

## La pubblica amministrazione come bene giuridico.

1. *La pubblica amministrazione come oggetto di tutela penale. La nozione “ampia” accolta dal legislatore fascista.*

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

Tale categoria dogmatica, che ha ciclicamente vissuto crisi – a volte anche profonde – di identità e di legittimazione, sembra infatti oggi attraversare una nuova ed inarrestabile parabola discendente. Impossibile ripercorre in tale sede le tappe di un lungo e travagliato percorso teorico e pragmatico, tra l’altro mai del tutto compiuto; eppure – evitando concezioni fideistiche che facciano di quel percorso un “cammino sacro”, in cui il bene giuridico assurge a «paradigma supremo ed esclusivo di conoscenza del reato», e lasciandosi invece indirizzare da coordinate di *razionalità punitiva* – si sente con forza l’esigenza, sia pure attraverso poche ed essenziali battute, di ribadire l’imprescindibilità epistemologica, quale tratto unificante degli altri requisiti della struttura del reato e catalizzatore di irrinunciabili principi liberali e garantisti. Se sterile appare infatti la polemica sul valore gerarchico da attribuire ad esso rispetto agli altri elementi delle fattispecie incriminatrici, più utile e deontologica ci sembra l’idea che il bene giuridico si atteggi quale elemento “trasversale”, in grado di ammantarli tutti, a partire da quelli che contribuiscono alla materialità del fatto per finire con quelli che ne certificano e quantificano la colpevolezza. Per conferire ad essi la dignità e la capacità di essere realmente selettivi di ciò che *merita* una risposta sanzionatoria feroce, violenta come nessuna altra eppure (anzi perché, e solo nei limiti in cui sia) *necessaria*. Ne va infatti esaltata la sua (possibile) funzione – che è insieme critica, teleologica e sistematico-classificatoria – di “ago della bilancia” delle politiche criminali e delle prassi applicative, elemento “di peso” che, contro ogni spinta soggettivistica, mantenga il diritto penale nell’orbita liberal-garantista e costituzionalmente conforme del “diritto penale del fatto”. Le trame che congiurano contro tale visione democratica dell’esercizio del potere punitivo sono sempre (e da sempre) presenti, palesi o sotterranee, ma quasi sempre subdole; tanto che talvolta neanche le barriere erette dalla Costituzione repubblicana e dalle altre Carte fondamentali dei diritti umani riescono ad arginare i ritorni di fiamma degli stilemi tipici del diritto penale a base autoriale o della mera disobbedienza, le cui vampate sono per lo più sospinte ed alimentate dai venti delle politiche emergenziali e populiste. Ed anche (e, almeno in parte, in conseguenza di ciò), da una eccessiva fiducia accordata alle scienze criminologiche, che hanno finito con l’annebbiare il *frigidum pacatoque animo* che dovrebbe assistere chi è chiamato a portare avanti le “terribili” istanze della legislazione penale (in ogni caso, sull’utilità di un approccio “integrato” alle scienze penali, si v. *infra*, cap. III). Ma nessuna di esse è più pericolosa, per la sopravvivenza di un simile, indispensabile concetto, della rassegnazione o della noncuranza del giurista.

Ciò doverosamente premesso, occorre chiedersi, innanzitutto, cosa la legislazione penale intenda per pubblica amministrazione, concetto di per sé mobile e “figlio” del proprio tempo, come

del resto lo sono le dinamiche istituzionali e le relazioni tra consociati che ne rappresentano il substrato costituzionale e sociale.

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

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

La questione, che in linea di principio avrebbe ragione di sollevare più di un dubbio sulla compatibilità di una nozione così slabbrata di p.a. rispetto ai valori dello Stato democratico, ha in realtà portata ermeneutica minore di quanta se ne voglia immaginare, almeno se riferita alla possibilità di condizionare l'interpretazione delle singole disposizioni incriminatrici: sicuramente frutto di una studiata scelta del regime fascista, è chiaro che una simile ed omnicomprensiva visione della pubblica amministrazione potrebbe a prima vista considerarsi la spia di un mercato autoritarismo punitivo; ma in realtà, ad un esame più approfondito, essa non risulta davvero in grado di stravolgere il significato ed il limite di "attività amministrativa" in senso stretto, che rimane quella ereditata dalle scienze giuspubblicistiche: semplicemente ad essa aggiunge, con effetti di rilievo sistematico, anche altre attività, che tuttavia nei contenuti rimangono chiaramente "altro", essendo tipiche espressioni delle ulteriori due funzioni riferibili allo Stato, quella giudiziaria e quella legislativa.

Ecco allora che se esistono dei meccanismi normativi in cui si sono annidati ed hanno prosperato i tratti più squisitamente totalitari ed illiberali del regime, questo riguarda solo in parte l'aspetto "quantitativo" con cui è stato inteso il bene giuridico "pubblica amministrazione" nel codice Rocco (sugli aspetti qualitativi, v. *infra*, § seguente): adottarne una nozione ampia, in costanza di altre norme e titoli che specificamente e nominalmente riguardano le altre funzioni dello Stato, ha avuto il significato e l'obiettivo di voler affidare ad essa l'essenziale compito di evitare ogni possibile lacuna, apprestando una tutela penale (di tipo residuale) per tutte quelle attività funzionali riferibili allo Stato (ed agli altri enti pubblici) che non ricevono specifica regolamentazione negli appositi titoli riservati agli altri poteri pubblici, come quelli a protezione della personalità dello Stato, della corretta amministrazione della giustizia, della fede pubblica ecc.. In altre parole, la cifra autoritaria non sta nel voler diluire il concetto di pubblica amministrazione fino a farvi comprendere qualunque attività dello Stato, ma nel tentativo di voler apprestare la massima tutela possibile ai poteri pubblici contro ogni tipo di minaccia che possa essere perpetrata sia dall'esterno che dall'interno della complessiva compagine statale; gettando nel mare dei possibili comportamenti illeciti, a mo' di rete a strascico, una trappola dalle maglie così strette da non permettere che nulla possa sfuggirle dietro di sé. Che è l'esatta negazione di uno dei contrassegni tipici di un ordinamento penale di stampo democratico, ovverosia la sua frammentarietà, la sua capacità di rassegnarsi ai suoi vuoti di tutela e di confidare nella presenza e

nell'efficacia di altri meccanismi di controllo sociale e di punizione o prevenzione dei comportamenti devianti.

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

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

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

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

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

Non è un'equazione semplice: a volte, ad esempio, potrà accadere che la valutazione in termini di disvalore di condotte oggettivamente sovrapponibili possa poi effettivamente dipendere anche dall'appartenenza del pubblico agente ad uno specifico potere statale, che dunque

rappresenta una variabile di cui tener conto. Così come potrà accadere che in concreto, per il tipo di condotta descritta, la realizzazione del fatto tipico sia pressoché perpetrabile da uno solo, o comunque non da tutti i referenti dei tre canonici ordini di potere.

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

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

- laddove invece la diversa appartenenza ad una delle possibili partizioni del potere statale risulti decisiva solo per una maggiore o minore gravità del fatto, che di per sé rimane comunque inalterato nelle sue note strutturali, l’unitaria previsione di tutti i soggetti pubblici in un’unica disposizione incriminatrice potrebbe trovare un semplice meccanismo di adattamento attraverso le possibilità offerte dalla forbice edittale (meno convincente il ricorso al regime delle circostanze, poiché, in realtà, si dovrebbe comunque fare riferimento alle nozioni di pubblica funzione e pubblico servizio, espressamente richiamati dall’art 61, n. 9 e n.10. c.p., e riferibili, ex artt. 357 e 358 c.p., indifferentemente alle tre funzioni tipiche dello Stato di diritto. Soluzione quindi oziosa perché di fatto capace solo di riproporre il problema della distinzione e differenziazione tra funzioni legislative, amministrative e giudiziarie, da doversi qui compiere non in sede di valutazione di gravità del fatto, ma in quella relativa all’applicazione delle circostanze, con tutto ciò che comporta).

Nelle ipotesi nelle quali invece, di fatto, la condotta illecita non potrà che essere riferita ad una sola o comunque a non tutte le funzioni pubbliche, poiché materialmente perpetrabile solo da determinati soggetti qualificati, è chiaro come ci si trovi di fronte ad un profilo meramente interpretativo, senza necessità di intervenire sul tessuto normativo. Qui i confini dei concetti di pubblica amministrazione, così come quelli di pubblica funzione o di pubblico servizio, risulteranno limitati non in base ad una loro ridefinizione (che rimangono generalmente riferibile a tutte le funzioni statuali), ma in base al dato ontologico, per cui l’interprete scoprirà che quel tipo di fattispecie non può che riguardare una specifica funzione dello Stato, escludendone le altre dallo spettro applicativo

Qualche esempio chiarirà meglio: questione interpretativa, e di conseguente individuazione dei limiti di fattispecie è, ad esempio, la possibilità di riferire le condotte *di abuso di profitto e di conflitto di interessi* anche a chi eserciti una funzione legislativa: tale funzione, infatti, se riferita a ciascun esponente politico, si caratterizza proprio per essere, pur all’interno di un circuito democratico, la concretizzazione di un programma elettorale con il conseguente perseguimento di interessi “particolari” di coloro che rappresentano la piattaforma di un determinato esponente o di un determinato partito politico. Circostanza che tenderebbe ad escluderla dall’ambito applicativo, ad esempio, dell’art. 323 c.p.

Ben diversa è la prospettiva (ma non si vuole qui anticipare alcuna soluzione interpretativa) quando si passi ad analizzare le ipotesi corruttive (ed al di fuori dello scambio politico-mafioso ex art. 416-ter o delle ipotesi speciali di corruzione elettorale contenute nella legislazione speciale): se, almeno in parte, la funzione giudiziaria è stata “autonomizzata” attraverso l’introduzione dell’apposita fattispecie di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter c.p. (ci troviamo quindi nella prima delle ipotesi descritte), rimane tuttora aperto il quesito (che è genuinamente ermeneutico) se esse possano riferirsi anche all’attività legislativa, quesito che si affaccia a nuove possibili soluzioni anche a seguito della mutazione della “vecchia” corruzione propria in corruzione per l’esercizio della funzione (sul punto, *funditus*, v. Cap. IV).

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

Da questo punto di vista la concussione (così anche, si vedrà, l’induzione indebita ex art. 319-*quater* c.p.) non incontra nessun limite, né in punto di astratta previsione normativa, né da quello delle sue possibili concretizzazioni fattuali. Non solo infatti non vi è ragione alcuna per non riferire la qualità o i poteri pubblici dei quali il pubblico agente deve abusare a ciascuna delle funzioni statuali; ma non vi è neanche motivo per ritenere aprioristicamente più o meno grave il fatto concussivo a seconda della specifica funzione esercitata dal soggetto agente. La possibilità di incidere sull’altrui sfera giuridica, come strumento di pressione indebita rispetto alla dazione del privato, è, infatti, tratto caratteristico di molte delle attività riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche prese in considerazione, senza necessità di ulteriori distinzioni sulla tipicità del comportamento o sulla sua maggiore o minore gravità, che non siano quelle relative al basilare processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, vale a dire quello del puntuale riscontro di tutti gli elementi di fattispecie, e quindi di condotte riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche, purché consistenti in esercizi abusivi dei poteri o delle qualità inerenti a quelle funzioni ed in grado di esprimere efficacia causale rispetto ai meccanismi distorsivi della volontà del privato ed alla sua conseguente dazione indebita. La onnicomprensiva e “dilatata” nozione di pubblica Amministrazione sembra allora essere in questo caso funzionale rispetto agli scopi di tutela, che attengono alla correttezza delle dinamiche relazionali tra soggetti pubblici e soggetti privati all’interno di una moderna democrazia, a prescindere dalla funzione in concreto esercitata, la quale può risultare potenzialmente in grado di “far saltare” l’equilibrio di quei rapporti sia che si tratti di attività amministrativa in senso stretto, sia che si tratti di attività legislativa o giudiziaria.

2. *L'entrata in vigore della Costituzione e la necessità di adeguamento al nuovo contesto politico-istituzionale. Dalla concezione formale a quella funzionale.*

Chiarito tale aspetto, occorre affrontare un'ulteriore questione relativa al bene giuridico di categoria. Tematica dalle implicazioni esegetiche sicuramente maggiori di quella affrontata in precedenza, e che riguarda prevalentemente la funzione amministrativa in senso stretto (pur potendo, *cum grano salis*, estendersi la riflessione al complesso funzioni pubbliche).

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

Corrispondenti privilegiati della prima nozione sono, di conseguenza, i canoni del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, il cui riferimento normativo è rappresentato dall'art 97 della Carta fondamentale, che li individua quali criteri guida ed obiettivi da perseguire nell'organizzazione dei pubblici uffici; la seconda affiderebbe il suo significato a locuzioni più auliche ed altisonanti, ma dal sospetto contenuto metagiuridico, quali quelle di "prestigio" o "buon nome" della pubblica Amministrazione. Diffuse soprattutto in passato, ma ciclicamente ricorrenti, esse imporrebbero di ricostruire le oggettività giuridiche prese in considerazione dal titolo II in termini di "dovere di probità, fedeltà, obbedienza o correttezza" del (e nei confronti del) pubblico funzionario.

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

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

La posizione del pubblico agente – che innerva la struttura delle ipotesi delittuose – risulta essere la variabile dipendente del concreto assetto che l'apparato burocratico pubblico storicamente assume: tanto più questo tenderà a radicalizzarsi e ad esprimersi attraverso forme autoritarie, tanto più il pubblico ufficiale tenderà ad "elevarsi" rispetto alla massa dei cittadini, ed il suo ruolo assumerà la veste di vero e proprio "custode" della pubblica amministrazione. La differenziazione della sua posizione rispetto a quella del privato è, in tale contesto, bidirezionale: da un lato, infatti,

diventa oggetto di una tutela privilegiata, contro forme di aggressione che vengano perpetrate da chi alla pubblica amministrazione è estraneo; dall'altro, però, diviene il destinatario di una serie di precetti che investono finanche gli aspetti formali del suo appartenere alla pubblica amministrazione, nei quali, cioè, anche al di là di un effettivo danno cagionato al regolare funzionamento della macchina pubblica, quello che rileva è la semplice deviazione da qualsivoglia dovere istituzionale, perché è già in quella deviazione che si sostanzia una lesione (anche solo potenziale) all'immagine della pubblica amministrazione, che non può tollerare neanche "il sospetto" che i propri appartenenti possano essere infedeli o irrispettosi del minimo dettaglio di disciplina.

Al contrario, nelle democrazie liberali, egli è un "servitore" del cittadino, e la pubblica amministrazione da "tempio o luogo sacro" diviene "clinica", ove si curano i diritti e gli interessi degli individui che compongono la collettività. Laddove alla pubblica amministrazione si affida questo ruolo che, anziché trascendere la dimensione privatistica, ad essa si relaziona, nel senso che l'organizzazione pubblica trova nel soddisfacimento degli interessi della collettività dei cittadini la sua stessa ragione di esistenza, lo squilibrio tra soggetti pubblici e privati tende ad appiattirsi, giustificando delle disparità di trattamento solo ove queste risultino motivate dall'esigenza di salvaguardare le effettive funzioni che alla p.a. vengono affidate, e non in base a nominalistici criteri di appartenenza o meno alla sfera pubblica. A loro volta i pubblici ufficiali si renderanno meritevoli di una risposta sanzionatoria "dura" solo a fronte di condotte che effettivamente abbiano pregiudicato la funzionalità della p.a, e non più come conseguenza di mere violazioni "da posizione", le quali, benché talvolta possano generare situazioni "inopportune", non rischiano in ogni caso di compromettere la capacità di soddisfare gli interessi dei cittadini attraverso l'esercizio delle pubbliche funzioni.

La "storia" del nostro codice penale impone di fare i conti proprio con il sovrapporsi di queste due tendenze, visto il collocarsi del suo momento genetico in un periodo di forte autoritarismo statale ed il successivo evolversi dell'ordinamento lungo le direttrici di un impianto costituzionale che per "contrappasso" ha voluto esaltare, pur in una dimensione "sociale", il principio individualista. I modelli comportamentali descritti nelle norme del titolo II, risultano così strettamente legati alle logiche ed alle dinamiche del periodo fascista, all'interno di fattispecie saldamente ancorate a valori come la correttezza e la rettitudine dei pubblici funzionari, piuttosto che la trasparenza e la correttezza delle funzioni concretamente svolte. L'impatto con la Costituzione avrebbe potuto slacciare i legami con quegli antichi ed antiquati valori, ma il lungo silenzio del legislatore repubblicano e l'incapacità/impossibilità di varare un nuovo codice penale hanno costretto a trovare rimedi compatibili con il nuovo quadro valoriale di riferimento, essenzialmente, nell'interpretazione evolutiva. Terapia sintomatica, in grado solo in qualche caso di allineare il contenuto precettivo delle disposizioni incriminatrici ai parametri costituzionali, ma inidonea a correggere la causa della "malattia", che come abbiamo visto, è congenita. Tant'è che neanche le operazioni di larga scala attuate con le riforme succedutesi dal 1990 in poi sono riuscite ad evitare il ciclico riproporsi di quelle letture delle oggettività giuridiche su base soggettivo-istituzionale e la conseguente e deteriore ricostruzione in chiave autoriale dei fatti tipici.

Permane dunque l'esigenza di condividere tutte le preoccupazioni ed i rilievi critici in ordine alla possibilità di identificare il bene pubblica amministrazione con oggettività quali il "buon nome" o il "prestigio" della pubblica amministrazione. Sia chiaro, non tanto in nome di una pretesa inafferrabilità di siffatti concetti, che in realtà rimandano a sfere di significato tutto sommato percepibili, e che anzi evocano con forza quella pretesa di totale corrispondenza tra il dover essere

del pubblico ufficiale – prototipo di agente-modello calcolato secondo rigorosissimi standard normativi – ed i suoi comportamenti concreti, sicché ogni deviazione da quel deontologico modello di condotta risulta, *ex sé*, ed a prescindere da verifiche in concreto, penalmente significativo.

Quanto per ragioni di aderenza ad un principio di offensività ricostruito secondo le direttrici del *Tatstrafrecht* (diritto penale del fatto), i cui corollari obbligano ad contestualizzazione storica ed ideologica dei rapporti tra Stato e cittadini, e che portano a ritenere colpevolmente anacronistica, allo stato attuale dello sviluppo della moderna società costituzionale, un aprioristico atteggiamento di “sacralizzazione” dei compiti pubblici ed un conseguente «distacco tra soggetti pubblici e generalità dei consociati». Ruoli che invece dovrebbero essere impostati, seguendo una prospettiva laica, in termini di regolare funzionamento e di reciproco rispetto. Ragioni che impongono, più in generale, di vigilare su ogni tentativo di “alleggerimento” del compito di individuare i criteri di selezione normativa dei beni giuridici, i quali finiscono altrimenti per ridurre il complessivo disvalore del fatto tipico a meri atteggiamenti antidoverosi, di contrarietà ad un qualsivoglia dato normativo, senza offrire la possibilità di poter ulteriormente verificare se, al di là della formale violazione, lo stesso abbia effettivamente leso o quantomeno posto in pericolo l’interesse sotteso alla norma violata.

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

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

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

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

Un ruolo primario non può che essere affidato, in tale prospettiva, all'art. 97 della Costituzione; non sarà tuttavia un riferimento esclusivo, poiché risulterebbe, come si vedrà a breve, insufficiente. Si potrà e dovrà tenere invece conto di ogni altra disposizione dalla quale sia comunque possibile ricavare informazioni sul (modo di intendere il) concetto di pubblica amministrazione; e di quelle che, ancor più alla radice, attengono alla stessa "visione" costituzionale dei rapporti tra apparato pubblico e privati cittadini.

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

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

Se però intese nella loro comune accezione, ovverosia il buon andamento come efficienza dell'azione amministrativa o come «massima aderenza all'interesse pubblico», e l'imparzialità come dovere dei funzionari di non alterare le condizioni di partenza dei cittadini di fronte ad essa e di mantenere un atteggiamento equidistante rispetto a plurime possibilità di composizioni di interessi, è evidente che si tratta di nozioni inidonee o comunque poco adatte ad aumentare con risultati significativi la cifra di afferrabilità e di determinatezza del bene giuridico "pubblica amministrazione". Anzi, se non affiancati da altri argomenti, sarebbe persino difficile negare, nelle loro generiche potenzialità definitorie, che, ad esempio, il concetto di "buon andamento" non debba ricomprendere anche un necessario dovere di probità dei soggetti pubblici, i quali della rettitudine e dell'onestà non dovrebbero fare mai a meno anche a prescindere da un loro collegamento con i precipui fini istituzionali della p.a di appartenenza.

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

di un discorso olistico – attraverso il complessivo quadro di tipicità offerto dalle singole disposizioni incriminatrici.

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

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

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