della nozione di “servizio pubblico” (art. 358, comma 2, c.p.), perché su di essa sono declinate tanto lo strumentario di tutele penali *del* servizio pubblico (ad es., artt. 336, 337, 340 c.p.), quanto lo strumentario di precipue tutele *nel* servizio pubblico (artt. 314, 316, 317, 320, 323, 325, 326, 328 c.p.; ma anche le fattispecie “qualificate” di falso ai sensi dell’art. 493 c.p., o le circostanze aggravanti comuni previste all’art. 61 n. 9 e n. 11 c.p.)⁴.

Da questa angolatura, è noto come la nozione occupi – nella stipulazione definitoria offerta dal codice penale a chiari fini prescrittivi – uno spazio intercluso tra due ulteriori nozioni, quella di “pubblica funzione” (che l’art. 357, comma 2, c.p. riconosce come attribuzione tipica del “pubblico ufficiale”, rispetto al quale l’“incaricato di pubblico servizio” è figura residuale) e quella di “servizio di pubblica necessità” (art. 359 c.p.); uno spazio solo apparentemente esiguo, perché costantemente sollecitato da una vocazione espansiva, peraltro condivisa con l’altra confinante figura di “agente pubblico” che spesso con la prima viene a confondersi e a sovrapporsi, ad ulteriore conferma di come la distin-

³ Per inciso, se tale perdurante asimmetria – specie nel contesto dei delitti di corruzione, ed almeno fino all’introduzione di una fattispecie di corruzione privata che riesca a colmare le lacune tuttora avvertite al cospetto della fattispecie di cui all’art. 2635 c.c. (sul punto, si rinvia al ricco volume collettaneo AA.VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI-L. FOFFANI, Milano, 2003) e che soddisfi gli obblighi derivanti dal diritto comunitario (in ptc. derivanti dalla Decisione quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato del 22 luglio 2003, 2003/568/GAI) – è avvertita in modo particolarmente allarmato (e sembra esercitare un forte condizionamento) nel contesto italiano, il problema della corretta perimetrazione delle qualifiche soggettive è percepito con crescente attenzione anche dove il dislivello punitivo tra statuto penale pubblicistico e statuto penale privatistico della corruzione nell’attività d’impresa è meno accentuato: ad es., e come si vedrà, una rinnovata attenzione al tema si registra in Germania, dove la questione della sussistenza della qualità pubblicistica determina la configurabilità ora della corruzione “affaristica” (§ 299 StGB), ora dei *Bestechungsdelikten* nell’ambito pubblicistico, di cui ai §§ 331 ss. StGB (cfr., ampiamente, S. NOLTENSMEIER, *Public Private Partnership und Korruption*, Berlin, 2009, 18 ss.: *infra*, Parte III, § 3).

⁴ Lo strumentario si diversifica poi in direzione di maggiori responsabilità, o comunque di maggior “attenzione” penalistica, ove l’esercente un pubblico servizio non sia un semplice soggetto privato ma rivesta, altresì, la qualifica di “pubblico impiegato”: maggiore responsabilità, ad es., in materia di corruzione, ove – ai sensi dell’art. 320 c.p. – l’i.p.s. risponde di corruzione impropria ex art. 318 c.p. solo “qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato”, e la differenziazione è ribadita anche in materia di istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p.; maggior “attenzione”, ad es., in materia di millantato credito ex art. 346 c.p. ovvero in materia di violazione della pubblica custodia di cose ex art. 351 c.p.

zione tra funzione e servizio risulti oggi sempre più obsoleta e, per molti versi, fuorviante.

Peraltro, anche quando il dettato della legge positiva non chiariva i singoli tratti contenutistici delle figure pubblicistiche, limitandosi – lo si vedrà – a prevedere la distinzione tra le diverse categorie, erano nondimeno chiare le esigenze alla stessa sottese: da un lato, la necessità di distinguere fra semplici privati e soggetti a cui fossero demandate pubbliche mansioni; dall'altro l'opportunità di graduare tali mansioni a seconda della loro importanza, nell'ottica sia di attribuire “doveri maggiori” scanditi appunto dall'importanza del *munus* rivestito (e formalizzati in specifiche figure di reato applicabili); sia di riconoscere “maggiore dignità”, e, dunque, maggior tutela anche sul piano penale⁵.

2. Alle origini dell'emersione della nozione di “pubblico servizio” nel codice penale

2.1. La scelta del codice Zanardelli di affidare la gerarchizzazione delle qualifiche agli effetti penali al “criterio del magistrato” e le prime incertezze

La nozione di incaricato di pubblico servizio – già venuta in rilievo in altre esperienze codificatorie⁶ – guadagna centralità, nel contesto dello statuto penale della pubblica amministrazione, solo con la profonda riforma che di questo settore promosse il codice Rocco.

In un contesto culturale dove pure già si discuteva molto dei confini tra funzione e servizio pubblici⁷, infatti, il codice del 1889 aveva scel-

⁵ Cfr., al riguardo, già A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., 568.

⁶ A partire dal codice penale francese del 1810, il cui art. 230 menzionava, tra i soggetti passivi del delitto di violenza pubblica, *il citoyen chargé d'un ministère de service public*, figura poi inserita – con la legge 13 maggio 1963 – anche tra i soggetti passivi dell'oltraggio ai sensi dell'art. 224. L'esempio sarà seguito anche da talune legislazioni preunitarie, tra le quali ad es. il codice penale sardo del 1859, che menzionava la figura tra i soggetti passivi di oltraggio (art. 260) e percosse e violenze (art. 263), e tra i soggetti attivi del reato di violazione di domicilio con abuso di potere (art. 205).

⁷ Per una rassegna delle diverse opinioni dottrinali si veda, L. M. AJNO, *Commento al Codice penale italiano* (sub art. 207), vol. II (terza ristampa della III ed.), Utet, Torino, 1922, 293 ss.; A. ZERBOGLIO, *Dei pubblici ufficiali* (cap. XIX), in A. ZERBOGLIO-E. FLORIAN-A. POZZOLINI-P. VIAZZI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della Giustizia*, Milano, senza data, p. 218 ss., da cui peraltro si ricava – seppur, appunto, in un contesto di “grande incertezza” – come l'opinione prevalente considerasse l'incaricato di pubblico servizio una qualifica da riconoscersi a chi svolgesse compiti o mansioni (prevalentemente) esecutive o attuative.

to di costruire lo strumentario di tutele penali della P.A. attorno alla sola nozione di “pubblica funzione”, disciplinata all’art. 207 (ove appunto si fissava il concetto di pubblico ufficiale “per gli effetti penali”), limitandosi ad un fugace accenno alla tutela del pubblico servizio – peraltro in materia di delitti contro la persona, ove all’art. 396 si prevedeva un’aggravante del delitto di ingiuria «ove il fatto venisse commesso contro una persona legittimamente incaricata di un pubblico servizio», senza tuttavia definire la relativa qualifica⁸ –, ed ignorando del tutto la nozione di servizio di pubblica necessità (preveduta e disciplinata per la prima volta dalla legge sindacale 3 aprile 1926, n. 563, sui rapporti collettivi di lavoro).

Il motivo di una rilevanza tanto modesta era verosimilmente da attribuire alla posizione ancillare nella quale veniva idealmente collocata la relativa figura: una semplice “dipendenza” della pubblica funzione, nell’immaginario dell’allora Guardasigilli Zanardelli, così che – a differenza delle ipotesi in cui fosse arrecata offesa a pubblici ufficiali – nel caso di incaricati di pubblico servizio «non è offesa nella loro persona l’Autorità stessa»⁹.

Quale che ne fosse la ragione autentica, in ogni caso si era sostanzialmente evitato di stabilire «agli effetti penali alcuna gerarchia tra i pubblici ufficiali», affidando «al criterio del magistrato di apprezzare, di caso in caso, nella latitudine legale della pena, la influenza della maggiore o minor dignità del pubblico ufficiale (...)»¹⁰.

⁸ Solo per inciso, una tale collocazione sistematica, che visualizzava la peculiare ipotesi di ingiuria non già come un’offesa alla pubblica Amministrazione, bensì come un’offesa alla persona privata, sarebbe apparsa un autentico anatopismo ad Arturo Rocco, frutto di «una concezione erronea, che, di per sé, denuncia un equivoco legislativo fondamentale sul carattere della gestione dei servizi pubblici e sulla loro tutela» (*Relazione del Guardasigilli*, cit., 114).

⁹ La citazione del passo del Guardasigilli Zanardelli, tratta dai lavori preparatori del codice del 1889, è tratta da C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 349 ss., 355. Una conferma della svalutazione sistematica del pubblico servizio – puntualmente segnalata ancora da C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive*, cit., 356 – era offerta dalla disciplina dell’*exceptio veritatis*, dove l’art. 394 del codice Zanardelli ammetteva il diffamatore a provare la verità dell’addebito nei confronti del solo pubblico ufficiale, in relazione ad un fatto allo stesso attribuito relativo all’esercizio delle sue funzioni; segno evidente che «i compilatori non avevano pensato che anche l’espletamento dei pubblici servizi potesse dare adito a censure giustificate da esigenze di pubblico interesse».

¹⁰ Riferimenti in L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*(sub art. 207), cit., 294, ove si sottolinea come – nella definizione dei pubblici ufficiali – il codice italiano avesse appunto seguito il modello del codice toscano (art. 165), allontanandosi – come accennato – dal sistema del codice penale sardo, «il quale stabiliva una gerarchia in riguardo alla maggiore o minore dignità delle persone, e distingueva (artt. 217 e 229) gli *ufficiali pubblici dell’ordine amministrativo o giudiziario* – gli *agenti impiegati o incaricati di una*

Quanto al contenuto della nozione accolta nell'art. 207, poi, questa era ricompresa tra due criteri (la cui compresenza era necessaria): uno oggettivo («coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite»), ed uno soggettivo, dovendosi trattare di soggetti «a servizio dello Stato, delle province e dei Comuni, o di un Istituto sottoposto per legge alla tutela dello Stato, di una provincia o di un Comune».

Tuttavia, la cerchia così emarginata era ampliata mediante il riferimento (tassativo) ad ulteriori categorie – i notai, gli agenti di pubblica sicurezza e “gli uscieri addetti all’ordine giudiziario” –, nonché a soggetti equiparati ai pubblici ufficiali per gli stessi effetti, e cioè «i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni durante il tempo in cui sono chiamati ad esercitare le loro funzioni»¹¹.

Di fatto, oltre alla controversa distinzione tra *tutela* e *vigilanza*¹², il novero e la tipologia delle aggiunte e delle eccezioni era tale che risultavano offuscati i confini tra le diverse categorie, tanto da sollecitare una scrupolosa attenzione nell’indugiare sulle doverose distinzioni, «perché non avvenga – come talvolta si è visto nella pratica giurisprudenziale – di estendere irrazionalmente la nozione della funzione pubblica»¹³: a volte, infatti, si giungeva a ricomprendervi categorie che, spe-

pubblica amministrazione – e gli agenti o depositari della pubblica forza (artt. 260 e 263). Da tutte queste persone il codice penale sardo distingueva poi (artt. 260 e 263) *le persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio*».

¹¹ Peraltro, ulteriori norme estensive erano previste sporadicamente anche in altre disposizioni del codice Zanardelli e della legislazione penale speciale, ad effetti più o meno limitati (ad es., nell'art. 284 c.p., in relazione alla falsità in atti; nell'art. 293 c.p., in relazione all'aggiotaggio, per i mediatori iscritti e per gli agenti di cambio; nell'art. 20 c.p., in relazione all'interdizione dai pubblici uffici, ecc.).

¹² Sul punto, che identificava una importante differenziazione dell'opzione del codice Zanardelli rispetto alla nozione accolta nel codice penale toscano (dove tutela e vigilanza venivano equiparate), cfr. ancora L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano* (sub art. 207), cit., 297: «Dalla “tutela” bisogna distinguere la semplice vigilanza. Un istituto può dirsi tutelato quando sopra di esso vi sia, come organo dello Stato o della provincia o del Comune, un'Autorità tutoria per legge chiamata ad approvarne o modificarne le deliberazioni; un'autorità tutoria per cui non si possa l'istituto considerare come ente del tutto autonomo nella propria gestione. Tali sono, ad esempio, le Opere pie, per le quali gli artt. 35 e seguenti della legge 17 luglio 1890, n. 6972, sono appunto soggette a tutela. Tali non sono invece le casse di risparmio, poiché nella legge 25 luglio 1888, che le governa, indarno si cercherebbe una disposizione di tutela: e il Governo non ha rispetto ad esse che funzioni di vigilanza. Pubblici ufficiali furono all'incontro giudicati i funzionari degli Istituti di emissione, per essere questi stabilimenti pubblici esercitanti un ramo della pubblica amministrazione: non quelli delle altre Banche, istituti di ragione privata, sopra i quali lo Stato esercita vigilanza, ma non tutela».

¹³ Questo l'ammonimento di L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano* (sub art. 207), cit., 295, che così puntualizzava: «La funzione pubblica non si può altrimenti ravvisare che in mansioni rappresentanti una emanazione dell'Autorità. Atti compiuti a ser-

cie alla luce di ulteriori equiparazioni apportate da leggi speciali, appaiono in posizione quanto meno dubbia (come nel caso degli esattori)¹⁴, altre volte le trascinazioni arrivavano a coinvolgere categorie che a molti sembravano del tutto eccentriche come – solo a titolo di esempio – quella dei medici condotti comunali¹⁵.

vizio di un istituto pubblico, ma non rispondenti ad una particolare attribuzione di caratteristica pertinenza dell'autorità, potranno costituire servizio pubblico, ma non pubblica funzione. Crediamo quindi doversi adottare, per la distinzione del pubblico ufficiale, dalla persona incaricata di un pubblico servizio, il criterio che pubblico ufficiale sia colui al quale è affidato, benché in minima proporzione, un certo potere discrezionale, una determinata facoltà di esame nei singoli casi, per l'esecuzione di una legge o regolamento; incaricato di un pubblico servizio, colui al quale, nell'interesse di una pubblica amministrazione, è commessa una determinata opera affatto materiale, risultante da atti prestabiliti ed invariabili, senza alcuna libertà di direzione o di azione per parte di lui. In questo senso la Cassazione penale ha pronunciato decisioni, le quali si possono considerare fondamentali in materia, appunto statuendo che pubbliche funzioni sono quelle soltanto che pongono chi ne è investito in rapporto col pubblico, e sono esercitate nell'interesse e servizio pubblico – che perciò ufficiali pubblici sono coloro che sono rivestiti di un pubblico ufficio, il quale importi l'esercizio e lo svolgimento di un mandato avente obiettivi svianti e implicante un potere discrezionale di azione, mentre chi esercita un servizio per mandato limitato escludente ogni varietà di oggetto e facoltà di apprezzamenti è semplicemente persona incaricata di pubblico servizio – e che perciò non basta la rappresentanza del Governo a conferire a chi ne è rivestito la qualità di pubblico ufficiale, richiedendosi inoltre a quest'effetto che la rappresentanza si riferisca ad atti di gestione e di impero (...). E così vediamo annoverati fra gli incaricati di un pubblico servizio l'amanuense, il custode, gli inservienti addetti ad una pubblica amministrazione, e simili altri impiegati di un pubblico ufficio destinati al servizio personale dei funzionari o a quello dei locali: gli accalappiacani e gli spazzini municipali».

¹⁴ La confusione era qui frutto – appunto – di una “speciale” (e “parziale”) equiparazione legislativa, perché ai sensi dell'art. 74 della legge 20 aprile 1871 (riprodotto nell'art. 74, T.U. 17 ottobre 1922) l'esattore era considerato pubblico ufficiale quanto all'applicazione delle sanzioni penali per gli abusi da lui commessi nella riscossione delle imposte e negli atti esecutivi. Ora, non essendo tale soggetto pubblico impiegato (né essendo previsto tra i soggetti che l'art. 207, comma 2 equiparava ai pubblici ufficiali), la sua posizione di pubblico ufficiale veniva a trovarsi in una condizione ancipite – «quasi per una sorta di polimorfismo o camaleontismo giuridico», come avrebbe scritto F. BRICOLA, *In tema di concussione dell'esattore*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, a cura di S. Canevari-A. Melchionda, Milano, 1997, 2131 ss., 2143 [già in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 484 ss.] –, risultando pubblico ufficiale o meno quanto agli abusi, a seconda che essi venissero realizzati a danno dei contribuenti (come nel caso emblematico della concussione) ovvero della pubblica amministrazione (come nell'ipotesi del peculato), salva sempre l'eventuale qualificazione come incaricato di pubblico servizio nell'ipotesi in cui fosse risultato soggetto passivo della particolare ipotesi di ingiuria aggravata prevista dall'art. 396. Tali ambiguità avevano quindi sollecitato tesi che – non senza forzature – ritenevano di dover qualificare tale soggetto “agente indiretto”, ovvero “organo improprio della P.A.”, al fine di considerarlo sempre pubblico ufficiale anche agli effetti della legge penale (così E. BATTAGLINI, *La figura giuridica dell'esattore comunale agli effetti della legge penale* in *Giust. pen.*, 1929, II, c. 529 ss., 542 s.; sul punto, si veda ancora F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 2140 ss.).

¹⁵ Cfr. ancora, sul punto, la puntuale critica di L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano (sub art. 207)*, cit., 300; tale categoria, peraltro, in seguito avrebbe avuto sorte analoga nel contesto della qualifica “minore” di incaricato di pubblico servizio [sul pun-

Nonostante l'impegno profuso in dottrina, gli esiti interpretativi, dunque, erano già ondivaghi e discordi: ed è significativo come già allora i commentatori mettessero in luce, la "grande incertezza" nel definire "che cosa sia pubblica funzione e che cosa sia, invece, il semplice pubblico servizio", «incertezza – avvertiva lo ZERBOGLIO – che poi si riscontrerebbe anche maggiore quando riportassi qui le discrepanze, su i singoli casi desunti dalla pratica, coi quali si tratta di stabilire se una determinata persona rivestita di quella carica, impegnata al disbrigo di questo o quell'ufficio, sia o non sia un pubblico ufficiale»¹⁶.

Pur al cospetto di una definizione che mostrava già, dunque, confini labili e cedimenti nella prassi, la nozione di pubblico ufficiale posta a cardine del disegno di tutela del codice Zanardelli, sarebbe apparsa eccessivamente angusta ai codificatori del 1930, risultando «sotto tutti gli aspetti, manchevole, e inadeguata a realizzare una compiuta tutela degli interessi della pubblica Amministrazione». Ciò, in particolare, perché – nonostante le varie «aggiunzioni e assimilazioni, il proposito di raggiungere la necessaria compiutezza nella tutela della pubblica funzione» era rimasto – nell'opinione del Guardasigilli Rocco – «almeno in parte frustrato, come può desumersi dalle incertezze e dalle controversie sorte nella pratica (...)»¹⁷.

Queste, in sintesi, "le più gravi deficienze" messe in evidenza nell'applicazione giurisprudenziale.

Anzitutto, quanto alla funzione amministrativa, veniva giudicato eccessivamente angusto il necessario legame pubblicistico con lo Stato o altro ente pubblico richiesto per la configurabilità della qualifica, e consistente "in un vero vincolo di dipendenza burocratica", ovvero in un "vero e proprio rapporto di servizio"¹⁸.

to, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* (nuova edizione completamente aggiornata), vol. V, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1950, 52].

¹⁶ Così A. ZERBOGLIO, *Dei pubblici ufficiali* (cap. XIX), cit., 235 s., che così concludeva «Il pubblico ufficiale non è abbastanza denunciato dalle "pubbliche funzioni", che noi non sappiamo perfettamente in che cosa consistano, per quanto ce ne possiamo formare un'idea approssimativa. Secondo me dunque gioverebbe rinunciare alla "formula", e adottare, finché studi più intensi alla formula buona e vera non ci portino, il sistema di una indicazione che in taluni casi potrebbe anche essere facilmente dimostrativa. Il pubblico ufficiale dovrebbe, in questa specificazione, essere investito di funzioni che lo manifestassero al medio giudizio pubblico, quale una personalità degna di essere protetta. Si dovrebbe poi subordinare la valutazione della qualità di pubblico ufficiale ai suoi rapporti col pubblico, cosicché fosse più difeso o più vincolato a norma delle esigenze delle sue funzioni in corrispondenza di questi rapporti (...)».

¹⁷ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114.

¹⁸ Cfr. ancora la *Relazione del Guardasigilli*, cit., 114, ove si rileva come «tale limitazione è in contrasto con la realtà delle cose e spiega come il codice penale del 1889, a cau-

Quanto alla funzione legislativa, si riteneva frutto di una “concezione miope” l’aver trascurato deputati e senatori quali possibili soggetti attivi di reati contro la P.A., considerandoli il codice Zanardelli «in modo frammentario e unilaterale, soltanto, cioè, a scopo protettivo e in loro favore»¹⁹.

Ancora con riguardo alla funzione amministrativa, appariva ingiustificato il limite interno dato dal riferimento agli “Istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, di una provincia o di un Comune”, perché tale da emarginare al di fuori della nozione di pubblico ufficiale «tutti coloro, che sono investiti di pubbliche funzioni a servizio di enti sottoposti non a tutela, ma a vigilanza dello Stato, o di altri enti autarchici territoriali»²⁰. Una tale limitazione, infatti, aveva finito per rivelarsi “praticamente improvida”, dando luogo a “stridenti contraddizioni”: in dottrina e giurisprudenza si era negata – ad esempio – la qualifica di pubblici ufficiali agli impiegati della Banca d’Italia, delle Casse di risparmio e di altri enti simili, non sottoposti a tutela dello Stato e viceversa tale qualità venne riconosciuta agli impiegati del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia, a quella tutela sottoposti²¹.

Infine, e più in generale, l’accentuazione del profilo soggettivo della pubblica funzione si assumeva aver prodotto due inconvenienti: da un lato, aveva ingenerato “l’equivoco che la tutela penale non tanto concernesse la pubblica amministrazione, quanto la persona rivestita della pubblica funzione”; dall’altro, aveva fatto sorgere “l’opinione che una vera e propria investitura del pubblico ufficio fosse presupposto essenziale per la tutela della pubblica funzione”; inconvenienti che avevano

sa di tale angusta concezione della categoria dei pubblici ufficiali, abbia dovuto procedere ad una amplificazione del concetto in modo artificioso, per via di assimilazioni e di equiparazioni (...), ponendo, accanto alla categoria dei pubblici ufficiali veri e propri, una categoria, tutt’altro che perspicua e precisa, di pubblici ufficiali assimilati».

¹⁹ *Relazione del Guardasigilli, cit., ibidem.*

²⁰ «La tutela ha per oggetto l’interesse, che costituisce lo scopo dell’ente, onde, oltre la protezione di questo, attua la protezione dello scopo proprio dell’ente, che esercita la tutela stessa, e implica quindi una vera e propria ingerenza protettiva e di controllo. La vigilanza, invece, si limita ad assicurare speciali interessi, che non appartengono all’ente, che esercita la vigilanza, e che potrebbero rimanere danneggiati dall’attività completamente libera degli istituti soggetti alla vigilanza. Nondimeno, anche in tema di semplice vigilanza, non può essere disconosciuto il carattere pubblico degli Istituti su cui essa si esercita» (*Relazione del Guardasigilli, cit., ibidem.*)

²¹ *Relazione del Guardasigilli, cit.,* ove sul punto si chiosava sottolineando come «Può forse rilevarsi che tale incoerenza debba iscriversi, anche prima che al codice penale del 1889, alle leggi particolari regolatrici di tali istituti, che, in relazione ad attività pubbliche analoghe, ora utilizzarono l’istituto della tutela, ora quello della vigilanza. Ma ciò non toglie che la tutela penale, per la restrittiva locuzione del testo legislativo, venne ad essere monca e insufficiente, consentendo evasioni del tutto ingiustificate».

– a loro volta – prodotto “altre deviazioni ed errori, nella determinazione dei soggetti tutelati e dell’oggetto giuridico della tutela penale”.

Ma – per quanto qui maggiormente interessa – la Relazione del Guardasigilli segnalava anche come “incertezze non meno gravi” avesse in - generato la determinazione del concetto di «persona legittimamente incaricata di un pubblico servizio», menzionata – come accennato – solo come peculiare soggetto passivo della ipotesi speciale di ingiuria prevista all’art. 396 del codice del 1889: «essendosi la legge astenuta, per questa categoria di soggetti, a differenza di quanto essa fece per il pubblico ufficiale, dal fornire qualsiasi anche sommaria definizione, gli interpreti finirono per restringere il significato di quella locuzione, in guisa da includervi soltanto gli impiegati delle pubbliche Amministrazioni adibiti a umili mansioni, vale a dire a una forma di attività puramente esecutiva e materiale, escluso ogni elemento di autorità o discrezionalità»²².

2.2. “Funzione” e “servizio” nel contesto del concetto “ampio” di pubblica amministrazione accolto nel codice Rocco

Il fitto *cahier de doléances*, qui sinteticamente ripercorso, getta luce sulla scelta del codice Rocco di intervenire “con mano pesante” anche sulla definizione delle qualifiche pubblicistiche, nell’intento – congeniale all’ideologia statocentrica e statolatrica del regime – di apprestare una tutela molto estesa per gli apparati pubblici, comprovata dalla predisposizione di una fitta trama di fattispecie, da un lato poste a presidio dei più diversi abusi e delle più diverse omissioni e “infedeltà” realizzabili nella gestione della cosa pubblica – fino a tipizzare, oltre ai diversi delitti “nominati”, reati “vaghi” come l’“Interesse privato in atti d’ufficio” (art. 324 c.p., poi abrogato) o come l’autentica clausola *omnibus* dell’«Abuso innominato in atti d’ufficio» (art. 323 c.p., poi a più

²² Così, ancora, la *Relazione del Guardasigilli*, cit., *ibidem*, in un passo molto significativo per la genesi della nuova scelta codificatoria sulla nozione di pubblico servizio. Al riguardo, Rocco sottolineava criticamente, infatti, la limitazione della tutela speciale del pubblico servizio alle sole persone vincolate alla P.A. «con un vero e proprio rapporto di impiego», poiché la giurisprudenza – su queste basi – aveva «tagliato fuori da quella particolare tutela la importantissima categoria dei concessionari dei pubblici servizi, ossia precisamente quel gruppo di casi, nei quali, secondo una dottrina autorevole, dovrebbe anzi esclusivamente e caratteristicamente riconoscersi la tipica figura del pubblico servizio», segnalando altresì che da quella limitazione «scaturirono poi ulteriori ondeggiamenti e deviazioni di concetti: per cui, non potendosi i concessionari dei pubblici servizi ricondurre sotto la tutela dell’art. 396, spesso vennero equiparati ai pubblici ufficiali per gli effetti della tutela penale, identificandosi e amalgamandosi ibridamente concetti e istituti, che faticosamente erano stati sceverati e distinti dalla più recente elaborazione del diritto amministrativo».

riprese riformato) –, e, dall'altro, volte a reprimere ogni possibile offesa arrecabile *ab externo* alla pubblica amministrazione come ai suoi organi.

In questo contesto, si giustifica anzitutto l'adesione ad un concetto di "pubblica amministrazione" inteso "nel senso più ampio", ossia – come espressamente chiariva la Relazione del Guardasigilli – «in guisa da comprendere tutte le ampie categorie dei soggetti di diritto pubblico, che, secondo una tripartizione ormai universalmente accolta, si distinguono in soggetti appartenenti all'ordine legislativo, soggetti appartenenti all'ordine giudiziario, e soggetti appartenenti all'ordine esecutivo». E ciò perché, si sottolineava ancora, «tutti i soggetti di diritto pubblico – a qualsiasi di questi tre ordini appartengano – sono detentori di quell'autorità, che in essi si riverbera dall'ente, nel cui nome agiscono; a tutti aderisce quell'elemento pubblicistico, che contrassegna i fini degli enti, della cui realizzazione essi si fanno organo; e, quindi, rispetto a tutti è concepibile un'offesa, che, attraverso le loro persone, tocca la pubblica Amministrazione, compromettendone il regolare funzionamento»²³.

Peraltro, le radici ideologiche di una simile opzione "grandangolare" erano tanto profonde quanto evidenti, ed affondavano – come è stato rilevato – nella stessa "teoria dello Stato" accolta nel sistema fascista: una tutela concernente non già il solo apparato burocratico, ma l'esercizio delle rispettive funzioni, si conciliava bene con l'assetto istituzionale del quale il codice Rocco voleva essere espressione, assetto nel quale la sovranità veniva assunta in chiave unitaria, e la teoria della separazione dei poteri degradata a semplice criterio di distribuzione delle competenze²⁴.

Su questa matrice, e su rime analoghe, venne ricalcata la nozione di "pubblico ufficiale", dilatandone anzitutto l'ambito applicativo: assu-

²³ *Relazione del Guardasigilli* in Lavori preparatori del Codice penale – vol. V – parte II, p. 119

²⁴ Il rilievo – peraltro non incontrovertito – è di F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, 2387 ss., 2394 s. (e già in *Temi*, 1968, 563 ss.), e sarà sviluppato in particolare da F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 119 ss., incontrando tuttavia anche voci di dissenso (cfr., ad es. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, 10 ss.). Al riguardo, Bricola segnalava già, peraltro, come un tale accentramento di tutela, «mal si accorda, viceversa, con la vigente Costituzione la quale, sulla scia di una diffusione della sovranità, conferisce autonome caratteristiche e autonomi principi alle tre funzioni e al tipo di procedimento prefissato per l'espletamento degli atti connessi alle relative funzioni», rilevando ad esempio come «l'imparzialità della pubblica amministrazione e l'indipendenza del giudice sono (...) principi e valori autonomi attorno ai quali non può che ruotare una tutela penale variamente articolata».

mendo l'esercizio di una "pubblica funzione" quale presupposto *necessario e sufficiente* di una qualifica rispetto alla quale il vincolo di appartenenza allo stato o all'ente pubblico, a dispetto della sua posizione di primazia nel testo della disposizione dell'art. 357 c.p., diventava semplice attributo di un sottoinsieme comunque ricompreso nel perimetro della norma; risultando dunque un vincolo capace solo di fondare – per così dire – una "presunzione di rilevanza pubblicistica" per la specifica categoria dei pubblici impiegati – fatti salvi gli esigui spazi in cui potessero riconoscersi mansioni svolte in regime di diritto privato – ma non un requisito indispensabile in grado di escludere altri soggetti comunque depositari di analoghe funzioni²⁵, come nella precedente opzione²⁶.

²⁵ Restava dunque "essenziale e decisivo" il criterio oggettivo concernente "l'esercizio di una pubblica funzione" (o, simmetricamente, di un pubblico servizio), come rilevava già N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 29, precisando al più che «la formulazione dell'art. 357, come quella corrispondente dell'art. 358, serve tuttavia a precisare che il codice tiene tuttavia distinti gli impiegati pubblici e i semplici privati: né la distinzione è infeconda praticamente. Infatti, per coloro la cui qualità di pubblico ufficiale coincide con quella di pubblico impiegato ed anzi da quella in certo senso deriva (in quanto l'attività di competenza del pubblico impiegato è pubblica funzione), assume importanza decisiva l'assunzione di questa qualità personale la quale è fondata su di un criterio (...) radicalmente dissimile da quello per cui si diviene pubblico ufficiale indipendentemente da tale rapporto». Sottolinea giustamente l'impostazione oggettiva degli artt. 357 e 358 c.p. del 1930 anche A. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità* in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 563 ss., 564 s., rilevando, peraltro, come l'originaria definizione codicistica «mostrava inoltre di incentrarsi sulla natura della mansione esercitata, perché ostentava indifferenza per il fatto che tale funzione o servizio fossero svolti "permanentemente o temporaneamente"; o che lo fossero "gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo". Il che poteva solo confermare l'infondatezza di criteri di qualificazione tipo quello di un'investitura particolare, o dell'appartenenza ad un certo ente o dell'occupare speciali posizioni istituzionalizzate, non in sintonia con una coerente visione oggettivo-funzionale, centrata sulla mansione in sé e per sé presa».

²⁶ Di fatto, alla luce della nuova formulazione si chiarirono diverse posizioni in cui l'assenza di legame soggettivo aveva creato difficoltà di inquadramento, come ad esempio quella dell'esattore (ritenuto legato alla pubblica amministrazione solo da un rapporto negoziale, quale che ne fosse l'esatta natura giuridica), che venne ricondotto alla qualifica di pubblico ufficiale, specie con riferimento alle modalità concernenti il rapporto di esattoria (perché questo «traducendosi integralmente in una attività di riscossione, presenta come dato di fatto, costante, l'esercizio più o meno esplicito di un potere di coazione e di impero»), ed almeno fino al momento della perdita del diritto al rimborso (momento nel quale «l'esazione diventa "un affare che riguarda solo l'esattore", con le relative conseguenze»): in questi termini, F. BRICOLA, *In tema di concussione dell'esattore*, cit., 2144 ss., 2150 ss., aderendo ad una impostazione "per ambiti e fasi" in esito alla quale si concludeva, appunto, nel senso di ritenere «ogni attività di riscossione nei confronti del singolo contribuente (...) caratterizzata da una duplice fase, pubblicistica, l'una, privatistica, l'altra, difficilmente distinguibili prima facie, dato il continuo succedersi di una pluralità di atti di riscossione nel quadro del rapporto di esattoria», cosicché «nella fase privatistica, venuto a cessare ogni interesse pubblico, l'esattore non esercita più una

Della pubblica funzione amministrativa, però, non si offriva alcun criterio definitorio, limitandosi ad una tautologia travisata attraverso un mero “scambio di parole”²⁷: ed anche in questo caso – più che una “fuga del legislatore dalle proprie responsabilità”²⁸ – alla base della volontaria creazione della lacuna vi erano ragioni di carattere eminentemente politico, pur ammantate da giustificazioni “di tecnica legislativa”.

Da un lato, si voleva evitare di imporre troppi vincoli alla magistratura, la quale, secondo le diverse esigenze politiche, poteva essere chiamata ad estendere le categorie dei soggetti rivestiti di pubbliche attribuzioni per proteggere ora l’ordinamento corporativo (disponendo di una disciplina più severa contro il pericolo di scioperi e serrate commessi da soggetti “qualificati”), ora il regime e i suoi vessilliferi.

Dall’altro, e al contempo, si affermava di voler evitare di affrontare problemi di stretta indole dogmatica che “esulano dal compito della legiferazione penale”, risultando competenza di altra scienza – la dottrina giuspubblicistica – che, peraltro, il rigore dell’indirizzo tecnico-giuridico imponeva di rispettare, specie per non frammentare la nozione “unitaria” (appunto, “di diritto pubblico generale”) che si voleva assumere a denominatore comune dei diversi plessi disciplinari.

In questo contesto, peraltro, la dottrina più accorta non si nascondeva che «(...) nel difetto di una disposizione di legge positiva da cui poter attingere direttamente o indirettamente una nozione valevole per tutto il diritto, le definizioni offerte sono, può dirsi, quanti gli autori»; e certo non contribuiva a risolvere il problema assumere a punto di riferimento il criterio teleologico, secondo il quale – come affermava uno degli studiosi allora più dediti a questi temi, NINO LEVI – «sono pubbliche funzioni quelle attività, attraverso le quali si attuano i fini che lo Stato considera come propri»²⁹.

pubblica funzione: il suo potere di coazione, malgrado il persistere della procedura privilegiata, si risolve nel generico potere di ogni creditore di esigere la prestazione, mentre il potere di attestazione fidefaciente si traduce in un generico potere di rilasciare quietanze, proprio di ogni creditore».

²⁷ A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., 557 ss., 562.

²⁸ Cfr., sul punto, G. ORRÙ, *Richterrecht*, cit., 31 ss.

²⁹ Così N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 43 ss., il quale precisava «Quante volte, dunque, anche all’infuori di quelle attività che, tradizionalmente, ad esso sono considerate essenziali, lo Stato manifesta di assumere come propria una certa attività, vi è funzione in senso oggettivo. Il criterio attraverso il quale si accerta questo riconoscimento non può essere attinto a considerazioni, inevitabilmente arbitrarie, di carattere politico sociale, ma positive e di carattere giuridico. Si tratta di vedere come la legislazione vigente considera l’esplicazione di una determinata attività, e qui, benché la nozione di pubblico ufficiale sia svincolata da ogni rapporto di servizio con un Ente, e benché sia stata abbandonata la distinzione del codice abrogato tra Ente tutelato e non, è indubitabi-