

**IL CONFINE DISFUNZIONALE.
QUALIFICHE PUBBLICHE ED ESTERNALITÀ NEGATIVE NEL CONTROLLO
PENALE DELLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE ED ECONOMICHE
(Atti di convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*”,
26 maggio 2023)¹**

di Nicolò Amore
(*Assegnista di ricerca in diritto penale,
Università di Pisa*)

Sommario: 1. Un raggruppamento mal consegnato. – 2. L’andamento *sui generis* del titolo II e l’indecifrabile definizione di pubblico soggetto. – 3. L’irrazionalità interna ed esterna della delimitazione. – 4. Galileo Galilei e la vite di Archimede.

1. Intervengo sul limitare della sessione «*Chilling effect* e amministrazione difensiva», subito prima di quella dedicata agli “effetti collaterali” del diritto penale delle attività economiche, e direi che si tratta di una collocazione davvero calzante per il tema del mio intervento. Con le qualifiche pubbliche, infatti, chiudiamo il cerchio dei delitti contro la PA, e in questo modo definiamo ciò che sta all’interno di questo gruppo, e ciò che sta fuori, gettando così anche una prima luce, o forse meglio una prima ombra, sulla composita famiglia della criminalità economica.

Entrando subito in *medias res*, stavolta - nel ridotto spazio di questo contributo - non proverò a rispondere alla annosa domanda relativa alla individuazione del confine tra pubblico e privato; sono ormai 134 anni che ci si prova senza particolare esito, e non vorrei darvi l’impressione di una eccessiva protervia. In effetti, cambiano le norme, cambia il contesto economico-sociale, muta persino l’intero quadro istituzionale, eppure il problema della qualificazione delle attività pubbliche si ripresenta, oggi come ieri, e persino ieri l’altro. Talvolta con diversi contenuti, certo, ma, lo si può ben dire, con i medesimi accenti. Perciò, viene quasi il sospetto che le criticità che affliggono queste norme siano, forse, più radicate delle disposizioni stesse che le esprimono.

¹ Il contributo costituisce la relazione tenuta al Convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*” (23 maggio 2023, Università degli studi della Tuscia) destinata ad essere pubblicata nei relativi Atti (Editoriale Scientifica). Si ringraziano, pertanto, i curatori (Martina Galli e Nicola Recchia) del volume per il consenso prestato ad anticipare la pubblicazione su LP.

E allora, visto la questione, davvero raffinata, che qui ci impegna – «Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione» – cercherò di seguirne il filo rosso, e riflettere con voi sulle conseguenze prodotte dalla scelta politico-criminale di dedicare un titolo *ad hoc* agli illeciti che offendono, si dice, la «Pubblica amministrazione». Non lo Stato, e neppure l'amministrazione della giustizia - interessi alla cui tutela sono dedicati il Titolo I e III. Il codice penale parla specificamente di “Pubblica amministrazione”, anche se poi le qualifiche che si incaricano di dirci chi è un soggetto pubblico fanno riferimento, indifferentemente, all'attività amministrativa, giudiziaria e anche legislativa.

Qual è, allora, il significato di questo titolo, sulla base di quale idea politico-criminale era stato pensato, e soprattutto quali conseguenze produce oggi, nel quadro, mutato, di una Repubblica democratica confederata con altri stati dell'Unione Europea, e dotata di un'economia globalizzata, composta da una rete di soggetti in concorrenza tra loro? Soggetti che talora, però, vendono beni, o forniscono servizi, assolutamente indispensabili sia per lo Stato-apparato che per lo Stato-comunità.

Quando si trattava di individuare il *proprium* del Titolo II, Nuvolone parlava della protezione delle attività che soddisfano un «bisogno della collettività nazionale»²; Grispigni gli faceva eco, da par suo, alludendo a un «bisogno pubblico proprio dello Stato-unità»³. Il punto però è che, oggi, queste parole non evocano la provincia o la municipalizzata, ma piuttosto il fornitore di servizi di rete, il proprietario della piattaforma, oppure ancora l'agenzia di *rating*, o l'istituto di credito.

Cominciamo, allora, questa riflessione già un po' perplessi sulla razionalità dell'impianto complessivo del raggruppamento. Abbiamo un titolo dedicato alla Pubblica amministrazione che, in verità, non si occupa soltanto di pubblica amministrazione, e anzi il suo nucleo concettuale, alla fin fine, non sembra neppure perimetrabile all'interno dell'insieme discreto di attività a cui espressamente si riferisce, nei celeberrimi articoli 357 e 358 del codice penale⁴. La sua ombra lunga, infatti, si estende alle società di capitali e alle attività commerciali, sino ad arrivare a comuni cittadini davvero insospettabili di cotanto rilievo criminale⁵.

² P. Nuvolone, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in *RIDP*, 1940, 42 ss.

³ F. Grispigni, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova 1954, 567.

⁴ V. *infra*, par. 2.

⁵ V. *infra*, par. 3.

Qualcosa non torna, forse. Vediamo, perciò, di addentrarci più all'interno del tema e della coltre di problematiche che lo circondano, per provare a portare alla luce, assieme alle contraddizioni, anche qualche riflessione più costruttiva.

2. In linea generale, sia per la sua composizione, sia per la sua storia applicativa, il raggruppamento dei delitti contro la PA si rivela un laboratorio perfetto per lo studio degli “effetti collaterali” del diritto penale, discendenti tanto dalla formulazione astratta delle norme che lo compongono, quanto dall'applicazione delle pene corrispondenti⁶. Le ragioni principali sembrano due, distinte ma interconnesse:

- i. la struttura, per così dire, *sui generis* di questo raggruppamento rispetto a quella, più canonica, della parte speciale del diritto penale;
- ii. l'incoerenza tra il suo programma politico-criminale, e il perimetro applicativo che si può desumere dalle c.d. “qualifiche pubbliche” che ne tracciano il confine.

Procedendo con ordine, se nella famosa metafora del Würtenberger⁷, ripresa da Bettiol⁸ e generalmente condivisa, il diritto penale si caratterizza per un andamento «ad arcipelago», nel Titolo II invece ne assume uno affatto continentale. Al suo interno, infatti, c'è davvero poco spazio per “il mare” della libertà, quando si tratta di operare delle scelte d'azione: abbiamo delitti che puniscono anche solo il ‘non attivarsi’ di fronte a richieste qualsivoglia di un portatore d'interesse, come l'omissione di atti d'ufficio (art. 328 Cp); norme che sanzionano l'influenza sui comportamenti altrui, anche senza l'utilizzo della violenza o minaccia (artt. 319 e 319-*quater* Cp); vengono poi poste fuori legge tutte le condotte difformi dalle regole modali prestabilite per l'esercizio dell'attività⁹, e altresì le scelte assunte in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto (art. 323 Cp)¹⁰; a completare il quadro, abbiamo fattispecie che vietano la rivelazione dei segreti dell'ufficio (art. 326 Cp), e persino la mera relazione con i soggetti che lo compongono, quando questa assuma carattere oneroso

⁶ Sono questi i due “macromomenti” individuati da ultimo in M. Galli, *Effetti collaterali*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, Milano, 2022, 1411 ss.; v. inoltre C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 502 ss.; N. Walker, *Why Punish?*, Oxford 1991).

⁷ T. Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2, 1959, p. 37.

⁸ G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *RIDPP*, 1959, 713, «il diritto penale è un arcipelago, nel senso che le fattispecie precisano isole di illiceità nel mare della libertà».

⁹ Seppur adesso limitatamente alle sole attività “vincolate”.

¹⁰ In proposito v. A. Merlo, “*Chi non fa non falla*”: la Pubblica Amministrazione dinnanzi al reato di abuso d'ufficio, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (Atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

e abbia a oggetto la funzione dell'ufficio stesso (artt. 317 e 318 Cp); in effetti, anche solo il tentativo di instaurare tale relazione è punito, e si arriva persino a vietare l'assoldamento di altre persone con lo scopo – basta quello – di crearla (art. 346 Cp)¹¹.

A ben vedere, perciò, quello che comunemente rappresenta nient'altro che la manifestazione della propria libertà negoziale, o tutt'al più l'inadempimento di una obbligazione contrattuale, assume invece persino una caratura criminale quando viene effettuato in quest'ambito. Difatti, pagare un procacciatore d'affari per stabilire rapporti patrimoniali con determinate personalità, oppure ricevere denaro per convincere il mandatario ad acquistare un bene diverso da quello che desiderava il suo mandante, e così via, costituiscono tutti atti penalmente irrilevanti. Però quando le medesime condotte vengono effettuate in un contesto che il codice definisce "pubblico", simili condotte guadagnano un rilievo criminoso, e anche piuttosto accentuato.

Da tale dato, a mio avviso - da questo brusco passaggio dalla libertà all'assoggettamento a vincoli penalmente sanzionati, in ragione dell'ambito di riferimento - si può già raccogliere una prima indicazione politico-criminale circa i *destinatari* degli illeciti a quell'ambito attinenti: costoro sono agenti evidentemente impossibilitati a relazionarsi come vogliono, o a decidere arbitrariamente come e in funzione di cosa agire. Sembrano, pertanto, titolari di attività incisivamente *disciplinate* dal diritto e *particolarmente significative* per il diritto, come testimonia anche la frequente ricorrenza, all'interno delle fattispecie poste a loro tutela, delle locuzioni «esercizio delle funzioni», «doveri d'ufficio» e «atto d'ufficio». Conseguentemente, essi sono tenuti, sotto minaccia di pena, a uniformare la loro condotta a quanto già prestabilito dall'ordinamento giuridico, e in particolare dalla legge, per assicurare il corretto esercizio delle loro funzioni.

In sintesi, dunque, l'andamento continentale e arido che il diritto penale assume in questo contesto può reputarsi coerente nella misura in cui le attività, e gli agenti, a cui viene applicato operino in un regime vincolistico *sui generis* e reputato della massima importanza, dunque con pochi spazi per arbitri o libere iniziative.

Oltre a essere continentale e arida, poi, la terra del Titolo II si dimostra particolarmente arcigna.

¹¹ In proposito v. N.M. Maiello, *Corruzione e traffico di influenze illecite alla prova del rischio di chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione; v. inoltre A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

Lo si comprende bene già confrontando le comminatorie edittali previste per le fattispecie proprie semi-esclusive rispetto alle loro controparti comuni: il peculato (da 4 a 10 anni e 6 mesi) rispetto all'appropriazione indebita (da 1 a 4 anni); la concussione (da 6 a 12 anni) rispetto all'estorsione (da 5 a 10 anni, oltre la multa); la corruzione (da 3 a 8 anni, e da 6 a 10 anni per la forma *propria*) rispetto alla corruzione tra privati (da 1 a 3 anni). Va da sé che per questi reati, l'art. 131-bis risulta inaccessibile, con la lieve entità del fatto che potrà al più portare a un'attenuazione della sanzione (v. art. 323-bis Cp), piuttosto che a un proscioglimento.

Ma il carattere "arcigno" lo si comprende ancor meglio scorrendo il *parterre* delle sanzioni accessorie, e delle misure processuali e penitenziarie previste a loro completamento. Si prevedono pene interdittive, anche perpetue, che incidono sulla possibilità di contrattare con la PA (art. 32-ter ss. Cp) e persino sui rapporti di lavoro (art. 32-quinquies); si consente, o comunque si facilita, il ricorso a strumenti investigativi particolarmente invasivi, come gli agenti sotto-copertura (art. 323-ter Cp) e i captatori informatici (art. 267 Cpp); addirittura, in alcuni casi, si possono attivare anche le misure di prevenzione personale del "Codice antimafia" (d.lgs. n. 159 del 2011)¹².

Per giustificare un simile regime penale, perciò, sembra necessario non soltanto che l'agente ricopra un ruolo 'rigidamente' disciplinato dal diritto, ma che tale rigidità sia volta ad assicurare il raggiungimento di obiettivi particolarmente qualificati. Invero, considerata l'entità delle conseguenze che ne possono derivare, la violazione delle regole dell'ufficio che riveste deve essere in grado di dimostrare il tradimento di una posizione fiduciaria davvero strategica, effettivamente meritevole della forte tutela preventiva predisposta. Viene a mente il celebre adagio ricavato dal «*Plan de travail, de surveillance et de correspondance*» redatto dal *Comité de salut public*, figlio proprio di quella Rivoluzione francese che ha fatto da crogiolo anche ai concetti di PA e di pubblica funzione: «*Ils doivent envisager qu'une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir*»¹³. Espressione che oggi appare un po' ingenua, almeno

¹² Quando arrivava la condanna, poi la possibilità di sospenderla o di fruire di strumenti premiali era in larga parte esclusa, trattandosi perlopiù di c.d. "reati ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario. (in proposito si leggano le considerazioni di V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 febbraio 2019). Nondimeno, a seguito del d.l. n. 162 del 2022, convertito con modificazione dalla l. n. 199 del 2022, i reati contro la PA sono stati eliminati dall'art. 4-bis Op.

¹³ Cfr. *Plan de travail, de surveillance et de correspondance – Des fonctions des Représentans du Peuple, relatives aux corps administratifs, aux sociétés populaires, aux ressources locales du commerce et de L'industrie, et aux établissemens d former ou à perfectionner* (Du 7 Mai 1793), in *Collection générale des décrets rendus par la*

nella sua componente anti-capitalista¹⁴, ma tant'è: il bacino culturale sembra proprio quello¹⁵, e il percorso da quel principio a questo regime appare peraltro sufficientemente lineare.

Ora, se la accentuazione del versante della responsabilità è chiaro – lo abbiamo visto, a dispetto del generale andamento ‘insulare’, il Titolo II assomiglia a un vero e proprio Grand Canyon – resta da capire quanto lo sia, invece, quello dei poteri e di chi ne è titolare. Perché per giustificare un regime del genere, così comprensivo nelle tipologie di condotte che vengono punite, e così severo nelle conseguenze punitive che derivano dalla violazione dei suoi precetti, i destinatari dovrebbero essere soggetti titolari di uffici non soltanto giuridicamente rilevanti, ma disciplinati proprio in modo *sui generis*, in quanto connessi a poteri e prerogative funzionali della massima importanza e delicatezza per l'ordinamento. A ben vedere, infatti, anche il diritto privato si occupa di numerosi uffici capaci di incidere sulla sfera giuridica di terzi, a partire ad esempio dalla tradizionale figura del rappresentante negoziale (artt. 1387 ss. Cc); per simili ruoli, la legge civile stabilisce specifici obblighi di diligenza e buona fede, sovente più stringenti rispetto a quelli ordinari. In questo contesto, perciò, servirebbe davvero cogliere “qualcosa in più”, degli attributi aggiuntivi di particolare significanza, tali almeno da rendere razionale la scelta particolarmente vincolistica e punitiva operata dal legislatore; in perfetto *pendant*, verrebbe da dire, con il principio di legalità sostanziale sancito dall'art. 97 Cost. proprio per le PA, e con i doveri aggiuntivi di “disciplina” e “onore” che l'art. 54 Cost. fa gravare soltanto sugli esercenti di funzioni ‘pubbliche’.

La risposta a questo interrogativo ci viene dalle norme che stabiliscono chi sono gli “intranei” e chi gli “estranei” del sistema dei delitti contro la Pubblica amministrazione, ossia gli artt. 357 e 358 Cp.

Queste due norme ci dicono chi sono i soggetti pubblici, spiegandoci cosa fanno: non soltanto un'attività amministrativa, che viene distinta in una funzione e in un servizio, ma anche una legislativa, e giudiziaria. Tre attività diverse, dunque, che vengono però accomunate nello statuto penale¹⁶.

Convention Nationale, 9, 72.

¹⁴ V. *infra*, par. 4.

¹⁵ D'altra parte, come noto, il raggruppamento dei delitti destinati alla tutela della PA e lo stesso concetto di amministrazione pubblica è ‘d'importazione’ francese (v. S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010, 3 ss.).

¹⁶ Ciò accade sin dai tempi in cui si parlava, con Carrara, della «pubblica giustizia», arrivando poi ai codici pre-unitari e allo Zanardelli. Non è dunque soltanto un'eredità del fascismo, anzi è un approccio che, a dispetto della

Dal punto di vista definitorio, il c.d. “anello debole” è sempre stato quella amministrativa, e ancor’oggi continua a esserlo per buone ragioni. Invero, il richiamo alla funzione legislativa e quella giurisdizionale – oltre a giovare della particolare e distintiva caratterizzazione delle due attività – può essere rettammente inteso come un vero e proprio elemento normativo, perché consente di ricollegarsi almeno agli artt. 70, 117 ss. e 101 ss. Cost., oltreché ai regolamenti della Camera dei Deputati e del Senato e al R.D. n. 12 del 1941, sull’ordinamento giudiziario; disposizioni che permettono di individuare i principali titolari delle due funzioni.

I concetti di “funzione amministrativa” e “pubblico servizio”, invece, possono giovare al più di concettualizzazioni della dottrina giuspubblicistica, di cui però si rileva la sostanziale circolarità e inconcludenza sin dai tempi di Massimo Severo Giannini e della sua celebre postilla del 1973¹⁷.

Per risolvere il problema, allora, nel 1990 si pensò di darle una definizione espressa ai fini del diritto penale; il rimedio, però, si rivelò presto peggiore del male, perché la si incentrò sulla natura di “diritto pubblico” delle norme che la disciplinano, e sulla consistenza non meramente materiale o d’ordine della mansione svolta¹⁸.

Si ripropose, insomma, l’idea bobbiana di una “grande dicotomia” tra diritto pubblico e diritto privato¹⁹, utilizzandola nella più terribile delle sedi giuridiche – per l’appunto quella penale – alla stregua di novella Caronte del Titolo II: le attività disciplinate da diritto pubblico vengono traghettate nel territorio dei reati contro la Pubblica amministrazione; le altre, invece, vengono lasciate sulle sponde ben più rosee e floride del Titolo XIII, dei reati societari e così via.

Il problema è che questo Caronte non chiede l’obolo a nessuno, finendo in definitiva per traghettare a casaccio. Non lo si può biasimare, del resto, perché gli è stato imposto di prelevare una cosa che nella realtà non esiste.

separazione dei poteri a cui si ispira, è nato proprio nel periodo liberale, e che continua ad essere largamente adoperato in molte altre esperienze giuridiche e anche a livello europeo e internazionale, come ci testimonia bene l’art. 322-bis Cp.

¹⁷ M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quad. fior.*, 1973, 179 ss.

¹⁸ Precisazione preziosa, questa, quanto sostanzialmente inascoltata. E lo fanno bene i bidelli di scuola elementare (v. *infra*), o gli “scassettatori” di *slot-machine*, per richiamare la terminologia della Corte (Cass. pen. S.U. 6.2.2021, n. 6087, con nota di N. Amore, *Le Sezioni Unite e il peculato del gestore di “slot-machine”*, in *CP*, 2021, 2451 ss.),

¹⁹ N. Bobbio, *Pubblico/privato*, in *Enc. Ein.*, Torino, 1980, 401 ss.

In effetti, della supposta *distinzioni a priori* se ne sono occupati in molti, da Von Savigny²⁰ a Schmitt²¹, passando per Kelsen²² e Weber²³, ognuno proponendo una opinione differente, spesso critica. E non è un dato casuale, come ci mostra anche la genealogia storica recentemente compiuta da Bernardo Sordi: la distinzione, infatti, non è affatto ontologica, e tantomeno risale al noto passo di Ulpiano contenuto nel *Codex Iustinianus*²⁴; piuttosto, appare il frutto ideologico, e storicizzato, del liberismo e dell'imperativismo 800esco²⁵.

D'altronde, lo si osserva bene pure oggi: il potere e le relazioni asimmetriche sono proprie anche delle attività private (pensiamo alla regolazione del mercato, o ai rapporti di lavoro); gli interessi di rango generale possono essere soddisfatti anche con strumenti civilistici, e in linea generale ogni caratteristica dell'attività pubblica finisce per poter essere riscontrata anche in quella privata, e *viceversa*. Gli esempi che si possono fare sono molteplici, ma concentriamoci giusto sulle ipotesi di più stringente e problematica attualità: è sotto gli occhi di tutti come sia prevalentemente la piattaforma privata *Twitter* (ora «X») a interferire sulla diffusione dei messaggi rilevanti per il dibattito politico²⁶, mentre la gestione di una avanzata tecnologia di telecomunicazione («*StarLink*») da parte del *board* della società proprietaria («*SpaceX*») riesce a far naufragare addirittura un'operazione militare non gradita condotta da uno Stato sovrano estero²⁷. Il mercato, poi, ormai è popolato da numerose entità ibride, tanto che è ormai tramontata, dalla visuale di altri ambiti di disciplina, l'ambizione di distinguerle tra pubbliche e private: su impulso dell'Unione, oggi tutti i paesi membri variano la nozione di Amministrazione a seconda del plesso normativo, e in funzione degli scopi di quel singolo plesso normativo. E così, abbiamo il T.U. sul pubblico impiego, la legge sul procedimento amministrativo, il nuovo codice dei

²⁰ F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino 1840.

²¹ C. Schmitt, *Über die zwei großen "dualismen" des heutigen rechtssystems* [1939], in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe*, Berlino 1988.

²² H. Kelsen, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *RIFD*, 1924, 341.

²³ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922.

²⁴ Ulpiano, D. 1,1,1,2.

²⁵ B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

²⁶ Il caso che ha avuto l'eco più ampio concerne la passata rimozione di Donald Trump dal *social network*, dopo i messaggi inviati prima e durante i gravi fatti occorsi a Capitol Hill (in proposito v. per es. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. info. dir.*, 2021, 2, 43 ss.; S. Bonfiglio, *L'assalto a Capitol Hill e la tenuta dello Stato di diritto nelle democrazie contemporanee*, in *DemSec*, 1, 2021, 3 ss.).

²⁷ Si rinvia ad esempio a V. Kim, *Elon Musk Acknowledges Withholding Satellite Service to Thwart Ukrainian Attack*, in *nytimes.com*, 8.9.2023.

contratti pubblici (etc.), che forniscono ciascuna la sua definizione di PA. In definitiva, le famose “norme di diritto pubblico” a cui il diritto penale ingenuamente si richiama, non ci dicono più chi è la Pubblica amministrazione, ma soltanto chi lo è ai determinati fini del singolo regime amministrativo preso in considerazione.

La Pubblica Amministrazione contemporanea, allora, è divenuta “Nessuno”, una novella Ulisse, che cambia veste a seconda di ciò che le è richiesto dalla situazione. Ed è inutile guardare alla natura «pubblica» della disciplina – come pure suggerirebbe la definizione dell’art. 357 Cp – perché è proprio in quella tipologia di disciplina che s’incontrano definizioni di PA a geometrie programmaticamente variabili.

Si capisce bene, dunque, come tutto l’arsenale punitivo dispiegato nel Titolo II, si trovi ormai a essere direzionato in modo contraddittorio rispetto alle sue stesse premesse, senza una chiara delimitazione del suo campo d’intervento, in un contesto che è profondamente mutato rispetto al quadro che il codificatore aveva in mente, quando redigeva il codice²⁸.

3. Alla luce di quanto si è osservato, verrebbe da dire che qui la principale fonte di effetti collaterali alberghi proprio nell’irrazionalità complessiva dell’architettura penale del Titolo II, che risulta ormai sostanzialmente incomunicabile ai consociati, e del tutto imprevedibile nella selezione dei suoi destinatari.

Ciò produce, anzitutto, delle contraddizioni interne, che derivano dalla scelta di accomunare il regime penale di funzioni in realtà molto diverse. Tali contraddizioni hanno come risolto un difetto di effettività della tutela penale, che passa essenzialmente per l’incapacità, delle fattispecie, di attagliarsi alla specifica attività presa volta per volta in considerazione: pensiamo alla corruzione propria o all’omissione d’atti d’ufficio con riferimento all’attività legislativa, oppure al riformato abuso d’ufficio e al rifiuto d’ufficio rispetto all’attività giudiziaria; o ancora al significato della «induzione indebita» nell’attività amministrativa, che almeno in quel contesto dovrebbe esser trattata al pari della corruzione²⁹.

Ma vi sono, direi soprattutto, contraddizioni “esterne”, derivanti esattamente dalla irrazionalità del criterio discrezionale intranei/estranei, irrazionalità che si apprezza

²⁸ Il problema è diffuso, ma nel nostro Paese è aggravato da una definizione di “attività amministrativa” (propiziata dalla dottrina) che è al più evocativa, non certo connotativa; e da una giurisprudenza che, per prendere a prestito una espressione di Welzel, alla tipicità preferisce come referente una certa visione dell’etica sociale, con conseguente approccio casistico mantenutosi inalterato negli anni, a dispetto delle riforme.

²⁹ In proposito sia consentito il rimando a N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino 2022.

anche con riguardo alle conseguenze penali che ne derivano. Ed è qui che si verifica il c.d. *chilling effect*³⁰, ossia, per intendersi, quella particolare perversione della general prevenzione negativa, che porta a dissuadere non soltanto dal compimento dell'illecito, ma dalla stessa attività lecita da cui origina l'illecito, e che pure avrebbe una sua utilità sociale. Un *chilling* che può esprimersi tanto in comportamenti compiutamente evasivi, di rinuncia radicale al compimento dell'attività, che in contegni elusivo-difensivi, in cui cioè si agisce non con la preoccupazione del risultato che si ottiene, ma di quello di cui si potrebbe essere rimproverati.

Anzitutto, abbiamo schiere di privati cittadini considerati pubblici ufficiali pure quando esercitano attività disciplinate dal codice civile (un buon esempio è il curatore dell'eredità giacente)³¹, e persino quando compiono mansioni caratterizzate prevalentemente dalla spendita di energia fisica o, comunque, dal disimpegno d'attività d'ordine (si pensi al bidello di scuola elementare)³². Qui la sperequazione tra *responsabilité* e *pouvoir* è talmente palese da poter far 'debordare, per così dire, l'effetto *dissuasivo* del divieto persino sull'attività (lecita e autorizzata) da cui l'illecito scaturisce, che così invece di essere promossa viene scoraggiata.

Si pensi al noto caso del difensore che verbalizza l'intervista difensiva, considerato dalle Sezioni Unite un pubblico ufficiale come il Pubblico Ministero³³. Come a dire: alla 'vostra' richiesta di "parità delle armi", faccio subito conseguire la parità delle responsabilità. La realtà, però, è che le "armi" effettivamente a disposizione delle due parti non sono affatto equiparabili, e in questo modo si è contribuito a spuntare ulteriormente quelle riconosciute all'avvocato. L'indagine difensiva dell'avvocato, infatti, oltre a giovare di supporti investigativi minori, è disciplinata in modo da rimanere facoltativa e unidirezionale (in quanto limitata alla ricerca e individuazione di elementi di prova 'a favore' della parte privata assistita, v. art. 327-bis Cpp), potendo anche risultare incompleta (il difensore resta libero di valutare quali e quanti atti di indagine compiere, e soprattutto quali di essi introdurre nel processo, v. art. 391-octies Cpp). Invece, la si parifica a quella svolta del PM, punendo tuttavia l'avvocato non

³⁰ Il tema è stato affrontato N. Recchia, *Diritto penale e chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione, oltreché da L. Clemenzi, *Chilling effect: una prospettiva terminologica*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (Atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

³¹ Cass. 23.7.2010 n. 34335, in *italgiure.giustizia.it*.

³² Cass. 16.3.1993, *Apra*, in *RPE*, 1994, 67.

³³ Cass. Sez. Un., 28 settembre 2006, n. 32009, con nota di A. Vallini, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *DPP*, 2007, 347 ss.

tanto (o meglio, non soltanto) perché ha formato un verbale che raccoglie in modo incompleto le dichiarazioni rilasciategli, quanto perché lo ha poi impiegato nel processo; finendosi, così, per punire un falso in atto pubblico in ragione del suo utilizzo, secondo uno schema casomai tipico del falso in scrittura privata, già solo per questo involontariamente dimostrando come le caratteristiche dei due ruoli processualmente contrapposti non disegnino affatto simmetrie. In tal modo, alla tradizionale poca dimestichezza della nostra avvocatura con le indagini difensive, si aggiunge un effetto di *raffreddamento*, che si nota bene non solo dalla loro assenza nella prassi, ma pure dai convegni che le sono dedicati, con tutte le preoccupate diatribe sull'opportunità di registrare o video-registrare l'incontro, sul dovere o meno di produrle, e addirittura sulla possibilità di non consegnarne copia al difensore che subentra nel mandato. Con, talvolta, la raccomandazione: evitate, se potete.

Sarebbe bene evitare "pubblicizzazioni" affrettate delle attività e degli agenti che le svolgono, perché gli effetti che ne possono derivare sono davvero ragguardevoli in questo settore.

Lo testimonia efficacemente anche il caso dell'esercizio della facoltà d'arresto da parte del privato (art. 383 Cpp). Come noto, la giurisprudenza sostiene, condivisibilmente, che una simile prerogativa implica un «esercizio di fatto dei poteri [...] e [...] delle attività procedurali propri degli organi di polizia giudiziaria». Da ciò, tuttavia, se n'è fatto forse troppo *velocemente*³⁴ discendere il riconoscimento della qualifica penale "pubblica" a colui che lo effettua, equiparando così il cittadino all'agente di polizia giudiziaria che esegue l'arresto. A sostegno di questa soluzione si potrebbe considerare la necessità di evitare una irragionevole discrasia fra la minore tutela penale riservata a chi agisce, in fondo, per ragioni di solidarietà sociale e fini di giustizia, e quella che viene invece apprestata a chi, comunque, si limita ad adempiere ai doveri del proprio ufficio. Nondimeno, si tratterebbe di un approccio sostanzialista davvero degno di miglior causa, non sostenuto da argomenti sufficienti ad avvalorarne la fondatezza.

Procedendo con ordine, si può anzitutto evidenziare, banalmente, come la norma incriminatrice non sia diretta a tutelare chi agisce, ma semmai chi subisce l'arresto. In secondo luogo, gli artt. 357 ss. Cp conferiscono la qualifica di "pubblico" agente sulla base della consistenza e della disciplina dell'attività esercitata, non delle sue finalità –

³⁴ Inteso quale richiamo al pensiero "veloce", o "Sistema 1", relativo alle decisioni che si compiono senza una riflessione compiuta e consapevole, e pertanto più esposte (tra l'altro) a euristiche (v. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011, trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2012).

anzi, è proprio per escludere il riferimento alle generiche “finalità”, che si è proposto un criterio di matrice funzionale-obiettiva, incentrato sulla natura della disciplina che regola la mansione svolta al momento dell’illecito³⁵. A tale proposito, è evidente che l’attività di arresto del privato si differenzi da quella del pubblico ufficiale, non essendo né “doverosa”, né tantomeno doverosamente “tempestiva” e “imparziale”. In effetti, l’aspetto saliente che potrebbe sfuggire è proprio questo: se si dice che l’arresto del privato costituisce un’attività pubblica, e si equipara il soggetto che lo compie a un soggetto pubblico, allora significa che in quel frangente egli diviene assoggettabile all’intero raggruppamento delle fattispecie proprie previste dal Titolo II; conseguentemente, potrebbe forse costituire rifiuto di atti di ufficio la scelta del privato di non attivarsi nel mentre, sotto i suoi occhi, si sta consumando un furto³⁶; oppure ancora, se invece desse tempestivamente seguito alle sollecitazioni del titolare dell’appartamento spogliato, di inseguire quello stesso ladro in cambio di una somma

³⁵ M. Gallo, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico (a proposito dei dipendenti degli istituti di credito di diritto pubblico)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, 217 ss.; G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *RIDPP*, 1967, 3 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 11; C. Pedrazzi, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica*, in *RIDPP*, 1966, 353. P. Severino Di Benedetto, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1987, 29 ss.; A.M. Stile, voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *DigDPen*, Torino, 1987, 132 ss.).

³⁶ Si potrebbe eccepire che anche in campo pubblico possono esistere attività che non devono essere obbligatoriamente effettuate. In effetti, si potrebbe chiamare in causa proprio l’art. 381 Cpp, che disciplina l’arresto “facoltativo” da parte dello stesso agente di polizia giudiziaria. A ben vedere, però, questa eccezione evidenzia anche il «motivo profondo» per cui «l’impostazione funzionale-obiettiva pura non è mai riuscita a metter d’accordo gli interpreti: per la collettività, infatti, esistono ruoli e posizioni che si impongono di per sé (nel loro complesso, si potrebbe dire), a prescindere dalla specifica attività che stanno compiendo in quel momento. Per esempio, il parlamentare, il ministro, l’agente di polizia (etc.) sono in genere percepiti come tali perché eletti, nominati, oppure perché indossano la divisa, e così via. E certamente sono considerati come tali in tutto quello che fanno, pertanto ci si aspetta che la valutazione della loro posizione non vari a seconda della mansione che stanno espletando nel determinato caso. Oggi, tuttavia, ai fini del diritto penale, gli artt. 357 ss. Cp richiedono proprio di inferire la natura (non di parlamentare, di ministro o di agente di polizia, bensì) di soggetto pubblico, guardando alla tipologia di disciplina che regola (non la funzione nel suo complesso, bensì) la singola attività in corso di espletamento. E allora, volendo andare a guardare un po’ più da vicino l’attività richiamata (arresto facoltativo della p.g.), la risposta può essere articolata nei termini che seguono: come noto, la p.g. è tenuta a ben precisi obblighi di servizio e di comportamento, che riconducono la ‘facoltatività’ di alcune sue scelte (tra cui, per l’appunto, quella in tema di arresto nei casi indicati dall’art. 381 Cpp) al doveroso e corretto governo di criteri tecnici di opportunità non direttamente sindacabili dal giudice. In pratica, nel caso della p.g. l’arresto non è mai propriamente “facoltativo”, bensì “discrezionale”. Ossia, mentre il cittadino resta completamente libero di scegliere a suo totale piacimento se agire o meno, qualsivoglia sia la ragione, la p.g., invece, deve scegliere se agire o meno sulla base di una valutazione discrezionale che la legge gli assegna, e che deve compiere. Non può, insomma, disinteressarsi della vicenda: può scegliere se intervenire o meno, analizzando l’opportunità della sua azione (ad es. dal punto di vista investigativo), ma non ha la possibilità di prescindere da questa valutazione» (cfr. N. Amore, *Pubblico e privato*, cit., 195 ss.).

di denaro, gli si dovrebbe altresì applicare il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione; e così via. *Tertium non datur*. Peraltro, vale forse la pena evidenziare, sommessamente, come insistere nel voler assimilare il cittadino che arresta a un Ufficiale, finisca pure per determinare la sostanziale abrogazione dell'art. 628 Cp: difatti, ogni reazione alla sottrazione di un bene che si risolva in un tentativo di *fermare* l'aggressore da parte del soggetto passivo e/o di un terzo, permetterebbe di considerare questi ultimi quali soggetti pubblici; conseguentemente colui che li percuota o li minacci «per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità» realizzerebbe non più un fatto di rapina impropria, bensì di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 Cp). *Last but not least*, una simile assimilazione porrebbe poi il tema del regime penale delle condotte offensive compiute sulle persone poste in custodia, perché finirebbe per estendere al privato anche il regime speciale previsto per gli ufficiali che compiono condotte *abusive* contro gli arrestati e i detenuti (art. 606 ss. Cp), generando in tal modo ulteriori irrazionalità applicative³⁷.

Ma le cose, evidentemente, non stanno così. La ragione non risiede soltanto nell'assurdità dell'esito, che comunque già di per sé è tale da condurre, inevitabilmente, a sconfessare il ragionamento dal quale deriva. Piuttosto essa riposa soprattutto sulla diversa posizione dei due soggetti, l'Ufficiale e il privato, che possono eseguire l'arresto; una differenza persino ovvia – dati i diversi obblighi incombenti sul primo rispetto al secondo, quale imprescindibile corredo di una posizione professionale di potere e responsabilità³⁸ – che *in subiecta materia* viene riconosciuta e ratifica dallo stesso codice di procedura penale, nella misura in cui detta per il comune cittadino regole procedurali *ad hoc* nell'art. 383 co. 2 Cpp, non aspettandosi certo l'osservanza dei più articolati doveri funzionali discendenti dalla veste di agente delle forze dell'ordine. E, si potrebbe aggiungere, menomale che lo fa esplicitamente, visto che sostenere il contrario produce come risultato sia di estendere ulteriormente l'area del penalmente rilevante, sia di scoraggiare ulteriormente i privati ad effettuare proprio quegli interventi congruenti con i doveri di solidarietà sociale prescritti dalla costituzione, che pure si intendeva valorizzare.

³⁷ In estrema sintesi, si tratta di fattispecie fondate sull'idea che si "abusi" di poteri sulla persona in custodia che sono stati previamente attribuiti giuridicamente e di cui, perciò, è in certa misura legittimo l'utilizzo; pertanto, simili violazioni vengono punite meno severamente di corrispondenti eventuali ipotesi di reato comune.

³⁸ Apparirebbe offensivo doverlo 'dimostrare' elencando la corposa sequela di norme giuspubblicistiche dedicate alla disciplina (ad esempio) di questo o di quel corpo di polizia, delle loro disposizioni deontologiche e di condotta, nonché di quelle destinate alle regolamentazioni della attività di polizia amministrativa e giudiziaria.

In definitiva, perciò, quando la responsabilità per l'esercizio del potere, e la violazione del dovere, ricade su soggetti privi di quel potere e di quel dovere, l'effetto dissuasivo della legge penale si estende dal comportamento illecito, all'attività lecita che esso perverte, finendo in definitiva per scoraggiare entrambi.

Il paradosso, però, è che anche quando viene applicato a soggetti, o meglio ad attività che sembrano meglio attagliarsi al regime vincolistico e repressivo del Titolo II, gli effetti che si raccolgono sono forse peggiori del male stesso che si intendeva combattere.

Guardando al passato abbiamo il noto caso dei fidi bancari facili, culminato con l'equiparazione delle banche private a quelle pubbliche, che ha avuto come unico effetto quello di paralizzare ulteriormente un mercato del credito tradizionalmente già poco fluido nel nostro Paese³⁹. Guardando all'oggi, riscontriamo questa tendenza ad accomunare a dei soggetti pubblici coloro che prestano servizio presso le c.d. «amministrazioni aggiudicatrici». Ora, non c'è dubbio che almeno l'amministratore delegato dell'Eni, o di Enel, e così via, sia in grado di compiere illeciti di ben maggiore rilevanza rispetto all'addetto di una municipalizzata. Tuttavia, la violazione delle procedure d'evidenza frustra per lo più l'interesse della concorrenza, ossia precisamente quell'interesse – pubblico, peraltro, il che evidenzia una volta di più come questa etichetta sia capace di *evocare* ma non di *connotare* – che si ritiene essere tutelato dai reati societari e dalla fattispecie di corruzione tra privati⁴⁰. Senza contare, poi, che la nozione di Amministrazione cambia, lo si è visto, da una legge amministrativa all'altra, a prescindere dalla qualità dei vincoli e della fiduciarità dei ruoli.

Una confusione tremenda, insomma, che le società fronteggiano con consulenze esose (con conseguenti ricarichi sui costi a carico degli utenti), nella vana speranza di capire se in caso di violazione del codice appalti si incorra nell'applicazione del Titolo II, e pure se si è sottoposti al regime 190, a quello 231, o, come talvolta capita, a entrambi. Con l'aggiunta così di una ulteriore burocratizzazione dell'attività di questi enti, sempre più simili, stavolta sì, a delle PA piuttosto caricaturali.

Come uscirne, allora?

³⁹ Si veda per tutti AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980; V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 599 ss.

⁴⁰ In proposito v. per es. S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *DPP*, 2017, 713 ss.; A. Spina, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *RTDPE*, 2007, 805 ss.

4. È fuor di dubbio che il *chilling effect*, in sé per sé, si possa combattere con progressivi disimpegni del penale. Del resto, in Inghilterra è dal 1600 che hanno capito che a grandi poteri possano semmai funzionalmente meglio corrispondere responsabilità limitate⁴¹. E, guarda caso, è proprio alla responsabilità limitata che si ritorna, per garantire il miglior esercizio dei grandi poteri, a partire da quelli democratici: pensiamo, ad esempio, al dibattito sulla amministrazione difensiva e sulla paura di firma dei sindaci indotta dalla figura dell'abuso di ufficio⁴²; ancora, alle immunità dei Parlamentari e dei Capi di Stato; e così via.

Dall'altro lato, però, sono *anche* i vuoti di tutela che hanno fomentato l'applicazione estensiva del Titolo II⁴³: del resto, non si può certo dimenticare l'ovvio, cioè come l'illecito produca effetti negativi innanzitutto sui terzi⁴⁴; effetti che, in questo ambito specifico, minacciano pure di riflettersi sull'intera collettività.

E allora, tra il martello degli effetti collaterali e l'incudine della ineffettività della politica criminale, se ne può uscire tenendo presente che l'effetto di *raffreddamento* costituisce anzitutto un problema di *percezione*: l'agente non è inibito dalla sproporzione del trattamento, bensì dalla percezione della sproporzione. Lo si vede bene nella responsabilità medica: la condanna è una rarità – anche per i processi di selezione informale secondaria ampiamente favorevoli a queste categorie d'autore – e i dibattimenti non sono davvero tra i più numerosi⁴⁵. L'esposizione alla querela o

⁴¹ Il riferimento è alla fondazione della *East India Company* e alla conseguente affermazione del principio di responsabilità limitata per i suoi finanziatori. Del resto, volendo indugiare ancora per qualche attimo sui richiami a effetto, si potrebbe evidenziare che anche i supereroi vengono spesso ritratti mascherati, proprio al fine di schermanli dalle 'responsabilità' che potrebbero derivargli dal compimento delle loro mirabolanti imprese.

⁴² V. A. Merlo, "Chi non fa non falla", cit.

⁴³ Per una recente analisi critica sulla espansione applicativa del Titolo II v. P. Pomanti, *La circolarità dei modelli nello statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino 2022.

⁴⁴ Al modo degli *obiter punishment* prodotti dall'applicazione della pena (v. N. Walker, *Why Punish?*, cit., 106 ss.) anche l'illecito può ripercuotersi, ad esempio, sulla vita lavorativa, sociale e familiare tanto delle vittime, quanto dei loro congiunti e delle altre persone a queste connesse.

⁴⁵ Con ciò non s'intende ignorare, né tantomeno sminuire, gli effetti negativi che anche la sola ricezione degli avvisi di garanzia, talvolta distribuiti pure *a pioggia* nel determinato reparto implicato, può generare tra gli imputati; avvisi a cui, peraltro, generalmente seguono pregiudizi reputazionali causati (pure) della copertura mediatica della vicenda, invero non sempre avveduta (con relativa indicizzazione delle notizie anche a 'lungo termine' sui motori di ricerca), e spese legali per gestire il processo che minaccia d'instaurarsi. Solo (e brevemente), per ruoli "di responsabilità", non si può pensare di non essere esposti a vicende che proprio la "responsabilità" chiamano in causa (ancora, questo non significa che si debba perciò solo accettare come fisiologica una qualsivoglia esposizione al contenzioso, bensì che si debba prendere atto di come tale contenzioso sia destinato a far parte della propria vita professionale). È anche un problema formativo, e difatti non è un caso che l'*American College of Surgeons* indichi tra le abilità richieste per diventare un chirurgo «*At the core, surgeons*

denuncia, e/o al processo – certo già in sé non particolarmente motivante – viene comunque avvertita come esposizione alla responsabilità penale *tout court*.

Ciò ad avviso dello scrivente rende almeno *sensata* l'idea di concentrarsi sulle cause che frustrano la comprensibilità e la coerenza della comunicazione normativa, oltreché della prassi giudiziaria. Invero, si ritiene che questa incomprensibilità, questa incoerenza, si leghi anzitutto alla pretesa di utilizzare il processo penale per la risoluzione di raffinate dispute di filosofia del diritto, relative all'essenza pubblica o privata della determinata disciplina; dispute che postulano pure la padronanza di un arsenale concettuale molto elaborato, oltreché dai risvolti sempre opinabili.

A dire il vero, strategie interpretative per correggere un po' il tiro ne esisterebbero. Tuttavia, da un lato, esse non risolvono tutte le aporie interne a cui ho già fatto cenno; dall'altro, su queste strategie non esiste ancora un consenso sufficiente⁴⁶.

Non resta che la consueta invocazione delle riforme, che però evito, visti i catafalchi normativi che ci vengono solitamente restituiti in cambio di così azzardate pretese. Mi limito a segnalare l'opportunità di differenziare gli statuti penali delle tre funzioni, che oggi si distinguono per connotati ancor più inconciliabili. Poi, per quella amministrativa, si dovrebbe eliminare la distinzione, inutile e ormai anche sistematicamente superflua, tra funzione e servizio, dopodiché:

- i. o si abolisce il confine con l'attività privata, dettando criteri di rilevanza penale pensati per agire ubiquitariamente su ambo i campi (lo fa il *bribery act* ad esempio, seppur valendosi di parametri e modalità di qualificazione piuttosto discutibili nella prospettiva di un ordinamento di *civil law*⁴⁷), il che, tuttavia, determinerebbe un mutamento di paradigma radicale, che richiederebbe

must be able to accept responsibility [...] Students who are uncomfortable making quick decisions, occupying positions of leadership, or discussing errors in a public forum may be uncomfortable in surgical roles» (cfr. ACS, *So You Want to Be a Surgeon. Section I: Surgical Traits*, in *facs.org*).

⁴⁶ In proposito si prenda volendo in considerazione l'interpretazione «funzionale-tipologica» proposta per la prima volta in N. Amore, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati propri contro la Pubblica amministrazione. Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, in *RIDPP*, 2018, 2070 ss., e successivamente ulteriormente sviluppata in Id., *Pubblico e privato*, cit.

⁴⁷ L'ambito soggettivo di applicazione del *Bribery Act* del 2010 ricomprende in astratto «*any function of a public nature*», «*any activity connected with a business*», «*any activity performed in the course of a person's employment*», «*any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate)*» (sez. 3), con la sua concreta applicazione che viene però a dipendere dall'esito di un «*expectation test*» svolto *ex post* dal giudice, calibrato sulle generiche «aspettative di un cittadino ragionevole» in merito al dovere dell'agente di eseguire la sua attività «*in good faith*», «*impartially*» o comunque trovandosi «*in a position of trust by virtue of performing it*» (sez. 5).

un'opera di armonizzazione sistematica davvero notevole, coinvolgente anche la formulazione dei precetti e la quantificazione delle sanzioni;

ii. oppure si connotano meglio i confini dell'attività amministrativa, in modo da rendere applicabile i delitti che la riguardano soltanto ad attività ben definite e di particolare rilievo. Vasto programma, si potrebbe obiettare. Nondimeno, soluzioni esperibili emergono dalla dottrina e dalla comparazione: solo per citarne alcune, si potrebbe adottare una definizione espressa delle attività amministrative ritenute rilevanti, nominandole espressamente e analiticamente (si potrebbero ad esempio richiamare le prerogative delle amministrazioni statali e degli enti territoriali esponenziali, soluzione vicina a quella adottata negli Stati Uniti e in alcuni altri paesi nord europei); in alternativa si potrebbe formulare un criterio di qualificazione più specifico⁴⁸, o scegliere a quale dei molteplici regimi amministrativi vigenti⁴⁹ riferirsi per individuare le attività rilevanti ai fini della qualificazione penale degli agenti (assicurandosi che esso risulti effettivamente congruente con lo statuto penale a cui lo si vuole collegare).

Naturalmente, niente di tutto questo vedrà mai la luce. E allora ecco l'ulteriore *chilling effect* che si rischia: quello che inibisce, in chi studia, la voglia di approfondire, discutere e proporre.

Tuttavia, da bravo pisano, non perdo la speranza: come osservava l'autorevole concittadino Galileo Galilei nelle *Meccaniche*, la vite di Archimede ci dimostra come si possa trovare il modo di *ascendere* anche discendendo continuamente⁵⁰. Perciò sono

⁴⁸ Nel 1990 si è cercato di descrivere l'attività «amministrativa» – concetto come noto privo di definizioni normative espresse – adoperando in primo luogo un criterio di tipo puramente valutativo, basato sulla natura “pubblica” della disciplina; si tratta di una soluzione evidentemente contraddittoria, perché pretende di chiarire i polemogeni significanti di “funzione amministrativa” e “servizio pubblico”, mediante un referente altrettanto privo di contenuto univoco. Stavolta, invece, si dovrebbe individuare un criterio in grado di indicare direttamente ed esattamente quali attività si ha in mente di sottoporre al regime penale previsto. In particolare, qualora non si individuino parametri univoci in grado di selezionare precisamente le attività amministrative rilevanti a fini penali (si dovrebbero evitare referenti generali e generici quali, ad esempio, la “imparzialità” e il “buon andamento”), si potrebbe pensare anche di nominarle in modo espresso (per agevolare la comprensione attraverso un'analogia, si pensi all'elencazione con cui l'art. 117 co. 2 Cost. individua espressamente le competenze legislative esclusive dello Stato).

⁴⁹ Al modo del codice del processo amministrativo insomma, che al suo art. 7 co. 2, sposa una nozione di PA collegata soprattutto all'ambito di applicazione soggettiva di un'altra legge amministrativa, ossia la l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo: «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

⁵⁰ «Non mi pare che in questo luogo sia da passar con silenzio l'invenzione di Archimede d'alzar l'acqua con la vite: la quale non solo è maravigliosa, ma è miracolosa; poichè troveremo, che l'acqua ascende nella vite

convinto che, già facendo sedimentare queste e altre riflessioni, e mantenendo vivo il dibattito, seppur lentamente, qualcosa riusciremo ad edificare.

discendendo continuamente» (cfr. G. Galilei, *Le meccaniche*, in *Le Opere di Galileo Galilei*, Firenze 2019).