

1.2. *I delitti dei pubblici agenti: la problematica individuazione delle qualifiche soggettive*

Nel solco di una tradizione giuridica che si afferma solo con la codificazione unitaria, il sistema penale preferisce definire in astratto, attraverso clausole generali, le figure del p.u. e degli altri soggetti pubblici qualificati, anziché individuare di volta in volta, nelle singole disposizioni incriminatrici, le caratteristiche e le specifiche autoriali: nel codice Zanardelli (e prima ancora, in verità, già il codice Toscano del 1853) erano presenti, infatti, delle disposizioni di rinvio nelle quali venivano delineate le figure dei soggetti pubblici a vario titolo coinvolti dalle disposizioni incriminatrici, clausole non presenti nelle codificazioni previgenti.

Una tecnica normativa senza dubbio versatile, ma non priva di incertezze applicative – comune a tutte le clausole definitorie di portata generale – dovute alla necessità di adattare di volta in volta i concetti e gli istituti generali alle peculiarità delle singole norme di parte speciale. La “tensione” che viene a stabilirsi tra la flessibilità che inevitabilmente deve caratterizzare queste disposizioni, da un lato, ed il principio di sufficiente determinatezza delle fattispecie penali, dall’altro, richiede infatti una raffinata ricerca di equilibrio tra l’efficienza e la funzionalità di tali tecniche di incriminazione “aperte” ed i principi di garanzia del sistema, che non tollerano cadute in termini di compiuta descrizione dei fatti tipici e di prevedibilità dell’esito dei giudizi.

Nella “selva” delle pubbliche funzioni e servizi, ad esempio, è difficile individuare, se non con un certo grado di approssimazione, quale ne siano le caratteristiche comuni ed indefettibili. Difficile affidarsi, per di più, per la ricognizione di tali elementi normativi, alla legislazione amministrativa, che praticamente riesce (o storicamente è riuscita) ad individuare per ogni singola categoria di pubblico dipendente una disciplina articolata e spesso irriducibile ad unità, valida solo per quel tipo di impiego o di funzione. Tenuto conto inoltre che molte delle norme incriminatrici richiedono (o idealmente dovrebbero richiedere) un riferimento a specifiche modalità di condotta di abusivo o infedele esercizio dei pubblici poteri, è chiaro che la tendenza delle clausole generali a svincolarsi da tali tratti distintivi mette a dura prova la capacità di individuare un criterio che già in astratto risulti sufficientemente determinato, in grado cioè di selezionare con chiarezza le specifiche richieste per rivestire la qualifica soggettiva, ma in grado poi di adattarsi sempre al particolare ruolo di volta in volta ed in concreto rivestito, senza correre il rischio di allargare indiscriminatamente l’area della possibile rilevanza penale.

Così con i primi tentativi in tal senso la soluzione fu quella di affidarsi alla granitica (ma spesso fallace) rigidità di un canone di tipo *formale*, che si sostanziava nel rapporto di dipendenza con lo Stato o con altro ente pubblico: tale criterio, definito anche *soggettivo*, (poiché tende ad individuare in tale rapporto di impiego con l’ente pubblico l’unico predicato cui ricollegare la qualifica di pubblico ufficiale), si rivelò però presto insufficiente, se è vero che già il primo codificatore dell’Italia unita, che a quel criterio decise di rifarsi, sentì la necessità di completare la disposizione di riferimento attraverso l’elencazione casistica di alcune categorie di soggetti per i quali non era possibile riportarsi alla regola generale, poiché in relazione ad essi non sussisteva alcun rapporto di impiego con l’ente pubblico.

Consapevole della ingenua e per certi versi deresponsabilizzante idea rifugiarsi dietro un dato indiscutibile ma non perciò risolutivo – qual era appunto la natura dell’ente di appartenenza e l’organica appartenenza ad esso del soggetto agente (dato che peccava per eccesso e per difetto, vista la sicura riconducibilità di determinate attività di privati cittadini a quelle caratterizzanti lo

scopo e l'essenza di una pubblica funzione e, di converso, della assenza delle caratteristiche proprie di quel *munus* pur a fronte di un formale *status* impiegatizio) – il legislatore fascista decise così di emanciparsi dal criterio soggettivo, almeno nelle intenzioni ed anche se solo in parte: pur non rinunciandovi, infatti, pensò di affiancare ad esso un diverso meccanismo definitorio, di tipo *funzionale*, in base al quale lo statuto identificativo delle qualifiche soggettive *de quo* si sarebbe dovuto legare piuttosto al *tipo di attività* svolta dagli agenti pubblici che non al requisito formale del tipo *di rapporto* con la P.A., di per sé solo meramente orientativo.

Dunque, in entrambe le disposizioni di riferimento, quella sul p.u. di cui all'art. 357 c.p. e quella sull'i.p.s. ex art. 358 c.p., dopo avere in ogni caso ricompreso nelle rispettive categorie gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico – che nel primo caso devono esercitare una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria, e nel secondo devono prestare un pubblico servizio – si riconosce la sussistenza di tali qualifiche autoriali anche in capo a coloro che, pur al di fuori di un formale rapporto di impiego con la p.a. ed a qualsiasi titolo e modalità (permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo) svolgono le medesime attività del p.u. o dell'i.p.s.: anche il privato, dunque, può, in virtù della natura dell'attività svolta, essere alternativamente qualificato o come pubblico ufficiale o come incaricato di pubblico servizio, se, di fatto (ed in maniera legittima, ovviamente), eserciterà una pubblica funzione o presterà un pubblico servizio.

La novità in verità è più apparente che reale: per qualche anno ancora, in effetti, il permanere del riferimento al nominale rapporto d'impiego contenuto nelle disposizioni in esame, non permetterà un immediato abbandono della concezione “soggettiva”, anche se la strada per un suo lento congedo sembra oramai intrapresa. Nondimeno l'affermarsi della opposta concezione “oggettiva” che, affrancandosi dal dato *formale* dell'appartenenza alla struttura pubblica, cercherà univoche soluzioni attraverso il criterio *sostanziale* della natura dell'attività effettivamente svolta, non riuscirà a soddisfare le pretese esigenze di certezza giuridica e di razionalità sistematica. E ciò è riprova di quanto prima si affermava: i rischi già di per sé insiti nell'utilizzo di clausole generali si “esponenzializzano” quando tale tecnica di rinvio venga “mal gestita”, e si pretenda di spacciare per versatilità quella che a tutti gli effetti è solo imprecisione. Buona fetta di responsabilità di quel caos interpretativo che ha contrassegnato decenni di storia delle disposizioni in esame, caratterizzate da un'altalenante ed a volte del tutto arbitraria prassi applicativa, è dovuta infatti all'evidente difetto di formulazione delle disposizioni codicistiche, le quali – pur ancorando in definitiva la qualifica soggettiva alla *natura* dell'attività svolta – non si preoccupano poi di definirne i *contenuti identificativi*: affermare che è incaricato di pubblico servizio chi presta un pubblico servizio, in effetti, rilascia all'interprete nient'altro che il gusto insapore di una tautologia.

Non solo: perché tra interpretazioni oscillanti – dai risultati a volte anche paradossali – ed una normativa vaga che ne è causa, ad aumentare la quota di incertezza e di instabilità applicativa ci si mette anche il fattore “evolutivo”, catalizzato dai profondi mutamenti che l'organizzazione dello Stato e delle sue partizioni subisce in parallelo con il progresso della società: difficile “mantenere la barra”, ad esempio, in quel vortice giuridico-istituzionale generato dalle opposte correnti della *pubblicizzazione* e della *privatizzazione* che segnerà soprattutto gli ultimi decenni del XX secolo, tra contropinte che da un lato tendono verso la c.d. *deregulation*, un sistema, cioè, che favorisce l'iniziativa privata e spinge la stessa p.a. ad un utilizzo sempre più massiccio degli strumenti propri di quel settore dell'ordinamento giuridico; ma dall'altro invocano un rinnovato interventismo

statuale, con un «massiccio intervento dello Stato nei settori dell'economia» e conseguente pubblicizzazione di molti settori della vita sociale.

Dunque, anche la normativa extra-penale, specialmente quella riguardante la disciplina dei più disparati enti attraverso cui lo Stato esercita le proprie funzioni, che pur avrebbe potuto fungere da supporto nel recupero di precisione delle norme incriminatrici, si presenta disomogenea e di difficile ricognizione, ulteriore volano di incertezza ed instabilità delle petizioni giuridiche. Si registra anzi un evolversi discontinuo degli enti pubblici e dei loro statuti, sempre più difficilmente inquadrabili in un rigido schema di separazione tra “pubblico” e “privato”, il che rende pressoché imprevedibile, nella miriade di organismi statali e para-statali dall'indistinta fisionomia, l'esito di uno sforzo interpretativo che è duplice, perché teso, a monte (verso l'esterno, verso ciò che penale non è), a qualificare una determinata attività come pubblica o privata, ed a valle (nelle dinamiche interne al sistema delle incriminazioni nella p.a.), a stabilire se rientrante tra le pubbliche funzioni o tra i pubblici servizi; si aggiunga, a completare l'inafferrabile stato della normativa, la presenza di numerose disposizioni speciali, antecedenti al codice penale, ma mai ritenute implicitamente abrogate dagli artt. 357 e 358 (e 359) dalla giurisprudenza prevalente, e che qualificavano come pubblici ufficiali intere categorie di persone (ad es. gli addetti alle ferrovie dello Stato).

Eppure – e ne danno conferma i resoconti parlamentari delle (non poche) proposte di riforma in tema di delitti contro la p.a. presentate nel corso della IX e X legislatura – non si era mai presa neanche in considerazione l'idea di apportare modifiche in materia di qualifiche soggettive, sul presupposto, forse comprensibile ma nondimeno censurabile, che di fronte all'oggettiva difficoltà di elaborazione di norme definitorie di carattere generale, sarebbe stato meglio mantenere invariata una realtà normativa che aveva oramai già saggiato il banco di prova di numerose evoluzioni giurisprudenziali, e che qualche risultato minimo avevano pur prodotto, in termini di stabilità dei modelli ricostruttivi delle nozioni di p.u. e di i.p.s. .

Fu proprio l'improvvisazione invece, che spinse il «comitato ristretto» della Commissione giustizia alla Camera, a fare propria una proposta di riforma presentata qualche anno prima da una parte della dottrina, convenuta per un convegno di studi in materia

La mancanza di un serio ed approfondito dibattito sul tema e la genesi “fortunosa” ed occasionale di una riscrittura di quelle norme che avrebbe invece richiesto maggiore attenzione da parte del legislatore, spiegano la fredda accoglienza da parte del Guardasigilli, che pure aveva fervidamente portato avanti il complessivo ed ambizioso progetto di riforma dei reati contro la p.a.. Nonostante ciò, la modifica venne approvata, ed attraverso gli artt. 17 e 18 della legge del 1990, vennero modificati gli artt. 587 e 588 c.p. che (a seguito di una ulteriore “correzione” apportata nel 1992 con la l. 7 febbraio, n. 181) attualmente, dispongono:

art. 357 c.p.

«Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della

volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi».

art 358 c.p.

«Agli effetti della legge penale, sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale».

Esaminando tali nuove formulazioni, un primissimo rilievo, difficilmente contestabile, riguarda la definitiva consacrazione della teoria funzionale-oggettiva: non solo, infatti, è stato eliminato ogni equivoco riferimento ai rapporti di impiego o di dipendenza con le amministrazioni pubbliche, ma si è resa manifesta tale opzione attraverso l'inciso «*a qualunque titolo*» presente nell'art 358 c.p.; tale scelta dà atto di tutte le opinioni, da tempo oramai diffuse in dottrina, per cui diverse soluzioni, non avrebbero posto fine alle oscillazioni giurisprudenziali in materia, né avrebbero dato conto del mutato (e costantemente mutevole) quadro di riferimento normativo di natura extra-penale, che, come si è visto, non consente più dalla semplice natura dell'ente, pubblico o privato, di ricavare informazioni utili ai fini della qualificazione dell'attività svolta.

Occorre tuttavia una certa prudenza: con tale affermazione non si vuole sancire la completa estraneità al tema della natura dell'ente e del rapporto organico con il soggetto cui viene riferita l'attività, anche perché non mancano ipotesi in cui una medesima attività sarà sottoposta al regime di disciplina pubblicistica o privatistica, a seconda che essa venga posta in essere da un soggetto pubblico (inteso quale soggetto strutturato nell'ente pubblico) o da un soggetto privato. L'organica appartenenza all'ente pubblico, cioè, continua, in determinati casi, ad essere uno dei criteri determinanti per poter inquadrare la natura dell'attività svolta, e di conseguenza la possibilità di qualificare il soggetto quale possibile destinatario di precetti penali con specifiche autoriali proprie. Ciò che si vuole sottolineare ed elevare a criterio generale è che occorre verificare, in ogni caso ed *in concreto*, se l'attività svolta dall'agente, oggettivamente considerata, presenti o meno i tratti caratteristici della pubblica funzione. La stessa Corte Suprema ha affermato che la verifica dell'esercizio della funzione pubblica deve effettuarsi prendendo in considerazione non già la natura dell'attività dell'ente pubblico *nel suo complesso*, ma avendo riguardo *ai suoi singoli momenti* ed alla normativa che regola ciascuno di essi. Ciò significa non solo che il riferimento soggettivo all'ente pubblico può lasciare impregiudicata la natura pubblicistica o privatistica dell'attività svolta, ma che all'interno della stessa attività di carattere pubblico, e con riferimento ad una stessa categoria di soggetti, potrà applicarsi o meno lo statuto penale dei pubblici agenti a seconda delle mansioni effettivamente svolte.

Il consolidamento della concezione oggettivo-funzionale, che rifugge da pericolosi meccanismi di tipizzazione automatica (con l'opposto rischio di penalizzare troppo o troppo poco) è sicuramente da salutare con favore sebbene la modifica offra all'interprete, in realtà, molto meno di quanto sembri promettere, limitandosi, in buona sostanza, a recepire a livello normativo una evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie che si era da ultimo imposta come dominante. Non a caso l'atteggiamento che fu possibile registrare negli scritti dell'epoca fu abbastanza "neutro", con i vari

autori sicuramente concordi nel rilevare (ed apprezzare) la scelta, ma allo stesso tempo franchi nell'ammettere il carattere non risolutivo della modifica legislativa.

Rimandando alla trattazione delle singole figure soggettive per gli ulteriori rilievi sulla portata e sul significato dell'innovazione legislativa, una prima conclusione, per quanto apparentemente provocatoria, potrebbe essere la seguente: la modifica non ha, quantomeno, peggiorato la situazione preesistente, e questo, se contestualizzato all'interno di una riforma che ha accolto ben pochi estimatori, può già considerarsi un buon risultato.

Del resto l'impatto della modifica con la prassi ha dimostrato una scarsa capacità delle nuove formulazioni degli artt. 357 e 358 c.p. di modificare gli orientamenti della giurisprudenza, che attraverso un atteggiamento prevalentemente "conservatore" ha interpretato quelle norme in una prospettiva di sostanziale continuità e non di rottura con il passato.

Il che apre un ulteriore fronte di dibattito (sul quale *amplius* nei §§ successivi): quei filoni giurisprudenziali, che non pagano dazio al cospetto della novella in tema di qualifiche pubblicistiche, si erano spesso contrassegnati per una applicazione in chiave estensiva delle categorie di p.u. e di i.p.s.: prova ne sia l'abitudine interpretativa di voler qualificare come funzione pubblica anche la semplice attività preparatoria rispetto alla attività amministrativa vera e propria; o la tendenza a ricercare ancora indici sintomatici (come l'interesse pubblico perseguito dall'ente) per qualificare come pubblico servizio ogni attività strumentale rispetto al perseguimento di quel fine. La motivazione, non certo sempre apprezzabile, è probabilmente legata da un lato alla preoccupata (e preoccupante) volontà di mantenere un controllo penale "forte" in un settore sempre più in preda ad una allarmante e diffusa criminalità politico-amministrativa, evitando di lasciarsi sfuggire, nelle maglie delle questioni intertemporali, soggetti pubblici oramai coinvolti dalla crociata giustizialista intrapresa dalla magistratura. Dall'altro alle difficoltà di adeguarsi alle trasformazioni di una p.a. sempre più soggetta a trasformazioni e commistioni di modelli di organizzazione e disciplina, e sempre più incline ad attività svolta secondo parametri normativi di chiara matrice privatistica.

1.3. *Il pubblico ufficiale (art. 357 c.p.): la pubblica funzione legislativa, giudiziaria amministrativa. I limiti "esterni" della pubblica funzione amministrativa.*

Passando ora alle singole qualifiche soggettive, nella sua attuale versione l'art. 357 c.p. attribuisce la qualità di pubblico ufficiale a coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa, escludendo, contrariamente a quanto avveniva in passato, ogni riferimento al tipo di rapporto intercorrente con lo Stato o con altro ente pubblico (impiego, retribuzione gratuita, volontarietà ecc.). Il secondo comma della norma si sforza poi di colmare il vuoto contenutistico della originaria formulazione introducendo alcuni indici e criteri attraverso i quali è (dovrebbe essere) possibile individuare sia un limite *esterno*, in grado cioè di separare la pubblica funzione amministrativa dalle altre attività prive di tale rilevanza pubblicistica; sia un limite *interno*, che permetta di tracciare una linea di confine con l'ambito del servizio pubblico. Rispetto alla funzione legislativa ed a quella giurisdizionale non si è ritenuto invece di doverne precisare i connotati, data le scarse difficoltà di solito incontrate per individuare i soggetti che tali funzioni esercitano.

Con riferimento alla funzione legislativa, in effetti, non si pongono particolari problemi definitivi, essendo pacificamente individuata come l'attività diretta alla produzione di quel provvedimento normativo che si chiama "legge". Nel nostro ordinamento sono investiti di funzione legislativa i parlamentari (senatori e deputati, artt. 70 e 117 Cost.) ed i consiglieri regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano (art. 117 Cost.); in particolari casi anche i membri del Governo (artt. 76, 77, e 78 Cost.), cui vanno aggiunti anche i membri della Commissione e del Parlamento europeo (art. 117 Cost; art. 322-*bis* c.p.); la tematica si intreccia, tra l'altro, con quella del principio dell'irresponsabilità per i voti e le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni (art. 68 co 1 Cost.), del principio della parzialità nella rappresentanza degli interessi politici e della prerogativa di decidere il proprio trattamento economico, circostanze tutte che renderanno scarsamente adattabile lo statuto penale della p.a. ai membri del parlamento, ma che non esclude del tutto la loro responsabilità, in particolar modo rispetto alla configurabilità dei delitti di corruzione, soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge sul finanziamento ai partiti.

Altrettanto semplice risulta la ricognizione della funzione giudiziaria, compito reso ancor più agevole a seguito delle modifiche avutesi con la legge 181 del '92 (vedi *supra*, in nota 1): la stessa ricomprenderà dunque sia la funzione giurisdizionale propriamente detta, sia quella requirente, sia quella amministrativa a queste ultime collegate; saranno p.u. i magistrati appartenenti all'ordinamento giudiziario ma anche i privati che partecipano temporaneamente alla funzione in parola, come i giurati della Corte d'Assise ed i giudici onorari.

La più sfuggente delle definizioni è certamente quella relativa alla funzione amministrativa, nonostante, come si diceva, il legislatore abbia cercato di "imbrigliarla" tra limiti esterni e limiti interni.

Per la delimitazione *esterna* il testo si affida – in ossequio ad una sorta di "riserva di legge" della funzione pubblica – ad un criterio formale (di disciplina e non contenutistico, quindi), che riguarda infatti le fonti che ne regolano l'attività: più precisamente la norma fa riferimento alla necessità che l'attività attraverso cui si esprime la funzione sia disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi.

Le espressioni utilizzate non sono sicuramente tra le più felici, sia con riguardo al sottocriterio delle *norme di diritto pubblico* sia a quello degli *atti autoritativi*; cominciando da questi ultimi, ad esempio, venne subito e da più parti rilevato (anche da un oramai disilluso Vassalli) come la formulazione adottata fosse impropria, posto che un atto autoritativo, in quanto tale, non disciplina una attività, ma ne rappresenta semmai un "frammento", e più precisamente il momento in cui la stessa si forma e viene esternata; e che il carattere autoritario dell'atto non si riflette necessariamente all'intera attività occorsa per porlo in essere, conferendone automaticamente la medesima qualificazione. Sotto altro profilo, ne venne segnalata anche l'ultroneità, poiché gli atti autoritativi rientrerebbero in una tipologia tassativa di provvedimenti, come tale rigorosamente regolamentati dalla disciplina pubblicistica. Critiche non del tutto calzanti, almeno sotto il primo profilo, poiché non è difficile invece immaginare attività che abbiano a monte, e quindi come fonte di disciplina, un atto di natura amministrativa: si pensi ad esempio alle attività svolte in regime di concessione, dove all'emanazione dell'atto che trasferisce le pubbliche potestà in capo al privato, si accompagna, eventualmente, anche un potere di controllo (dunque di disciplina) sull'attività del concessionario; l'"equivoco" potrebbe risolversi considerando che la prima parte della disposizione,

quella che detta un limite *esterno*, proprio perché non indirizzata a fornire indici *di contenuto*, ma *di disciplina* dell'attività amministrativa, attiene al problema delle fonti e non ai modi di estrinsecazione della stessa (che potrà certamente avvenire anche attraverso l'emanazione di atti autoritativi), che sono invece previsti nella seconda parte della disposizione come limiti *interni*. Per semplificare: un atto autoritativo potrà rappresentare la fonte di disciplina di una funzione amministrativa, la quale potrà poi concretizzarsi nell'emanazione di ulteriori e diversi atti, anche essi autoritativi, ed in tal caso l'attività andrà qualificata come pubblica funzione e non come semplice pubblico servizio.

Rimane ovviamente del tutto impregiudicata la questione relativa al carattere autoritativo dell'atto che fungerebbe da fonte (o, nel caso di limite interno, da indice sintomatico della pubblica funzione) dell'attività amministrativa. Per questo come per altri nodi interpretativi, occorre tuttavia affrontare una questione preliminare, che si proietta sullo sfondo dell'antico e ricorrente tema dei rapporti tra il diritto penale e gli altri settori dell'ordinamento giuridico (ed ove è forte il rischio di trincerarsi dietro radicalismi culturali, con la duplice ed opposta tentazione o di ridurre il sistema penale a mero ammennicolo sanzionatorio di altre discipline sostanziali; o, all'altro estremo, di esaltarne autonomie di giudizio a dispetto della organica coerenza del sistema giuridico complessivamente inteso). Tema già altrove affrontato () ed al quale pertanto si rimanda. La questione specifica è tuttavia stimolata dall'inciso, presente nella formulazione dell'art. 357 c.p. (e, per rimando, nell'art. 358 c.p.), “agli effetti della legge penale”, limite cui dovrebbero attenersi le definizioni della pubblica funzione e del pubblico servizio. Ebbene, sarebbe sicuramente un pericoloso malinteso il voler intendere tale clausola come un tentativo di emancipazione ed “autarchizzazione” dei criteri di individuazione delle qualifiche soggettive ricercate (che sarebbero quindi svincolate dai possibili contributi offerti dalle discipline specifiche di settore, quelle del diritto pubblico e del diritto amministrativo); per salvaguardare l'unitarietà e coerenza ordinamentale (secondo il noto schema del dubbio metodologico) bisogna invece ri(con)durne il significato al mero valore “sistematico”, per cui le definizioni proposte devono avere validità con riferimento all'intero sistema penale (da leggersi dunque come “agli effetti dell'*intera* della legge penale, e non agli effetti della *sola* legge penale). Ciò comporta due ordini di conseguenze: la prima è che le definizioni contenute negli articoli in esame non varranno solo per le disposizioni presenti nel titolo del codice dedicato ai delitti contro la p.a., ma per tutte quelle norme penali, ovunque presenti nell'ordinamento che, a qualsiasi titolo, richiamino le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio; la seconda, ancor più pregnante, riguarda il preciso vincolo per il giudice penale, il quale non potrà e non dovrà ricorrere ad alcuna altra fonte definitoria, nel rintracciare tali nozioni, che non siano quelle ricavabili dagli artt. 357 e 358 c.p. Chiarito tale aspetto, risulta evidente che le norme in questione non possono che coordinarsi con le altre norme di diritto pubblico che, quali necessari parametri valutativi e di “conoscenza mediata”, risultano essenziali per ricavare il contenuto degli elementi normativi di tali norme definitorie. L'*autoritarietà* dell'atto, di conseguenza, non può essere autonomamente individuata dal magistero penale, ma deve invece ricavarsi dalle norme (*scilicet*, dal sistema) di diritto pubblico ed amministrativo che tale aspetto disciplinano.

Elaborati in quegli ambienti della dogmatica e della prassi giuridica, allora, sono noti e fruibili anche nel settore penale alcuni parametri utili per verificare la presenza di quel carattere, che sarebbe riscontrabile in due tipologie di atti: quelli cd. *di imperio* e quelli *caratterizzati da un certa*

autoritariet . Con i primi si suole riferirsi a quegli atti di volont  unilaterale, espressione di pubbliche potest , attraverso i quali il pubblico potere che agisce si trova in posizione preminente ed   in grado di costituire, modificare, estinguere l'altrui sfera giuridica soggettiva a prescindere dalla volont  del destinatario dell'atto (contrapposti, in questo senso, agli *atti paritetici*, con i quali la p.a. agisce sullo stesso piano del privato); i secondi sono atti, che, in virt  di specifiche disposizioni di legge, si caratterizzano per una certa intensit  della loro efficacia, come ad esempio le *certificazioni*, la cui *autoritariet * consiste nel creare certezze legali "privilegiate". Il tema si intreccia con quello dei limiti interni (ove ritornano i medesimi concetti, stavolta in chiave contenutistica), che verr  di qui a poco approfondito.

Va intanto evidenziato che tanto le tesi che riconoscono carattere cumulativo ai due parametri esterni, quanto quelle che ne ammettono la possibile alternativit , finiscono in ogni caso per riconoscere come requisito indefettibile la presenza di una disciplina dettata da norme di diritto pubblico (vedi *supra*, *sub* nota n. 4). Dunque, a prescindere dalla specifica questione relativa alla relazione tra le due fonti di disciplina, diventa prioritaria l'individuazione dei criteri in base ai quali una determinata norma possa ritenersi di "diritto pubblico".

Ed   qui che la disposizione in esame, nella sua pretesa di fungere da norma di interpretazione autentica, tradisce tutta la sua vacuit , lasciando l'interprete pressoch  disarmato innanzi alla titanica (e, forse, disperata) impresa di provare a dare risposta ad uno dei quesiti pi  complessi, non della materia penale, ma dell'intera teoria generale del diritto: la *vexata quaestio* della natura pubblica o privata delle norme giuridiche, al cui perenne confronto tra giuristi e filosofi del diritto la disposizione *de quo* non fornisce alcun reale contributo, non aggiungendo ulteriori elementi lessicali (e dunque concettuali) che possano aggiungersi ai tradizionali "arnesi" dell'*ars interpretandi*.

In estrema sintesi (l'unica che   possibile provare ad abbozzare in tale sede, per non "perdere la bussola" tra le vaste ed agitate acque che cingono l'argomento), le posizioni teoriche che hanno provato a fornire un criterio discrezionale tra i due ambiti normativi possono essere raggruppate in due principali filoni: quelle a base sostanziale-contenutistica che cercano di individuare attraverso parametri di natura ontologica o teleologica la natura pubblica o privata delle norme (criteri, dunque, di *essenza*); e quelle sviluppate in chiave oggettivo-formale, che si rimettono invece ai differenti modi di produzione o al differente modi di atteggiarsi rispetto ai destinatari delle norme che regolano l'attivit  pubblica a dispetto di quella privata (criteri di *disciplina*).

Tra le prime, la pi  accreditata   quella che fa leva sul tipo di interesse tutelato, per cui la dicotomia norme di diritto pubblico/norme di diritto privato si snoderebbe parallelamente a quella tra rilievo pubblico/privato del bene ad esse sotteso. In base a tale criterio la natura del valore protetto rappresenta il *prius* rispetto a tutta una serie di conseguenze giuridiche, come ad esempio il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato (con il primo in posizione di supremazia rispetto al secondo), il regime derogabile o meno della disposizione ed il meccanismo sanzionatorio previsto (d'ufficio nel primo caso, su iniziativa di parte, nel secondo). Si noti come per le proposte definitorie appartenenti al secondo gruppo, invece, tale rapporto   invertito:   da tali parametri esteriori, infatti, che   possibile risalire al carattere pubblico della norma, ed al conseguente valore generalizzato dell'interesse ad essa sotteso.

Ora, all'indubbio sforzo che tale teoria cerca di dispiegare sul piano dei *valori* dell'ordinamento giuridico (alla ricerca di soluzioni *sostanzialmente eque*, e contro possibili irrigidimenti di un cieco *formalismo*), si contrappone tuttavia, un duplice ordine di obiezioni: innanzitutto la difficoltà – che a volte si fa vera e propria ritrosia negli ambienti della giuspenalistica – ad affidarsi a criteri di natura sostanziale in chiave classificatoria di dati normativi ed istituti *de lege lata* (viceversa propagandati in una prospettiva *del lege ferenda*, ovvero come criteri di indirizzo – costituzionalmente “referenziati” – delle politiche legislative, in ispecie quelle criminali). Molto sentito, infatti, è il rischio di valutazioni imprecise, arbitrarie, mutevoli nel tempo o dettate da atteggiamenti di precomprensione sul tipo di interesse tutelato. In secondo luogo, ed a valle della prima obiezione, il pericolo di classificazioni non affidabili si fa ancora più insidioso nel momento in cui il preteso *discrimen* basato sull'interesse avuto di mira dalla norma deve fare i conti con una realtà normativa che diluisce sempre più i modi e le occasioni dell'*agere* pubblico con modelli tipici del settore privato, in una miscela difficilmente separabile tra l'interesse generale della collettività (che, a volerla tutta dire, è sempre presente quando agisce una pubblica amministrazione) e l'interesse *particolare* tipico dell'iniziativa privata (v., in proposito, quanto già detto in precedenza...).

Più affidabili le tesi che ricercano in parametri esterni e formali (e perciò di natura oggettiva) gli agganci cui ancorare la distinzione in parola, sebbene la molteplicità di ricostruzioni che si sono sviluppate in tal senso è già di per sé sintomatica di come neanche tale approccio sia risultato del tutto appagante, e men che mai risolutivo.

Uno degli orientamenti più risalenti, ad esempio, distingueva la norma pubblica da quella privata in considerazione del fatto che la prima e non la seconda, si presenta come norma “a soggetto vincolato” e non indifferenziato o libero, nel senso che le norme di diritto pubblico attribuiscono il potere di compiere determinati atti solo a soggetti specificamente determinati.

Una tesi che ebbe particolare fortuna quando, in sede di riforma, si decise mettere mano anche agli artt. 357 e ss. c.p., individuava il *discrimen* tra le due tipologie normative nel differente modo con il quale veniva attivato il procedimento sanzionatorio, per cui all'ambito delle norme di diritto pubblico andavano riportate solo quelle che prevedevano meccanismi coattivi messi in moto esclusivamente d'ufficio, ad opera di un organo dello Stato. L'idea secondo cui sarebbe il meccanismo di “reazione” contro le inosservanze a fare da spia del carattere pubblico o meno della normativa di riferimento era infatti contemplata nella celebre proposta da cui germinò la riforma degli artt. in commento; e che fosse proprio questa la *voluntas legislatoris* è in qualche misura confermato da un emendamento, presentato dalla Commissione giustizia presso la Camera dei deputati il 23 gennaio 1990, che avrebbe aggiunto alla disposizione de qua, in punto di definizione delle norme di diritto pubblico, l'indicazione per cui tali andavano considerate quelle «per la cui inosservanza siano stabilite sanzioni diverse da quelle comminate dal diritto privato comune». In realtà il voler ricavare il carattere della norma dal tipo di meccanismo sanzionatorio da essa previsto è una tesi non manca di suscitare calzanti obiezioni, poiché (a parte la circostanza per cui si dovrebbe sostenere, ad esempio – e per assurdo – che le fattispecie penali perseguibili a querela di parte rientrano nel diritto privato, o viceversa che procedimenti attivabili di ufficio tipici della responsabilità disciplinare sono regolamentati dal diritto pubblico), è stato rilevato come attività di indubbio rilievo pubblicistico non sono in realtà accompagnate da alcun meccanismo sanzionatorio

Tra le varie proposte dogmatiche, un certo consenso ha accolto quella che distingue le norme pubbliche da quelle private in base al modo con cui esse vengono prodotte: mentre le prime si caratterizzerebbero per il meccanismo *autocratico* con cui esse si impongono alla collettività, le seconde disciplinerebbero rapporti nei quali i soggetti coinvolti, non importa se pubblici, sono posti tutti sul medesimo piano, in posizione *paritaria*. Mentre le une avrebbero di conseguenza carattere non derogabile nei confronti dei destinatari, alle altre conseguirebbe una ampia autonomia normativa. Più specificamente si è detto che assurgerebbero al rango pubblicistico tre tipologie di norme *di relazione*: quelle che regolano un rapporto tra p.a. e privato per la quale la prima «occupi una posizione di supremazia, cioè sia titolare di poteri il cui esercizio incida “unilateralmente” nella sfera giuridica altrui»; quelle che attribuiscono un potere di certificazione (ed in questo caso non è necessario che tale potere sia attribuito ad un soggetto interno alla p.a.); e quelle che riguardano le relazioni interne alla p.a., determinando – in base ai principi di cui all’art. 97 Cost. – le competenze le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari. Norme di diritto privato sarebbero, invece, quelle che regolano «rapporti di soggetti privati tra loro, oppure tra soggetti pubblici e privati su un piano di parità».

La prospettiva, come tutte quelle che si ripropongono di rintracciare la differenza tra modelli privatistici e modelli pubblicistici secondo indici di disciplina, è senza dubbio apprezzabile per il tentativo di affidarsi a criteri insensibili ad una possibile discrezionalità interpretativa (sempre latente a fronte di valutazioni sostanziali), anche se nel momento in cui insiste sul *tipo di relazione* che si instaura tra i soggetti protagonisti della vicenda normativa – evidenziandone il carattere asimmetrico a favore del soggetto pubblico nelle ipotesi che rientrerebbero fra i canoni dell’art. 357 c.p. – finisce col ricalcare in buona parte quelli che sono i requisiti per distinguere la pubblica funzione dal pubblico servizio (come si vedrà a breve), dimenticandosi di come l’essenza della disciplina pubblicistica andrebbe ricavata a prescindere dal carattere autoritativo del potere esercitato, poiché essa è requisito che deve abbracciare entrambe le posizioni soggettive individuate dagli artt. 357 e 358 c.p.: chiarissimo, almeno su tale aspetto, è il dato codicistico, secondo il quale «per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse *forme* della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima». Come a dire: il carattere autoritativo (e dunque la relazione tra i soggetti coinvolti dalla disciplina normativa) vale a tracciare il (solo) limite interno, ma non anche ad individuare le forme (ovvero la disciplina) che *ab externo* devono separare le pubbliche attività da quelle di ordine privatistico.

In ogni caso nessun delle proposte dottrinarie sembra del tutto appagante, ed è forse da condividere l’opinione di chi ha ritenuto comunque, poco adatta una sede quale il codice penale per risolvere così ardui dilemmi di teoria generale del reato. E, per quanto possa apparire una via di comodo ed un avallo allo storico procedere secondo lo stratificarsi di soluzioni giurisprudenziali (ne è riprova la continuità tra il periodo pre-riforma e quello successivo, con la prassi che non ha subito praticamente alcun mutamento nel *modo* di interpretare tali disposizioni), forse la soluzione più saggia è quella di utilizzare un criterio definitorio che segua un meccanismo di «approssimazione successiva», per cui, esclusi i casi nei quali è senza dubbio ravvisabile il carattere pubblicistico o privatistico della funzione o del servizio (cosicché, ad esempio, le autorizzazioni, le licenze, le dispense, gli atti ricognitivi, le approvazioni, le concessioni, le abilitazioni e gli altri provvedimenti attinenti allo *status* rappresentano le forme più «pure ed inconfondibili» della funzione amministrativa; laddove alla stessa deve essere sicuramente disconosciuta tale qualificazione

pubblicistica laddove si esterni nelle forme di natura certamente privatistica del contratto tipico o di qualsiasi altro negozio giuridico), i casi dubbi andranno risolti in base all'utilizzo "a scalare" dei vari criteri proposti: l'individuazione della norma pubblica come norma a soggetto vincolato; oppure come norma che sostituisce alla libertà dell'agire privato la discrezionalità amministrativa; infine (ma con le riserve di cui si è detto), come norma il cui meccanismo sanzionatorio sia messo in moto di ufficio. «In sostanza», si è infine detto, «sarà pubblica l'attività nella quale si estrinseca un potere o un dovere pubblico»: di fronte all'impossibilità di ricondurre il quesito giuridico entro coordinate assiomatiche – le uniche che potrebbero venire a capo in maniera argomentata di questo "dialogo tra massimi sistemi" – rassegnarsi alla tautologia non è propriamente una resa, ma è piuttosto il voler dare fiducia al dato empirico, confidando in una oramai pluridecennale esperienza dottrinarie e giurisprudenziale (che qualche punto fermo lo hanno pur sempre fissato), ovviamente nella speranza che i filoni interpretativi dedicati alla pubblica funzione ed al pubblico servizio non subiscano più eccessive oscillazioni come per tanti, troppi anni è accaduto, ed a condizione che le possibili valutazioni innovative o i decisi cambi di rotta ermeneutici vengano accompagnati da tutte le garanzie (costituzionali e sovranazionali) sulla prevedibilità delle statuizioni in materia penale.

1.3.1 Segue: *la delimitazione "interna" tra pubblica funzione e pubblico servizio*

Esauritasi con poche certezze la tematica dei limiti *esterni*, occorre adesso porre l'accento sui parametri e gli indici di riferimento volti a tracciare i limiti *interni* di rilevanza della funzione amministrativa, che da essa separano il pubblico servizio.

Anche in questo caso l'utilizzo di una sintassi equivoca da parte del riformatore ha fatto sorgere il dubbio sulla necessaria concorrenza o meno dei diversi criteri individuati quali fattori sintomatici della pubblica funzione: la versione varata nel 1990, in effetti, stabiliva come questa dovesse essere caratterizzata dalla «formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi». A ben vedere l'anomalia di quel testo, con lo strascico di polemiche che sollevò, non derivava da una scelta di termini ambigui o espressioni vaghe, quanto dal pedissequo ripetersi della congiunzione "e", il cui risultato interpretativo praticamente obbligato era quello di dover considerare tutti i requisiti *ivi* descritti come cumulativi, e quindi tutti contemporaneamente necessari per poter qualificare l'attività amministrativa come pubblica funzione. Di qui lo iato non solo con la prassi giurisprudenziale (da cui pur sempre quella riforma aveva tratto ispirazione), che li aveva sempre intesi in senso alternativo, ma anche e soprattutto con la realtà empirico-normativa, per cui in nessun caso sarebbe stato possibile individuare, nella galassia delle pubbliche funzioni sino ad allora riconosciute, una attività caratterizzata dalla contemporanea presenza di tutte le caratteristiche pretese dalla norma in commento, con una offerta di legalità pari dunque a zero ed un conseguente rischio di vanificazione di tutte le disposizioni incentrate sulla figura del pubblico ufficiale (quando non investito di una funzione legislativa o giudiziaria). Questo ed altri "svarioni" linguistici furono corretti con la già citata legge n. 181 del 1992, in virtù della quale oggi il testo, dopo aver citato la "formazione e la manifestazione della volontà della pubblica amministrazione", richiede alternativamente *o* la presenza di poteri autoritativi *o*, ancora, quella di poteri certificativi. Dunque sarà *sufficiente* la presenza anche di uno solo di essi a caratterizzare l'attività amministrativa come *pubblica funzione*.

Come si accennava, il legislatore del '90, nell'individuare tali parametri normativi, ha usufruito di una serie di criteri che con non poca fatica e seguendo percorsi raramente lineari – dettati per lo più dalle logiche e le singolarità del caso – si erano infine consolidati in giurisprudenza; e che, schematizzando, attengono alla titolarità in capo al soggetto pubblico di poteri deliberativi, autoritativi, o certificativi della volontà della p.a.

In linea di massima, e senza ancora scendere nel dettaglio, è possibile allineare i tre suindicati requisiti sotto il seguente angolo prospettico: essi tendono ad identificare la pubblica funzione ed a distinguerla dal pubblico servizio in base a canoni di tipo giuridico-formale e non di tipo finalistico o *ontologico*; nel senso che, a prescindere dallo specifico contesto di intervento in cui l'attività amministrativa sia inquadrata, la stessa, per essere qualificata come funzione, dovrà assurgere a quei crismi legali in base ai quali solamente possa riconoscersi in essa un carattere deliberativo, autoritativo o certificativo. Ovviamente con ciò non si vuol dire che non potranno o dovranno essere svolte indagini di tipo sostanziale (ovverosia sui contenuti e non sulle sole forme dell'attività amministrativa), poiché è da esse che potrà dipendere il rilevamento delle specifiche richieste; ma semplicemente affermare che, rifuggendo da criteri di tipo teleologico, non sarà possibile individuare la pubblica funzione in base a delle (pretese) aree di intervento in cui sarebbe possibile incasellare i tipi di attività affidate alla p.a.: secondo una teoria risalente, invero, sarebbe stato possibile distinguere tra *finalità essenziali* dello Stato e *finalità secondarie*: mentre le prime rivestono carattere *essenziale*, poiché attengono alla sua stessa condizione di esistenza o di conservazione, le seconde sarebbero semplicemente *utili*, ma non indispensabili per la società. Di conseguenza solo la prima andrebbe qualificata come attività giuridica, ed essa costituirebbe la pubblica funzione, mentre la seconda, degradata a mera attività sociale, e come tale rivolta al perseguimento del benessere fisico, economico ed intellettuale della collettività, identificherebbe il pubblico servizio. Ciò chiarito, è possibile procedere con l'analisi dei singoli indicatori della pubblica funzione.

Il primo criterio distintivo è individuato nell'esplicazione di attività di tipo *deliberativo*, che attengono cioè al processo di *formazione* della volontà dell'ente; al quale vengono equiparate quelle di *rappresentanza in senso stretto*, ovverosia quelle attraverso le quali tali deliberazioni vengono *manifestate* nei rapporti con i terzi. Si tratta, come è stato detto, «dell'attività amministrativa più elevata e di rango superiore», ed essa pone all'attenzione dell'interprete due ordini di questioni: il primo tiene conto della possibile (ma più che probabile) segmentazione dell'attività amministrativa, per cui, di norma, il processo di formazione della volontà dell'ente si snoda in varie fasi, rispetto alle quali occorre stabilire se vadano tutte indistintamente considerate come pubblica funzione (perché tutte prodromicamente funzionali alla formazione della volontà della p.a.) o solo alcune di esse; ed in questa seconda alternativa occorre chiaramente stabilire quali e perché. Il secondo ordine di problemi che si solleva è quello riguardante l'esatta delimitazione del concetto di manifestazione della volontà, poiché è ovvio che una indiscriminata lettura di tale requisito finirebbe con l'attribuire la qualifica di pubblico ufficiale a chiunque abbia in qualche modo contatti con l'esterno, ivi compresi, ad esempio, i semplici impiegati “di sportello”, soluzione già *prima facie* di troppo rigore.

Sotto il primo profilo, occorre ribadire come spesso, per non dire sempre, l'agire amministrativo sia una funzione *complessa*, in cui il processo formativo della volontà si articola attraverso una serie di fasi intermedie e con il contributo di attività strumentali (come ad esempio

attività *istruttorie* o *preparatorie*) per il raggiungimento del risultato finale, consistente nell’emanazione dell’atto o più in generale nel momento deliberativo. Cionondimeno potrebbe apparire eccessivo attribuire ad ogni singola attività che intervenga nei diversi stadi del procedimento i connotati della pubblica funzione sol perché esse, accedendo a quell’iter, ne contribuiscano alla definizione; e di conseguenza estendere a chiunque partecipi a ciascuna di esse la qualifica di pubblico ufficiale. Una tale opzione avrebbe un esito “vorace” dal punto di vista della punibilità, poiché – a prescindere dal ruolo esercitato e dal contributo offerto da ciascuno all’interno del procedimento ed ai tratti più propriamente deliberativi – esalterebbe in misura massima ed indiscriminata il mero coefficiente di causalità, per di più facendo inopportunamente coincidere tale elemento di fattispecie con quello relativo alla soggettività attiva. Eppure era proprio questo l’esito di una vecchia, ma mai del tutto sopita, tradizione giurisprudenziale, che neppure la riforma del ’90 è riuscita del tutto a “sterilizzare”: tale impostazione – che sottendeva un criterio di tipo ontologico per definire la pubblica funzione (vedi *supra*) – riteneva infatti di poter ricondurre ad essa qualunque attività che concorresse alla realizzazione dei *fini istituzionali dell’ente* di appartenenza: lo scopo pubblico perseguito diviene così un concetto “gravitazionale” in grado di attrarre a sé di tutte le attività che «pur non connotate in ogni momento del loro divenire dal concreto esercizio della potestà certificativa e del potere autoritativo, costituiscono l’attuazione più completa e connaturale dei fini dell’ente, sì da non poter essere isolate dall’intero contesto delle funzioni dell’ente medesimo». Un simile atteggiamento ermeneutico porta, come è facile intuire, a due ordini di conseguenze: da un lato riesce a ricomprendere nella pubblica funzione anche tutte quelle attività che, seppur non direttamente collegate alle specifiche competenze dell’ufficio, e magari svolte anche in forma privata e da soggetti esterni alla p.a., risultano tuttavia accessorie o sussidiarie rispetto ai fini dell’ente; con specifico riguardo ai poteri deliberativi, dall’altro, porta ad includerne nel novero anche quelle attività di tipo preparatorio le quali solo in via indiretta contribuiscono alla definizione dell’iter procedimentale, nel senso che essi, pur fornendo elementi utili alla formazione ed alla dichiarazione della volontà dell’ente (si pensi, ad esempio, ad attività tecniche di carattere istruttorio), non rientrano nella fase deliberativa, la cui titolarità spetta ad altri soggetti. Due gli ostacoli che, almeno dopo la riforma, dovrebbero arginare questo tipo di soluzioni interpretative: da un lato la valorizzazione della concezione oggettiva che solo superficialmente e (anzi) fittiziamente sembra essere rispettata dalla teorica del “fine istituzionale”, poiché essa, proprio per lo stretto legame teleologico che crea con l’ente ed i suoi compiti istituzionali, esalta, all’opposto, la concezione soggettiva, rifuggendo da ogni tipo di indagine sul tipo di attività in concreto esercitata e sulla sue forme di disciplina, finendo con l’affidare natura pubblica a qualunque attività anche solo latamente riconducibile a quel già di per sé sfuggente concetto di fine istituzionale; in secondo luogo, e sulla stessa linea di pensiero, la necessità di ancorare a parametri oggettivi sia la definizione delle pubbliche attività, sia la separazione interna tra la funzione ed il servizio, deve portare alla rinuncia di qualsiasi automatismo applicativo in cui si scivola invece accettando l’acritica equazione tra attività preparatorie e attività di formazione e manifestazione della volontà dell’ente. E deve portare invece ad un attento vaglio della concreta disciplina che regola l’organizzazione e la distribuzione di competenze all’interno dell’ente di riferimento, per poter essere certi di qualificare come pubblica funzione solo quelle attività, esercitate sia in forma singola che collegiale, che contribuiscano in forma effettiva alla formazione ed alla manifestazione della volontà dell’ente.

Al potere deliberativo, si diceva, è affiancato quello di manifestazione, ovvero sia di esternazione nei confronti dei terzi di della volontà dell'ente. In realtà questo secondo potere non dovrebbe ritenersi "svincolato" dal primo, nel senso che il soggetto che manifesta all'esterno la volontà dell'ente deve essere allo stesso tempo investito anche di poteri deliberativi: in caso contrario, in verità, si cadrebbe nell'assurda e sperequativa conseguenza di dover considerare come pubblico ufficiale, per esempio, anche il soggetto che pur non avendo alcun ruolo nei processi decisionali della p.a. di appartenenza, sia deputato ad interagire con l'utenza ed i terzi in generale, come nel caso dei c.d. "impiegati di sportello". Estendere anche a tali "ambasciatori" della volontà dell'ente la qualifica di p.u., in effetti, mal si addice all'idea di fondo che in tale categoria debbano rientrare solo coloro che siano dotati di un "potere superiore", in grado di incidere nella sfera giuridica altrui. Il potere di manifestazione, dunque va inteso come potere di impegnare la volontà dell'ente, di rappresentanza in senso stretto e non di mera trasmissione o comunicazione ai terzi delle delibere assunte.

Passando ora al secondo degli indici di delimitazione interna, questo è rappresentato dall'esplicazione di un potere *autoritativo*, concetto in grado di ricomprendere tutte quelle attività che «permettono alla p.a. di realizzare i suoi fini mediante veri e propri comandi, rispetto ai quali il privato si trova in una situazione di soggezione»; si tratta, dunque, «dell'attività in cui si esprime il c.d. potere d'imperio, che comprende sia i poteri di coazione (arresto, perquisizione, ecc.) e di contestazione delle violazioni di legge (accertamento di contravvenzioni ecc.), sia i poteri di supremazia gerarchica all'interno dei pubblici uffici».

Potendo tranquillamente rimandare a quanto detto a proposito dei parametri di delimitazione esterna, ove gli atti autoritativi figurano tra le possibili fonti di disciplina delle pubbliche attività, è qui sufficiente elencare, in una sintetica "rassegna", i soggetti normalmente investiti di tali poteri: agenti della forza pubblica, le guardie giurate che esplicano funzioni di polizia, i capitani di nave, lo stesso cittadino che procede all'arresto in flagranza di reato ai sensi dell'art. 383 c.p.p., i controllori delle ferrovie o delle aziende tramviarie, impiegati autorizzati ad eseguire verifiche ed accertare violazioni di legge ecc.

Il terzo ed ultimo parametro è rappresentato dall'esplicazione di poteri *certificativi*, «ossia il potere di rappresentare come certa una determinata situazione sottoposta alla cognizione del pubblico agente»; tale nozione si riferisce dunque a tutte quelle attività dotate di una peculiare efficacia probatoria (attività di certificazione, vidimazione, attestazione, documentazione, ecc.) che, lungi dall'essere delle mere *dichiarazioni di scienza*, rappresentano veri e propri *atti di volontà* della p.a. Non è necessario, tuttavia, che tale attività si identifichi con un "potere certificativo fidefacente" che ricomprenderebbe soli gli atti facente fede fino a querela di falso; la giurisprudenza ha ribadito che il potere certificativo è comprensivo di tutte quelle attività cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, "quale che ne sia il grado" : rientreranno nella categoria dei p.u., quindi, i notai, gli agenti di cambio, i mediatori autorizzati, i sanitari, e tutti coloro che, nel processo, fanno attestazioni destinate alla prova, come testimoni, periti, interpreti ecc.

1.4. *L'incaricato di pubblico servizio.*

La figura dell'incaricato di pubblico servizio ha sempre avuto, nella tradizione codicistica e repubblicana, un ruolo *residuale*, nella misura in cui vi si faceva rientrare tutto ciò che, all'interno delle attività della p.a., non era qualificabile come pubblica funzione. Tale circostanza ha influito anche sulla tecnica definitoria adottata nel 1990, poiché il legislatore si è preoccupato principalmente di stabilire in cosa debba consistere la pubblica funzione (amministrativa), per poi individuare il pubblico servizio attraverso il suo *dato negativo*, ovverossia l'assenza dei requisiti in base ai quali si sostanzia la figura del pubblico ufficiale.

Certo, rispetto alla formulazione originaria, più di una indicazione è stata fornita all'interprete, spezzando la trama oziosa di quella tautologica equivalenza con la quale veniva precedentemente individuato come incaricato di pubblico servizio chi, per l'appunto, prestava un pubblico servizio! Così operando, la "residualità" della figura in questione, è stata in qualche misura ridotta, poiché in passato, nell'assenza totale di connotati normativi che potessero indirizzare le scelte esegetiche e la prassi applicativa, nella nozione di "pubblico servizio" vi si includeva davvero qualsiasi attività della pubblica amministrazione, espletata a favore della collettività, che non fosse qualificabile come pubblica funzione, ivi comprese le c.d. *mansioni d'ordine* o le *attività puramente materiali*, oggi esplicitamente escluse dal nuovo disposto dell'art. 358 c.p., co. 2, ultima parte.

Anche per tale qualifica soggettiva, inoltre, vale il limite esterno (o di disciplina) per cui l'attività, secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 358 c.p. deve essere disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi: non essendoci sotto tale profilo particolari implicazioni rispetto a quanto detto già a proposito della pubblica funzione amministrativa, è possibile a quella sede rimandare. Per ciò che riguarda la funzione legislativa e quella giudiziaria, esse, si è visto, sono esclusivo appannaggio dei pubblici ufficiali, ragione per la quale esulano dalla disamina del pubblico servizio.

Il parallelo con l'art. 357 c.p. prosegue, poiché anche l'art. 358 c.p., così come rimodellato dalla riforma del '90, ha definitivamente abbandonato ogni riferimento al criterio soggettivo del rapporto di impiego o di pertinenza all'ente pubblico, ricollegandosi, per l'individuazione dell'incaricato di pubblico servizio, al criterio funzionale-oggettivo della natura in concreto svolta dal soggetto agente: anche in quest'ambito, quindi, potranno rivestire la qualifica soggettiva indicata tanto il pubblico impiegato quanto il privato, che di fatto presti un pubblico servizio, e valgono pedissequamente le considerazioni svolte in tema di pubblica funzione, con perdita di rilevanza di qualsiasi altro possibile indice di riferimento (inquadramento burocratico nella struttura della persona giuridica pubblica, natura temporanea o permanente dell'attività, presenza o meno di retribuzione, ecc.). Nessun automatismo regge, e ciò che conta è la disciplina pubblicistica che regola la specifica attività svolta: non sarà l'appartenenza istituzionale del soggetto ad una pubblica amministrazione a decretare automaticamente la presenza della qualifica soggettiva, così come, viceversa, non sarà e la natura privata del soggetto agente ad escluderla *de plano*, contando solo la regolamentazione delle concrete attività di volta in volta prese in considerazione.

Crolla anche per il pubblico servizio, dunque, quel costrutto teorico diffuso in passato (i cui "ruderi" talvolta ancora affiorano), che cercava di rinvenire la qualifica pubblicistica in base ad elementi *sintomatici*, come ad esempio le finalità di interesse pubblico perseguite dall'ente, onde poter affermare la qualificazione come servizio pubblico di ogni attività legata da un nesso di

strumentalità e complementarietà con le finalità di interesse collettivo perseguite dall'ente. Come è stato giustamente rilevato, anche con riferimento a tali attività, ciò che conta non è la strumentalità della mansione rispetto all'area del pubblico servizio, ma la sola disciplina cui essa è assoggettata.

In maniera speculare a ciò che l'art. 357 c.p. dispone per il p.u., anche l'art. 358 c.p., dopo aver sancito ed enfatizzato al primo comma l'esclusività del criterio oggettivo (tramite l'inciso *a qualunque titolo*), al secondo si preoccupa di tracciare il perimetro di rilevanza del pubblico servizio: si è già detto, al riguardo, sia del *limite esterno*, rappresentato dal dato positivo della riconducibilità a norme di diritto pubblico o ad atti autoritativi come fonti di disciplina dell'attività; sia dei *limiti interni* segnati stavolta da due requisiti negativi che permettono di tracciare un margine *superiore*, in grado di separare il servizio pubblico dalla funzione pubblica, ed uno *inferiore*, per staccare il pubblico servizio da attività che consistono nello svolgimento di semplici mansioni d'ordine e dalla prestazione di opera meramente materiale.

A ben vedere, dunque, il pubblico servizio non viene definito dal punto di vista contenutistico, nel senso che il legislatore ci rende edotti esclusivamente di cosa esso non sia: non deve essere pubblica funzione, ovverosia non deve esternarsi attraverso poteri di tipo deliberativo, autoritativo o certificativo; ma non deve essere una mera opera di ordine materiale, cioè un tipo di attività che si svolga mediante mera esecuzione di ordini superiori o prevalente impegno di energia fisica. Se ne ricava dunque la necessità che il pubblico servizio, pur non dovendo concretizzarsi in un vero e proprio potere decisionale, debba comunque esplicarsi mediante attività *di concetto*, che esprimano una – seppur limitata – autonomia di giudizio. In tale prospettiva, non ci si discosta molto da quanto veniva comunemente affermato in costanza della vecchia disciplina, ove il pubblico servizio, incasellato tra pubblica funzione ed attività meramente esecutivo-materiali, riguardava tutte le azioni obiettivamente ed in concreto dirette al raggiungimento di pubbliche finalità e regolamentata in forma pubblicistica.

Per quanto riguarda il margine superiore, nello specifico, il legislatore si limita semplicemente ad affermare che il pubblico servizio si caratterizza per *la mancanza dei poteri tipici* della pubblica funzione: poiché i criteri segnalati dall'art. 357 c.p. vanno intesi in senso alternativo e non cumulativo, ciò vuol dire che nessuno di quegli indici deve essere presente affinché possa trattarsi di pubblico servizio: non solo, dunque, devono mancare poteri autoritativi e certificativi, ma in nessun modo l'attività deve contribuire alla formazione ed alla manifestazione della volontà della p.a., nel senso chiarito in precedenza (v. *supra*, § 1.3.1)

La scelta poi di limitare verso il basso il pubblico servizio, ratifica un orientamento interpretativo che si era già affermato prima della riforma, anche se non unanime è stato, in questo caso, il consenso della dottrina. Due, in particolare, le critiche avanzate nei confronti del legislatore, una di ordine più schiettamente politico-criminale (dunque relativa al merito della scelta), ed una di carattere sistematico-normativo (attinente alla tecnica legislativa con la quale la scelta è stata adottata): sotto il primo aspetto, è stato sottolineato, la scelta al ribasso effettuata nel '90 rischia di estromettere dal novero dei soggetti interessati dalle disposizioni incriminatrici coloro che «seppur adibiti a compiti strettamente esecutivi, occupano una posizione di stretta contiguità collaborativa con i superiori che tali qualifiche rivestono, cosicché dal punto di vista dell'assetto complessivo di tutela della p.a. una differenza di trattamento sul piano attivo e passivo in relazione ai delitti contro la p.a. può risultare nei fatti forzata»; il secondo spunto polemico riguarda invece, si

diceva, la scelta del legislatore di riferirsi ad una nozione normativa, quella di “mansioni d’ordine”, non solo antiquata (risale, infatti, al r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825), ma probabilmente anche superata in virtù della legge di riforma dell’assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato, la n. 312 del’11 luglio 1980 (in argomento si vedano *supra*, in nota n. 13, le considerazioni critiche svolte dall’allora guardasigilli).