

## Evoluzione della nozione di pubblico ufficiale nel contesto del binomio attività autoritativa / negoziale della P.A.

A cura del Dott. Francesco Nannetti

Nel senso comune, la scomoda veste di **pubblico ufficiale** è tipicamente cucita sull'agente delle forze dell'ordine in servizio che si serve di tale qualifica per esercitare d'imperio, sulle strade o comunque nello spazio pubblico, la sua funzione di tutore dell'ordine. Non per niente i reati decisamente più "famosi" in relazione a questa figura sono la resistenza e l'oltraggio a pubblico ufficiale (quest'ultimo oggi abrogato) che trovano la loro genesi appunto nel difficile rapporto tra popolazione e forze dell'ordine nello spazio pubblico urbano.

In realtà, il senso giuridico del termine è estremamente più ampio e la fonte che lo disciplina è *in primis* l'art.357 del Codice Penale.

*"Agli effetti della legge penale"* è qui definito pubblico ufficiale colui il quale esercita *"una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa"*.

Mentre le funzioni legislativa e giudiziaria sono in quanto tali pubbliche funzioni, per quanto riguarda la funzione amministrativa il legislatore si è posto il problema di definire sotto quali condizioni la semplice attività amministrativa possa assurgere al rango di **pubblica funzione**.

Infatti non vi è dubbio che ben diverso è il caso in cui tale azione si espliciti nel formare provvedimenti amministrativi quali la concessione, l'autorizzazione o l'esproprio, da quello in cui consista nella stipula di un contratto di compravendita di beni, o ancora dallo svolgimento di qualsiasi servizio pubblico quale la conduzione di mezzo pubblico o la riparazione di un tratto di carreggiata sconnesso.

Discendono da questa considerazione tre livelli di caratterizzazione dell'azione amministrativa meritevoli di definizione: la pubblica funzione (art.357), il pubblico servizio (art.358) e il servizio di pubblica necessità (art.359), dalle quali derivano altrettante qualifiche: il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio, l'esercente un servizio di pubblica necessità. Non si tratta di una distinzione di importanza, ma il legislatore attribuisce speciali tutele e, parallelamente, obblighi e doveri, a colui che esercitando l'attività amministrativa si trovi ad avere, per la particolare natura di

quest'ultima, la possibilità di incidere sui diritti del privato attraverso la formazione di atti o anche l'esecuzione di azioni materiali di natura ampliativa, restrittiva o finanche ablativa dei diritti stessi.

Così è definita pubblica *"la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della P.A. o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi"*. Ciò che distingue il pubblico servizio è proprio l'assenza dei poteri tipici della funzione pubblica, come sopra esplicitati.

Insomma il legislatore ha ritenuto di circoscrivere la nozione di pubblico ufficiale a colui che esercita una funzione amministrativa che si esplica per mezzo di atti o di azioni unilaterali della P.A., quali le varie figure di autorizzazione o concessione, gli atti ablativi, l'indizione di bandi di gara, i verbali di arresto, sequestro e così via. Tenuto conto cioè dei particolari poteri attribuiti a colui che esercita l'azione amministrativa, è necessario da un lato una condotta irreprensibile del soggetto, caratterizzata da obiettività e rispetto sia del pubblico interesse sia delle garanzie del privato, dall'altro uno speciale "rispetto" dovuto a questa figura da parte dei privati.

A simili esigenze fa riscontro un preciso significato di natura penale.

Alcuni reati sono previsti solo in quanto compiuti da persona che riveste la qualifica di pubblico ufficiale o, viceversa, compiuti a danno di questa; altri, pur esistendo in generale, prevedono pene più severe se commessi in tale circostanza.

A titolo poco più che elencativo, l'intero Capo I del Titolo II del Codice Penale (art.314 – 335 bis) prevede quasi esclusivamente reati che possono essere commessi solo da pubblici ufficiali o, in alcuni casi, da incaricati di pubblico servizio. Tra di essi si segnalano i reati di peculato (art.314, 316), concussione (art.317), corruzione per atto d'ufficio, o contrario ai doveri d'ufficio, o in atti giudiziari (art.318 – 320), abuso d'ufficio (art.323), rivelazione e uso di segreti d'ufficio (art.326), rifiuto od omissione di atti d'ufficio (art.328).

Parallelamente il Capo II del medesimo Titolo I (art.336 – 356) prevede i reati commessi da privati contro la P.A., alcuni tra i quali hanno per elemento intrinseco che la persona offesa rivesta al momento del fatto la qualifica di pubblico ufficiale. Tra questi: violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art.336), la già citata resistenza a un pubblico ufficiale (art.337), millantato credito (art.346).

Inoltre un fatto – reato commesso per ordine dell'autorità comporta la punibilità del pubblico ufficiale che ha dato l'ordine (art.51).

Costituiscono infine circostanze aggravanti comuni da un lato *"l'aver commesso il fatto con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio"* (art.61 punto 9), dall'altro, per il privato, *"l'aver commesso il fatto contro un pubblico"*

*ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio[...] nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio" (art.61 punto 10).*

Mentre la maggior parte dei reati connessi alla qualifica di pubblico ufficiale consistono in sostanza nella violazione di divieti, particolare rilievo assume nel contesto della presente discussione il reato che si commette violando un obbligo di *facere*, vale a dire il reato di "**omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale**" (art.361)<sup>1</sup>.

Questa figura, la cui enunciazione in positivo è rappresentata dall'art.331 c.p.p., pone in capo al pubblico ufficiale la responsabilità di dare al magistrato gli elementi per far cominciare un procedimento penale, qualora ravvisi il c.d. *fumus* di reato in un evento di cui ha notizia "*nell'esercizio o a causa delle sue funzioni*", purché procedibile d'ufficio.

Alcune pronunzie giurisprudenziali hanno precisato che ai fini della nozione di pubblico ufficiale non rileva tanto l'essere in servizio, quanto il concreto esercizio, al momento del fatto, delle pubbliche funzioni, cosa che a seconda dei casi può avvenire anche fuori dall'orario di servizio, laddove viceversa il semplice fatto che l'evento sia accertato durante orario di servizio può non bastare se in quel momento non vengono esercitate le pubbliche funzioni<sup>2</sup>.

Importante conseguenza di natura civile è altresì la nozione di atto pubblico, che si forma ogni qual volta un pubblico ufficiale rediga un documento con le richieste formalità e sia autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo ove l'atto è formato. Senza voler entrare nel merito su quali categorie di documenti rientrino nella nozione così enunciata dall'art. 2699 c.c., basti qui porre l'attenzione su due aspetti:

- l'atto pubblico può esistere se e soltanto se colui che lo redige ha in quel momento la qualifica di pubblico ufficiale;
- in un processo civile la conseguenza più rilevante è la piena efficacia probatoria dell'atto pubblico, sottratto, fino a querela di falso con esito positivo, al principio generale della libera valutazione delle prove da parte del giudice (art. 2700 c.c.).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Per amor di precisione, anche il reato di omissione di atti di ufficio è connesso alla violazione di un obbligo di *facere*.

<sup>2</sup> Cass. pen. Sez.I, 17 aprile 2001, n.21730; Cass. pen. Sez.II, 9 luglio 2004, n.38735; Cass. pen. Sez.I, 8 ottobre 1993.

<sup>3</sup> Si veda per una trattazione più esauriente sull'argomento, "La verbalizzazione dell'accertamento degli illeciti amministrativi ambientali: rassegna di problematiche operative" - cura di Stefania Pallotta su [www.dirittoambiente.net](http://www.dirittoambiente.net).

Importanti segnali della legislazione recente, anche ambientale o con importanti riflessi ambientali, stanno mostrando la volontà di aprire sempre più ampie e significative deroghe all'esercizio dell'attività **autoritativa** da parte della P.A., affiancando a questa la sfera dell'attività **negoziale** anche in settori e tipologie prima del tutto e senza discussione riservati ai poteri pubblici autoritativi. Con i tre esempi che seguono, probabilmente non esaustivi della tendenza citata, intendiamo illustrare meglio il concetto ed esemplificarne gli ambiti e la portata di applicazione; se ne esaminerà quindi la connessione con la nozione di pubblico ufficiale sopra tratteggiata e più in generale con quello di pubblico interesse e di controllo di legalità dell'azione amministrativa.

1. La riforma della legge che regola il procedimento amministrativo (L.241/90 novellata dalla L.15/2005).

Si tratta della norma fondamentale che da quindici anni ha stabilito la disciplina essenziale del procedimento amministrativo ed ha portata assai generale, salvo quando prevalgono norme di settore (speciali) confliggenti.

L'art.11 della legge *de qua* stabilisce che la P.A. può concludere accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento finale non più nei soli casi previsti dalla legge, ma ogni qualvolta intenda accogliere osservazioni o proposte provenienti dal diretto interessato o dai soggetti terzi portatori di interessi pubblici o privati, che siano intervenuti nel procedimento per obbligo di legge o volontariamente o cui l'autorità competente abbia comunicato l'avvio del medesimo ai sensi dell'art.7 comma 1.

In altre pagine<sup>4</sup>abbiamo accennato alle perplessità sui problemi pratico – giuridici che l'applicazione di questi accordi può indurre. Qui interessa in particolare richiamare le conseguenze del combinato disposto di questo articolo con l'art.1 comma 1 bis, che afferma testualmente: *"La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"*. Poiché gli accordi sono palesemente atti di natura non autoritativa, pur se sostitutivi di atti autoritativi - come conferma anche il comma 2 dello stesso art.11, che pone il codice civile a fonte normativa principale di questo istituto - se ne deve argomentare che, con la stipula di accordi sostitutivi del provvedimento, un'attività autoritativa retta dalle norme del diritto pubblico si trasformerebbe in attività negoziale che vede la P.A. sullo stesso piano del privato, come per la stipula di un contratto di vendita o acquisto. Per far cenno solo ad una delle possibili conseguenze di questo cambio di paradigma, la sussistenza di meccanismi di

---

<sup>4</sup> "Aspetti rilevanti della nuova disciplina IPPC: il decreto legislativo 59/2005 a confronto con l'abrogato D.Lgs 372/99" a cura di Francesco Nannetti, su [www.dirittoambiente.net](http://www.dirittoambiente.net).

diffida, sospensione e revoca delle autorizzazioni (tipici delle autorizzazioni ambientali) sarebbe demandata al testo effettivo dell'accordo, che potrebbe prevederla o meno o subordinarla a specifiche contropartite.

## 2. Gli accordi di programma.

Si tratta di uno strumento nato originariamente per consentire l'esecuzione di opere e programmi di intervento coinvolgenti una pluralità di enti pubblici assicurando il coordinamento delle rispettive azioni amministrative ed il contemperamento dei diversi interessi pubblici coinvolti. Con questa formulazione e questi limiti, l'istituto è oggi disciplinato dal D.Lgs 267/2000, che ha ripreso l'abrogata L.142/90.

Già in questa formulazione, l'accordo di programma può essere sostitutivo di provvedimenti amministrativi, ad esempio l'art.34 del citato decreto dispone: *"L'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della Regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, [...] qualora adottato con decreto del presidente della Regione, produce gli effetti della intesa di cui all'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato."*

Tuttavia il concetto ricompreso sotto questo nome si è ormai allargato ad accordi tra amministrazioni pubbliche e soggetti giuridici privati. Nella legislazione ambientale recente si è fatto ampio uso di codesto istituto.

A titolo di esempio, in materia di rifiuti si occupano tra gli altri di accordi di programma gli art.2 c.4, 3 c.4 lett.f, 4 c.4, 25 del D.Lgs 22/97.

Non si prevede sostituzione di provvedimenti amministrativi, ma l'art. 4 c.4 sancisce la possibilità di *"stabilire agevolazioni in materia di adempimenti amministrativi nel rispetto delle norme comunitarie"*, quindi, in pratica, di **derogare ad altre parti del decreto** purché non della direttiva madre.

In materia di acque l'art.28 del D.Lgs 152/99 stabilisce disposizioni analoghe per quanto riguarda il riutilizzo delle acque: *"Le autorità competenti possono promuovere e stipulare accordi e contratti di programma con i soggetti economici interessati, al fine di favorire il risparmio idrico, il riutilizzo delle acque di scarico ed il recupero come materia prima dei fanghi di depurazione, con la possibilità di ricorrere a strumenti economici, di stabilire agevolazioni in materia di adempimenti amministrativi e di fissare, per le sostanze ritenute utili, limiti agli scarichi in deroga alla disciplina generale, nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità"*.

La previsione dell'art.5 comma 20 del D.Lgs 59/2005 in tema di IPPC è poi particolarmente problematica perché l'accordo ivi previsto interferisce direttamente con uno o più provvedimenti specifici di autorizzazione, più che disciplinare agevolazioni o semplificazioni per intere categorie di attività produttive come nella legislazione citata sopra.

Infatti, viene introdotta la possibilità di stipulare accordi (che sostanzialmente si configurano come "accordi di programma") mediatori di interessi pubblici diversi, come la tutela ambientale, l'uso corretto del territorio e lo sviluppo del sistema produttivo. Gli accordi devono essere stipulati con l'intesa di Stato, Regione, enti locali competenti per territorio e gestore/i e possono riguardare solo casi di particolare importanza o per il rilevante impatto ambientale o per la complessità o infine per l'interesse nazionale dell'impianto. La presenza di tale accordo obbliga l'autorità competente a coordinare con esso il procedimento di Autorizzazione Integrata Ambientale. Non essendo prevista la possibilità che vi sia conflitto tra l'accordo e la necessità di tenere conto, nel provvedimento autorizzativo, delle pertinenti considerazioni tecniche, economiche e territoriali, si dovrebbe ritenere che le condizioni dell'accordo siano vincolanti per l'autorità competente o in alternativa che l'accordo non possa riguardare elementi che limiterebbero l'applicazione della normativa IPPC (ma non è facile immaginare come ciò potrebbe accadere).

3. Il disegno di legge di riforma urbanistica noto come "legge Lupi" dal nome del deputato promotore.

Occupandosi di "*Principi in materia di governo del territorio*", il disegno di legge n. 3519/2005, allo stato attuale approvato dalla Camera dei Deputati e non ancora discusso al Senato, costituirebbe se promulgato il nuovo testo base dell'urbanistica che, ai sensi dell'art.117 Cost., demanda alle Regioni la disciplina legislativa di dettaglio. Stupisce che un provvedimento di tale rilievo abbia trovato così poca risonanza negli organi di informazione, data la portata delle innovazioni in esso contenute, e da queste pagine esortiamo senz'altro gli urbanisti ed esperti della materia a intervenire quanto prima sull'argomento – limitandoci invece qui a citarne alcuni aspetti.

Il disegno di legge contiene, tra l'altro:

- lo scorporo della tutela del paesaggio e dei beni culturali dalla pianificazione urbanistica, con la riserva allo Stato non solo delle funzioni legislative, ma persino di quelle amministrative relative ai beni culturali;

- la fine dell'obbligo, per i Comuni, di riservare determinate quantità di aree urbane al verde pubblico, ai servizi collettivi ed agli spazi di vita comuni (i cosiddetti "standard urbanistici"), sostituito dall'obiettivo di garantire un livello minimo, non specificato, anche con il concorso dei privati, di "attrezzature e servizi pubblici e di interesse pubblico o generale" (art.7);
- la generalizzazione della prassi di attribuire diritti edificatori, liberamente commerciabili, come perequazione o come deroga regionale ai piani urbanistici vigenti, nonché come alternativa all'indennizzo dovuto al proprietario in caso di esproprio;
- l'introduzione del **silenzio-assenso sul permesso di costruire** in luogo del silenzio-rifiuto (art.13 c.4), vero e proprio blitz con il quale si decide che l'integrità di un territorio è subordinata all'interesse legittimo del privato.

Ma ciò che è considerato da più parti il vero cardine della riforma e fiore all'occhiello di certa urbanistica moderna è la redazione dei piani regolatori non più mediante atti autoritativi, ma "prioritariamente mediante l'adozione di atti negoziali". Sebbene il testo normativo non precisi con chi l'ente procedente (di regola il Comune) dovrebbe negoziare i piani regolatori, la relazione di accompagnamento specifica che detti soggetti si identificano con gli operatori economici interessati.

Nei tre esempi citati, il filo conduttore ci sembra la volontà di disfarsi di una modalità di azione amministrativa in cui l'ente pubblico si pone in posizione di supremazia nei confronti del privato, a favore di modalità negoziali in cui privato e P.A. si mettono sullo stesso piano. Già, tutto bene se fossimo in presenza di contraenti che dispongono di interessi e diritti propri, ma la P.A. dispone dell'**interesse pubblico**! Ed invero queste scelte legislative denotano l'imbarazzo e l'incapacità nel gestire tale categoria concettuale, erosa nel suo significato da anni di privatizzazioni, di politica volta ad ottenere solo compromessi tra contrapposti interessi di categoria anziché quello, appunto, di una collettività, ed anche di azione amministrativa – a vari livelli istituzionali – dominata o condizionata dall'interesse economico di singoli, vero movente di troppe opere pubbliche e provvedimenti.

Si può negoziare l'interesse pubblico con qualche soggetto privato? Evidentemente no: l'attività negoziale dovrebbe perciò riguardare i soli elementi di dettaglio, o le vie alternative per perseguire un medesimo fine pubblico. Ma si tratta di distinzioni talmente astratte e complesse che è facile intuire il concreto pericolo che l'azione amministrativa consista in definitiva nel mero recepimento

delle proposte dei privati ( motivate ovviamente da privati interessi) bilanciate da qualche contropartita.

Ma un'altra conseguenza, non certo incidentale, della generalizzazione dell'attività negoziale della P.A. è il decadere del **controllo di legalità** sull'azione amministrativa.

Si considerino le definizioni di pubblico ufficiale e pubblica funzione discusse sopra. Una funzione amministrativa caratterizzata da accordi negoziali sostitutivi di provvedimento non può più essere definita "pubblica funzione" ai sensi della legge penale: non solo perché non pone in essere atti autoritativi, ma anche perché è retta dalle norme del diritto privato (art.1 bis L.241/90). Ne segue che funzionari ed amministratori pubblici non rivestono la qualifica di pubblico ufficiale nell'attività in questione.

La conclusione che ci sentiamo di proporre (in assenza di giurisprudenza sul tema) è che detti soggetti non possono più essere autori o vittime di tutti i reati connessi al possesso della qualifica, e perdono altresì l'obbligo di notiziare all'A.G. i reati di cui vengano a conoscenza nell'esercizio delle funzioni. Non c'è che dire: dev'essere una liberazione poter finalmente concludere accordi, specie economici, senza l'assillante obbligo di operare in trasparenza e di tenere comportamenti irreprensibili; parallelamente, essere liberati dall'obbligo di segnalare i reati di cui si viene a conoscenza consente senza dubbio maggiore elasticità e celerità nell'azione amministrativa! Si tratterebbe dunque di un preoccupante calo del sindacato dell'A.G. sull'attività amministrativa; è probabile che la giurisprudenza cercherà di limitarne l'impatto come già ha fatto in merito alle conseguenze penali della diffusa privatizzazione dei pubblici servizi.<sup>5</sup>

Per concludere queste note, vorremmo accennare ad un altro elemento che concorre a limitare fortemente l'autonomia e la "forza" del pubblico ufficiale, anche quando non si operi negli ambiti di cui sopra. Ci riferiamo al fenomeno, tutto contemporaneo, del precariato diffuso nella pubblica amministrazione.

La massiccia introduzione di lavoratori con contratti della tipologia più disparata, ma ad ogni modo non assunti in forma stabile, oltre alle conseguenze negative che la precarietà provoca sulla vita individuale, non è neppure giustificabile, come per le aziende private, con la maggiore capacità di reagire ai cambiamenti del mercato. Ma soprattutto, per quanto interessa in questa sede, il funzionario soggetto al rischio di perdere il posto di lavoro, e privo quindi di quel "diritto all'ufficio" che la vecchia dottrina riconosceva come elemento fondativo del rapporto di servizio, vedrà probabilmente limitata, o almeno autolimiterà la propria capacità di compiere un dovere



scomodo quando soprattutto possa ledere interessi forti. Era anche per questo che la nostra Costituzione, all'art.97, aveva previsto (pur senza poter immaginare la precarizzazione del lavoro dei nostri tempi) l'accesso mediante concorso ai pubblici impieghi, per assicurare cioè l'ingresso di persone il meno possibile legate alla conoscenza di questo o quel politico o potente di turno e perciò liberi di esercitare la funzione in piena imparzialità ed obiettività.

Francesco Nannetti

---

<sup>5</sup> Si veda come esempio Cass. pen. Sez. feriale, 19/8/1993 e Cass. pen. Sez. VI, 5/10/1992.