

ALESSANDRO BONDI

LE NUOVE FRONTIERE DELL'INTERESSE PUBBLICO  
NELLA DINAMICA DEL DIRITTO PENALE\*

SOMMARIO

0. *Tre scali.* – 1. *Il pubblico ufficiale e l'autonomia del diritto penale.* – 2. *Quando e come intervenire con lo statuto penale della pubblica amministrazione.* – 3. *Interessi e vittime.*

**0. *Tre scali***

Sono preoccupato. Preoccupato perché dovrei traghettare tutti voi dai lidi tranquilli del diritto amministrativo a quelli terribili del diritto penale. Tale è il compito che con dolce perfidia mi hanno affidato gli ottimi organizzatori del convegno. Ed è un compito ambizioso quanto ingrato; su una rotta dove costante è la minaccia di tempesta.

Per mia cura e salvezza, ho dunque cercato tre scali dove approvigionare il pensiero di un povero penalista, qui altrimenti perso tra le tante autorità dell'Amministrazione e della sua Scienza.

**1. *Il pubblico ufficiale e l'autonomia del diritto penale***

Eppure, ancor prima dovrei preoccuparmi d'altro. Perché sono di fronte a numerosi magistrati, funzionari, avvocati; insomma, ad un'inquietante concentrazione di persone potenzialmente molto "cattive". Questo, se non altro, nell'ottica del codice penale che pure considera l'attività della pubblica amministrazione un possibile «*mezzo con cui*» commettere reati.

Dunque non vogliateme, cercando d'individuare i *soggetti attivi* di reati che hanno nella pubblica amministrazione il loro mezzo, un po' di sconcerto è ammesso, ed è la ragione del primo scalo: ma alzi

---

\* Dedico lo scritto all'allievo ufficiale pilota Patrizio Conte e alla sua cara famiglia.

la mano chi tra voi è veramente convinto di non essere stato, almeno una volta nella vita, un pubblico ufficiale?

Certo la speranza nutre il dubbio, e il penalista è il suo fattore. Tuttavia sono dell'avviso che, pure agli «*effetti della legge penale*», le occasioni di svolgere una pubblica funzione non diminuiscano affatto. Tutt'altro. Anche quando il dato normativo offerto dal codice penale propendeva per la ricerca di un rapporto d'appartenenza con l'Amministrazione, mediante la quale definire il carattere pubblico dell'attività svolta, la giurisprudenza era solita individuare pubbliche funzioni con munifica generosità, e con il plauso convinto della dottrina.

D'altro verso, nemmeno con la riforma dello statuto penale della pubblica amministrazione, la qualifica soggettiva ha trovato applicazioni pratiche o ragioni normative capaci di rispondere con più modestia a chi tacciava l'Italia di essere «*un Paese di pubblici ufficiali*». Anzi, oltre la funzione legislativa e quella giudiziaria che, nel 1990, hanno creato problemi solo a un legislatore frettoloso nella redazione della regola ed ideologicamente confuso circa i fondamentali della tripartizione dei poteri, è proprio l'ufficio dell'amministrazione a stendersi con largo abbraccio sulla vita dei consociati. In breve: che si voglia o no, siamo ancora un *Paese di pubblici ufficiali*.

È difficile negarlo. Il penalista ama le immagini forti; adora il paradossale che nutre la sua insaziabile e terrena immaginazione.

E non è l'unico difetto del penalista. Ancora più significativa è la superbia dei suoi principi e delle sue regole che gli impediscono di accettare in silenzio gli elaborati del diritto amministrativo in merito alle qualifiche soggettive pubbliche. L'inciso con cui l'art. 357 c.p., prima di definire il pubblico ufficiale, ricorda come la descrizione sia volta ai soli «*effetti della legge penale*», è un dire con falsa modestia che il pubblico ufficiale potrebbe ben rispondere a caratteri e a parametri diversi da quelli normalmente immaginati dal diritto amministrativo. Una dichiarazione d'autonomia, questa del diritto penale, tanto importante da far cadere la definizione codicistica nella malizia dei concetti quando, sviluppando la caratterizzazione di una «*funzione pubblica*», lascia alle «*norme di diritto pubblico*» il compito di tracciare il limite esterno alla responsabilità penale, ossia il compito di distinguere tra funzioni pubbliche e attività private.

Non dovrebbe, infatti, sfuggire al legislatore delle pene quanto evanescenti siano i confini che separano il diritto pubblico da quello privato. Una distinzione in uso presso gli ordinamenti francese e tedesco per

sceverare quanto in Italia si lascia alla misteriosa diversità tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e, invece, si accoglie proprio per individuare i soggetti attivi dei reati contro la pubblica amministrazione.

D'altronde, anche se qualcuno con amabile indulgenza pensasse ad un incidente di percorso, con difficoltà potrebbe poi difendere il prosieguo di una definizione penale che moltiplica se stessa ignorando la legge matematica che vuole il prodotto sempre uguale a zero, quando uno dei fattori è di zero-significato euristico. Con ciò intendo discutere il richiamo dell'art. 357 c.p. ad «*atti autoritativi*» pensati come “attività” il cui ruolo si sorregge, con precario equilibrio, sulla congiunzione «e» assunta con valore integrativo dell'espressione «*norma di diritto pubblico*».

Solo se incoraggiati dal principio di conservazione delle norme, si può pensare agli «*atti autoritativi*» come ad una contorta specificazione del limite *esterno* che, cercando discipline e non contenuti, tenta di evitare la tautologia definendo «*pubblica*» la funzione individuata grazie all'autorità dell'atto e al metodo di produzione della norma.

Tautologia invece pienamente raggiunta, quando il limite *interno* alle attività pubblicistiche, tra funzioni e servizi, è cercato nella generica «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*». A ben vedere, criterio ripreso senza migliore conforto da interpretazioni della normativa previgente; criterio che, rompendo la ricordata simmetria di un limite specificato grazie alla congiunzione copulativa, dal 1992, rende la «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*» elemento di selezione alternativo alla possibilità d'individuare una pubblica funzione «*per mezzo dei poteri autoritativi o certificativi*» espressi.

Ma non è tutto. La «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*» potrebbe anche assumere il ruolo di limite *esterno* tra l'attività pubblica e quella privata, quando riguarda l'individuazione della *persona incaricata di un pubblico servizio* (art. 358 c.p.).

Il servizio pubblico, che permette di vedere in chi lo svolge un *incaricato di pubblico servizio*, sembra infatti definito dalla legge per “estrapolazione”, ossia chiedendo la «*mancaza dei poteri tipici*» del pubblico ufficiale e l'esclusione di chi svolge «*semplici mansioni di ordine*» [o] presta «*opera meramente materiale*».

Per il resto, la nozione di incaricato di pubblico servizio riprende invece i caratteri prescritti al pubblico ufficiale; e poiché tace sul requisito della «*formazione e manifestazione della volontà*», esso pare rimanere tra le condizioni richieste per individuare anche il *servizio pubblico*. Tuttavia, se ciò fosse vero non sarebbe incaricato di pubblico servizio chi storicamente è sempre stato considerato tale: il *concessionario* che normalmente agisce *de iure proprio*, ossia senza una volontà direttamente imputabile alla pubblica amministrazione.

È dunque per evitare una tale conclusione che, si diceva, il requisito della «*formazione e manifestazione della volontà*» potrebbe trovarsi costretto nell'infelice e inadatto ruolo di limite *esterno* tra l'attività pubblica e quella privata.

Si potrebbe obiettare che il tutto non giustifichi l'autonomia concettuale del diritto penale e che, in fondo, è solo d'interpretazione che si parla: il *pane quotidiano* di ogni giurista.

È vero. Si tratta proprio d'interpretazione, ma d'interpretazione penale. Interpretazione perciò costretta a certa legalità dalla Costituzione e, di conseguenza, a considerare la fattispecie penale un decalogo di garanzie: prigioniere nella fonte e nel tempo, piegate alla lettera esauriente e alla sua tassativa applicazione. Con qualche ragione, si può allora sostenere che il sistema delle pene è normativamente indotto all'egocentrismo della disciplina, alla tirannia dei principi, al lento volgersi verso il contingente.

Ma è giusto che sia così. Perché, aggrada o no l'immagine, il diritto penale è ancora oggi un elefante costretto a muoversi in un negozio di porcellane finissime: i diritti della persona che la pena può pregiudicare con infinita crudeltà.

Molto altro si dovrebbe dire, ma il tempo richiama alla moderazione e volge la prua verso il prossimo scalo della nostra traversata.

## **2. Quando e come intervenire con lo statuto penale della pubblica amministrazione**

Il secondo scalo lo dedicherò a me stesso, cercando una spiegazione al titolo della relazione che avete avuto il cuore di affidarmi: «*Le nuove frontiere dell'interesse pubblico nella dinamica del diritto penale*».

La sensazione è che gli amici del diritto amministrativo siano affezionati all'asettico termine della «*dinamica*». I penalisti, per tradizione votati alle cose *brutte e sporche*, dove il movimento è nella cruda materialità dei fatti che tentano d'imbrigliare, cercano istintivamente un significato concreto alle parole per infettarle di "utilità".

Con quest'animo, si può forse tradurre l'elegante titolo in: «*come e quando il diritto penale deve salvaguardare l'interesse pubblico*».

Ma se questo è il punto, mi è dato parlarne solo in negativo; accennando con imperdonabile superficialità a tre ordini di pensieri che dovrebbero orientare l'azione del diritto penale.

Il primo. Il diritto penale non dovrebbe dimenticarsi del principio di *materialità*. I pensieri rimangono dell'uomo e della sua coscienza. Ignorando la sola cogitazione, la ricerca di un fatto evita la punizione di un atteggiamento.

Il secondo. Il diritto penale dovrebbe rimanere sussidiario ad ogni altro intervento di politica criminale. Se proprio non c'è strumento di pari efficacia, si pensi alla pena. Fino allora, il suo inutilizzo è rispetto per la persona e maggiore credibilità per il sistema punitivo.

Il terzo. Il diritto penale non dovrebbe troppo spesso dimenticare il principio di colpevolezza. Un dono della dottrina riconosciuto solo nel 1988 dalla Corte costituzionale e, nel 1990, da timidi provvedimenti legislativi. Dalla colpevolezza come principio costituzionale, oggi discende la ricerca del vincolo della responsabilità penale alla presenza minima della colpa.

Scortando questa direzione, la miglior dottrina chiede al diritto penale la tutela di un bene giuridico secondo la necessaria lesività della condotta tipica. Dove l'individuazione del bene *guarda* l'interesse dei titolari alla sua salvaguardia; salvaguardia che, considerata con sensibilità costituzionale la gravità della condotta offensiva, misura la meritevolezza e l'opportunità dell'azione penale rispetto al valore del bene.

Dunque io guardo a voi, sia come possibili *soggetti attivi* dei reati contro la pubblica amministrazione, sia come *rappresentanti* della pubblica amministrazione e, quindi, come possibili «*oggetti materiali*» dei «*delitti dei privati contro la pubblica amministrazione*».

Ma guardo a voi anche come *esperti* dell'amministrazione e del suo diritto, per ricevere altri suggerimenti su cosa sia oggi questa pubblica amministrazione che la pena è chiamata in ultima istanza a salvaguardare.

Seguendo i lavori del convegno, e ottime letture, ho infatti scoperto che la pubblica amministrazione raggruppa una congerie d'interessi ora ascoltati *ex parte civis* anziché *ex parte principis*; che dunque non più di sudditanza ma di cittadinanza è il rapporto che lega il consociato all'attività pratica dello Stato per la cura immediata della comunità; e che ciò porta all'acquisizione di sempre nuovi diritti e interessi: non più solo fondamentali e genericamente sociali, ma anche di «terza generazione» (*ambiente, riservatezza, immagine*) e persino di «quarta generazione» (*partecipazione e trasparenza amministrativa*).

Con curiosità ho quindi seguito i contorni di una figura dai sapori mediatici quale quella del cittadino-cliente, destinatario di una carta dei servizi offerti dalla pubblica amministrazione; pubblica amministrazione ormai solita ad essere curiosamente qualificata come «*comunicante*», «*colloquiale*», per tacere sul «*femminile*» e sull'«*affettuosa*» pure liberamente citati.

Ho infine appreso del valore dell'*economicità* e della *trasparenza* nell'identificazione del responsabile del procedimento che affianca il diritto d'accesso ai documenti, nell'obbligo di motivazione degli atti, nelle possibilità di accordi tra la pubblica amministrazione e il cittadino: entro i confini di una materia capace d'immaginare la convivenza degli estremi proponendo il *federalismo amministrativo* e la sua *comunitarizzazione* europea.

Sono perciò tanti gli elementi di novità amministrativa da riportare al diritto penale.

Il pensiero consequenziale si ferma su fattispecie che, con idea mai uguale di pubblica amministrazione, assumono contorni e ragioni diverse perseguendo un'omissione, un rifiuto o un generico abuso da parte di uno dei soggetti qualificati al suo esercizio.

Pensiero che quindi riflette sulla concorrenza interna tra pubblici ufficiali e incaricati di pubblici servizi, in sostanza equiparati fino alla marginale variante «*corruttiva*» del *pubblico* impiego.

Pensiero che infine inciampa sull'anomalo sviluppo delle ordinanze cautelari di TAR dalla giurisdizione sempre più ordinaria, perché esclusiva in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, nonché sulla voracità giurisdizionale di una Corte dei Conti pronta ad azzannare la preda del c.d. *danno ambientale* ma, in prima istanza, costretta a lasciarne la pubblica persecuzione al solo diritto penale.

Nel complesso, aspetti della pubblica amministrazione che s'irradiano verso l'apparato delle pene, e che tornano alla pubblica ammi-

nistrazione carichi di colore e di aspettative riflesse dalla dura superficie del diritto penale, portando con sé l'immagine oleografica di un sistema dagli equilibri delicati perché volto al fatto, all'autore, alla sua psicologia, e perché predisposto alla disapplicazione come al giudizio di ciò che tradizionalmente rientrava nella discrezionalità amministrativa.

Un'immagine da cui parte un lavoro che considera pure le emozioni al fine di prevenire il reato, cercando chiarezza per essere conosciuto e inteso, temuto e seguito. Un lavoro difficile quanto necessario, consapevole che il simbolismo è nell'origine sacrale e nell'utilità laica del diritto penale; dove solo l'argomento dei principi può arginarne la primitiva efficacia o la criminogena vanità.

Con siffatta cura, la storia dei fenomeni e della legge offre argomenti interessanti.

Il primo scandalo dell'Italia unita succede di poco la sua nascita. Ha come protagonista la Banca romana e il mondo politico-imprenditoriale. Coinvolge la politica ai massimi livelli, con Giolitti Crespi De Pretis; coinvolge l'imprenditoria bancaria, autorizzata a batter moneta e capace di concentrare il capitale di uno Stato basato sull'agricoltura; coinvolge finanche la stampa, unico strumento d'informazione dall'obiettività generosamente prezzolata. Un crogiolo d'interessi esasperati dalla grave crisi economica che aveva messo sotto pressione proprio il sistema bancario, sovrapposto alla speculazione immobiliare in un momento di recessione europea.

Corruzione, fondi neri, finanziamento ai partiti: questi infine i capi di accusa, prima politica che giuridica, gestiti da una magistratura tacciata di faziosità perché incapace di arrivare alle responsabilità del governo.

Non sembri dunque improprio confrontare questo passato con il fenomeno *Tangentopoli*, e rilevarvi una differenza per lo più quantitativa.

Se tanto è vero, anni ed esperienze normative diverse sono forse passati invano? Il diritto penale ha mai dato risposte ai fatti e la politica criminale ha mai offerto soluzione ai fenomeni? La norma armata di pena ha mai avuto parte efficace nel contenimento delle devianze costruite sull'abuso della pubblica amministrazione?

Dal codice Zanardelli, tre corpi normativi si sono succeduti nel

magistero penale dei reati contro la pubblica amministrazione, eppure lo statuto penale è in affanno.

Negli anni Settanta, distinguendo tra pubblici interessi, il peculato per distrazione ha rappresentato l'attenzione giurisprudenziale per l'interventismo economico del pubblico, e si è concluso con un'amnistia, mentre gli interessi dei privati erano abbandonati all'indeterminatezza di una fattispecie capace di considerare «qualsiasi atto» dell'amministrazione pubblica.

Negli anni Ottanta, si è invece voluta combattere l'endemica inerzia di un'amministrazione pubblica lasciata tra quella che, con felice espressione, è stata definita la «Scilla» degli *interessi privati* e la «Cariddi» dell'*omissione degli atti d'ufficio*.

Il principio degli anni Novanta ha infine visto approvare con sospetta fretta la disciplina penale della pubblica amministrazione e, due anni dopo, affrontare con preoccupante incertezza la marea *Tangentopoli*.

Il seguito è cronaca che arriva alla novella definita "depenalizzante" della fattispecie *grimaldello* di tanti processi per reati contro la pubblica amministrazione: le *false comunicazioni sociali*.

Insomma, la storia non conforta ma suggerisce una zavorra di esperienze. Dal suo canto, l'insegnamento delle scienze penalistiche ricorda il substrato criminologico e filtra il contingente, cercando fatti ed elementi soggettivi con cui costruire una regola pigra solo di fronte alle frenesie legiferanti.

Detto ciò, si può nuovamente salpare.

### **3. Interessi e vittime**

Il terzo e ultimo scalo è dedicato a una ben strana partita a dadi: quella tra i fatti di corruzione e di concussione; dove si cercano criteri di scelta che il quotidiano giudiziario con irriverente facilità piega ad opposte interpretazioni.

La logica suggerisce la possibilità che una differenza ineffabile sia una differenza che non c'è o che non meriti di essere segnalata. Nel caso di specie, la questione potrebbe perciò essere risolta con la creazione di una maxifattispecie di corruzione compensata dalla non punibilità di chi denunciasse il fatto?

Una domanda nuova su una questione vecchia, che sottende un problema camuffato con tecnica interpretativa ormai incattivita; perché il punto non è ancora l'individuazione del criterio da adottare; prima occorre riflettere sugli incerti passi della penalizzazione di questo tipo di devianza.

L'attuale configurazione dell'art. 317 c.p. può regolare la concussione per *induzione*. Una figura rara in Europa che in Italia deve convivere con la recente inclusione nel codice Rocco della concussione dei funzionari europei (art. 322-*bis*) e, al contempo, valutare l'opportunità di comprendere nella sua disciplina anche le ipotesi della c.d. concussione *ambientale*.

Il resto sarà poi corruzione che, dal punto di vista applicativo, dipende sia dalla presenza di una vittima priva di "un proprio lucro", sia dall'atteggiamento dell'indagato sotto *minaccia* di provvedimenti cautelari. Una soluzione della prassi quanto mai inquietante, dove l'arbitrio interpretativo può essere considerato sintomatico dell'incapacità d'individuare una vittima nel *fatto* per via di un *fenomeno* non compreso o non opportunamente tradotto in norma.

Cosa fare? Si è già parlato della necessità di un efficace strumentario politico criminale che permetta d'individuare, definire e contenere la devianza; mentre il filtrato della dogmatica dovrebbe consentire l'individuazione di un interesse meritevole di tutela.

Ma se questa è la rotta, essa ci riporta in mare aperto. La pubblica amministrazione richiamata dal codice penale è ritenuta un bene giuridico di categoria con limitate possibilità classificatorie; tant'è che già nel 1930 si distingueva il capo I dal capo II del titolo II del codice penale, non tanto con riferimento ad una specificazione di questo bene giuridico, bensì precisando che il soggetto attivo ha nella pubblica amministrazione uno *strumento* o un *motivo* della condotta criminosa.

Alla ricerca di un contenuto che fosse di selezione e di critica, si è così ravvisato l'interesse tutelato nel *prestigio* dell'apparato e nella *probità* dei suoi operatori; un'idea però obbligata a considerare il passato regime cercando virtù anziché entità offendibili.

Per questa ragione si è guardato alla Costituzione repubblicana che, nel solco della continuità, ha molto lavorato in materia di giurisdizione amministrativa (artt. 24, 100, 103, 108, 111, 113 Cost.) e, nel governo, disegnato una pubblica amministrazione legata al suo *anda-*

*mento buono e imparziale* (art. 97/1 Cost.) entro una cornice di legalità con limiti di natura politica per alcune categorie dei suoi rappresentanti (art. 98/3 Cost.). Ma l'*imparzialità* e il *buon andamento* prima di essere risultati sono modalità, il cui rispetto dovrebbe mantenere l'esercizio del potere nella legalità costituzionale.

Un'osservazione utile per considerare l'oggetto di tutela come *legale esplicazione dei pubblici poteri*. Suggerimento importante verso un interesse la cui individuazione è tuttavia resa difficile dalla tendenza alla formalità di una richiesta che, solo riprendendo in maniera differente i criteri di *imparzialità, buon andamento, legalità*, può distinguere i poteri statuali che compongono la *funzione pubblica*.

In realtà il concetto *lato* di pubblica amministrazione, adottato con più o meno consapevole minimalismo ideologico dal codice, non aiuta quando proprio il codice distingue la pubblica funzione secondo il significato classico della funzione amministrativa (art. 357/2 c.p.). Semmai, confrontando i poteri statuali che compongono la funzione pubblica, occorrerebbe riflettere se la funzione di governo possa sempre essere compresa nell'attività amministrativa intesa come *attività pratica per la cura immediata di un interesse pubblico*.

Una pubblica amministrazione intesa in *senso stretto*, permette piuttosto di distinguere il funzionario dal politico e dal giudice: accomunati nella definizione *pubblica* della funzione, ma con presupposti e vincoli anche costituzionali completamente diversi tra loro.

Una pubblica amministrazione concepita in *senso stretto* non pecca di troppe presunzioni, e guarda ancora agli indici sintomatici della giurisprudenza per la valutazione della qualifica soggettiva di un ente pubblico economico. Questa pubblica amministrazione può divenire intelligenza che seleziona e critica un fatto se, anziché esaltare delle modalità come interessi, definisce interesse meritevole di tutela una funzione individuata anche grazie alle sue modalità di svolgimento. In breve: considerare una pubblica amministrazione nella *normalità costituzionale* del suo svolgimento; una pubblica amministrazione il cui esercizio è limitato, e quindi costituito, da quei fattori che rendono la *cura immediata di un interesse pubblico*, nella forma e nella sostanza, *legale, imparziale, trasparente, economica* e, perché no, *funzionalmente prestigiosa*.

Questa pubblica amministrazione ricorda bene i suoi vincoli costituzionali, e non si preoccupa di sanzionare con pena il panettone natalizio offerto al funzionario o la telefonata privata dall'ufficio. È una

pubblica amministrazione che come *potere* tenta di comprendere lo sviluppo delle varie funzioni statuali, non per escludere ma per meglio riconoscere la disciplina penale di una *funzione*.

Giunti a questo punto, la nostra *traversata* è finita.