
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

DI STEFANO FIORE

SOMMARIO: 1. Cenni sulla sistematica dei delitti contro la Pubblica Amministrazione. – 2. Il concetto penalistico di Pubblica Amministrazione e la individuazione del bene giuridico tutelato. – 3. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale. – 4. Il lungo percorso della riforma. Una breve sintesi.

1. *Cenni sulla sistematica dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.*

La sequenza imposta dalla progressione discendente che il codice Rocco adotta per la organizzazione della sistematica di parte speciale, una volta assolto il compito ideologico di affermare, il primato dell'Autorità statale incarnata, con evocazione quasi 'fisica', nella tutela che i delitti del Titolo I del Libro secondo offrono alla "Personalità dello Stato", coerentemente prosegue nel Titolo II, dove viene predisposto un vasto presidio penale a tutela della **Pubblica Amministrazione**.

Il Titolo risulta suddiviso in due distinti capi, rispettivamente dedicati ai delitti dei **pubblici ufficiali** contro la Pubblica Amministrazione (artt. 314-335 *bis* c.p.) e ai delitti dei **privati** contro la Pubblica Amministrazione (art. 336-356 c.p.), ma il criterio di ripartizione fondato sulla qualifica soggettiva posseduta (o meno) dal soggetto attivo, in realtà rispecchia solo parzialmente le scelte legislative.

E invero, autori di molti tra i delitti compresi nel capo I possono essere soggetti dotati di una qualifica diversa da quella di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.): oltre agli *incaricati di un pubblico servizio* (art. 358 c.p.) e agli *incaricati di un servizio di pubblica necessità* (art. 359 c.p.),

contemplati sin dall'origine nel Codice Rocco, si pensi oggi ai membri delle istituzioni della UE e ai 'funzionari comunitari', ai quali l'art. 322 *bis* c.p. estende l'applicazione di diverse fattispecie contenute nel capo. E se, d'altra parte, quello previsto dall'art. 322 c.p. è reato che può essere commesso da *chiunque*, il soggetto attivo del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p., pure contenuto nel medesimo capo, deve addirittura essere "*estraneo alla pubblica amministrazione*".

Sfalsamenti rispetto al criterio formale che determina la suddivisione in 'capi' del Titolo II sono d'altronde presenti anche nei reati dei *privati* contro la PA, dove sono presenti soggettività attive certamente riconducibili ad una dimensione pubblicistica (basti pensare al "*custode*" autore della forma aggravata di violazione dei sigilli prevista del secondo comma dell'art. 349 c.p.).

Anche in ragione di questi (e altri) disallineamenti tra il criterio di suddivisione fondato sul necessario possesso da parte dell'autore di una determinata qualifica soggettiva, che rende dunque i reati che lo prevedono di tipo 'proprio', c'è chi preferisce leggere la ripartizione del Titolo II come tesa a riflettere una tendenziale distinzione tra forme di aggressione che provengono dall'interno e quelle che invece la Pubblica Amministrazione subisce dall'esterno.

Pur se bisognosa, da un lato, di aggiornamento e, dall'altro, di una serie di precisazioni, l'attuale sistematica non sembra comunque creare in sede interpretativa particolari problemi o disagi, certamente meno di quanto non avvenga in ragione di altre scelte sistematiche, a volte scellerate, altre volte semplicemente – si fa per dire – indotte dall'ormai ingovernabile stratificazione di epoche, ideologie, contingenze e approssimazioni, più o meno sedimentate, che è possibile osservare attraversando la parte speciale del codice penale vigente.

I problemi semmai si spostano, come si vedrà (*infra* Cap. II), in corrispondenza della necessità di assegnare o meno ad un determinato autore la qualifica soggettiva rilevante ai fini della integrazione della fattispecie. Le maggiori difficoltà su questo versante si sono invero prodotte in ragione della sempre più frequente commistione, che in alcuni casi diventa vera e propria ibridazione, tra dimensione pubblicistica e privatistica nello svolgimento di attività 'a rilevanza pubblica'.

Non solo infatti deve considerarsi ormai un dato strutturale quello del coinvolgimento, a vario titolo, di soggetti privati, in aree tipicamente riferibili al pubblico interesse, ma, da tempo, la stessa Pubblica Amministrazione è presente e svolge attività in settori, soprattutto quelli riconducibili all'ambito delle attività economiche e finanziarie, che impongono l'uso di

strumenti e implicano l'adozione di discipline privatistiche e non sempre è facile separare e distinguere.

Giova infine ricordare che riferimenti alla Pubblica Amministrazione e ai pubblici ufficiali figurano in diverse disposizioni del codice penale, oltre ovviamente a essere disseminati fuori da esso. Limitando lo sguardo al solo codice penale, la qualità di pubblico ufficiale – la cui definizione, contenuta nell'art. 357 c.p. è d'altra parte dettata “*agli effetti della legge penale*”, al pari di quella di incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.) – assume ad esempio rilievo ai fini della configurabilità delle circostanze aggravanti di cui ai numeri 9) e 10) dell'art. 61 c.p.: nel primo caso aggravando il reato comune commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio; mentre nel secondo l'aggravamento dipende dal fatto che il reato sia commesso (tra gli altri) contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio.

Ancora, l'art. 53 c.p. (Uso legittimo delle armi) prevede e disciplina, come noto, una causa di giustificazione ‘propria’ in favore dei soli *pubblici ufficiali*.

Ma la Pubblica Amministrazione compare in varie altre disposizioni codicistiche, come ad esempio, l'art. 7 n. 4, che prevede la punibilità secondo la legge italiana, anche se commessi all'estero, dei “delitti commessi dai pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alla loro funzione”; nonché negli artt. 28, 31, 32 *ter*, 32 *quater* in tema di pene accessorie.

Numerose sono poi le disposizioni di parte speciale non collocate nel Titolo II nelle quali la figura del pubblico ufficiale e la sua attività funzionale compaiono come elemento costitutivo o circostanza aggravante. Si pensi in particolare alla rilevanza che la qualità di pubblico ufficiale riveste nella complessa sistematica delle falsità in atti.

2. *Il concetto penalistico di Pubblica Amministrazione e la individuazione del bene giuridico tutelato.*

La centralità che, dal lontanissimo 1930 a giorni nostri, le fattispecie codicistiche poste a tutela della Pubblica Amministrazione continuano ad occupare sulla scena legislativa e giudiziaria, testimonia in maniera efficace la misura in cui le vicende politico-istituzionali e il mutare del contesto socio-economico, influenzano e condizionano il modo in cui il diritto

penale si manifesta ed opera quando assume ad oggetto l'attività svolta da chi (i pubblici agenti) gestisce la 'cosa pubblica' oppure i comportamenti di chi (i privati) interferisce con essa dall'esterno, al fine di evitare, in entrambi i casi, che indebiti condizionamenti ostacolino o compromettano il raggiungimento degli scopi ai quali è rivolta l'azione amministrativa.

L'analisi di quelle vicende, proiettata sullo schermo del sottosistema penale costituito, ma non esaurito, dal Titolo II del codice penale, da un lato, conferma l'affanno con il quale il diritto penale cerca di tenere dietro ai mutamenti rapidi e incessanti dei contesti reali ai quali si riferisce; dall'altro, consente di verificare anche quanto sia difficile per il diritto e la giustizia penale non solo resistere alla tentazione di assecondare le pulsioni profonde suscitate dalla comprensibile indignazione per comportamenti tanto più deprecabili in quanto assai diffusi, ma anche contrastare la facile e strumentale demagogia che su quelle pulsioni costruisce il suo messaggio, riuscendo a fare presa sul concreto atteggiarsi della risposta penale al malcostume politico-amministrativo.

La considerazione congiunta dei fattori sopra sintetizzati consente di comprendere facilmente le ragioni per cui l'area di tutela a presidio della quale sono stati posti i delitti contenuti nel Titolo II rappresenta per il diritto penale un banco di prova particolarmente impegnativo e una cartina di tornasole utile a valutare l'efficienza di sistemi di controllo integrati che siano basati anche sull'uso, da auspicare come sussidiario, del diritto penale.

La interminabile saga delle 'tangentopoli' di ogni forma e misura, che popola ormai da decenni le cronache giudiziarie, nell'offrire un desolante quadro di illegalità diffusa, certificando la persistenza di una radicata (in) cultura del privilegio, ha prodotto e continua a produrre d'altronde un materiale casistico che sembra davvero inesauribile, in grado di alimentare senza sosta non solo la scena mediatica, ma anche la discussione scientifica, peraltro frequentemente sollecitata da una certa vivacità legislativa in questo settore.

E invero, se confrontata con altri settori codicistici 'tradizionali', l'area di tutela che assume come bene giuridico di categoria la Pubblica Amministrazione è stata indubbiamente interessata, soprattutto negli ultimi tre decenni, da mutamenti più frequenti e profondi di quanto non sia avvenuto in altri ambiti penalistici altrettanto bisognosi di riforma.

La inesaurita capacità dei contrasti interpretativi di rigenerarsi dipende d'altra parte anche e proprio dalla instabilità del quadro normativo, instabilità alla quale fornisce un rilevante apporto il costante mutamento del vasto compendio della disciplina extrapenale di riferimento, il cui (disordinato) andamento si svolge in parallelo all'evolversi e al moltiplicarsi dei modi di estrinsecazione dell'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione.

Più di recente, la scena si è ulteriormente affollata e complicata in ragione della scelta, in sé certamente condivisibile, di implementare strumenti extra penali di prevenzione e controllo dei fenomeni corruttivi e, più in generale, dei comportamenti devianti dei pubblici agenti (si pensi in particolare alla istituzione, con la l. 190/2012, dell'Autorità nazionale anti corruzione). L'insieme non ancora ben coordinato di queste misure necessariamente interagisce con il livello penale ed il loro rapporto sembra essere ancora alla faticosa ricerca di un ragionevole equilibrio.

Parallelamente, la enorme ricchezza della casistica giudiziaria prodotta dall'alluvionale e tracimante fenomenologia concreta che si riversa negli Uffici delle Procure e, con variabile frequenza, nelle aule dei Tribunali, fa emergere – oppure ripropone sotto nuove vesti – persistenti o rinnovati dubbi interpretativi, spesso in corrispondenza di snodi applicativi assai rilevanti nella economia delle varie incriminazioni. Anche per questo gli interventi della giurisprudenza si sono fatti progressivamente più invasivi, al punto da sovrapporre non di rado la politica giudiziaria a quella criminale, accentuando il ruolo di supplenza che la magistratura ha indubbiamente svolto e continua a svolgere nell'azione di contrasto alla illegalità politico-amministrativa, con rischi però non marginali di potenziale distorsione degli assetti e degli equilibri istituzionali.

Tutte le trattazioni aventi ad oggetto i reati contro la Pubblica Amministrazione devono comunque preliminarmente confrontarsi con la necessità di definire – e con ciò delimitare – l'area di interesse e di intervento delle fattispecie codicistiche. È in altri termini in primo luogo necessario elaborare un concetto di Pubblica Amministrazione, da un lato, in grado di esprimere lo specifico punto di vista del diritto penale rispetto alla definizione degli obiettivi di tutela e, dall'altro, capace di accogliere e metabolizzare, se così si può dire, la trasformazione, a volte anche molto profonda, dei modi di presenza ed intervento della Pubblica Amministrazione nella realtà. Sia gli uni che gli altri infatti hanno spesso poco in comune con i modelli che, non solo in origine ma anche fino a qualche anno fa, venivano assunti come punti di riferimento ricostruttivi dell'attività amministrativa rilevante a fini penalistici.

Come si può facilmente comprendere, tutte le accennate direttrici problematiche, finiscono per convergere, condizionandola, sulla ricostruzione degli interessi tutelati dalle fattispecie contenute nel Titolo II del Libro II del codice penale.

Se appare infatti scontato che il rivolgimento (prima) e l'evoluzione (poi) degli assetti istituzionali e del modello dei rapporti tra pubblici poteri e cittadino, abbiano condotto gli interessi tutelati verso lidi lontanissimi

non solo dagli approdi codicistici originari, ma anche da quelli che avevano fornito la base per interventi di riforma non così remoti, tutt'altro che unanimi sono i punti di vista sulla possibilità e invero anche sulla opportunità di costruire oggetti di tutela unitari, a fronte del panorama, empirico e normativo, estremamente composito e anzi a tratti profondamente disomogeneo che oggi abbiamo di fronte.

La combinazione dei fattori dinamici della più diversa natura, che, operando sia dall'interno che dall'esterno, ha sottoposto e continua a sottoporre l'attività amministrativa a spinte evolutive o comunque di cambiamento, raramente però ha prodotto sviluppi lineari; più spesso ha invece impresso al sottosistema penale (nel nostro caso quello codicistico) dedicato all'attività della Pubblica Amministrazione un andamento fatto di accelerazioni e strappi, che ovviamente non favoriscono una buona politica legislativa e tanto meno una equilibrata gestione della corrispondente fenomenologia giudiziaria.

Procedendo per gradi e successive approssimazioni, bisogna preliminarmente ricordare che il concetto di Pubblica Amministrazione accolto dal legislatore codicistico, con una scelta tutt'altro che rinnegata dal legislatore di epoche successive, corrisponde ad una nozione molto più ampia del limitato riferimento all'attività amministrativa in senso stretto, così come intesa e definita dalla dottrina costituzionalistica e amministrativistica. Nell'accezione accolta dal codice, la **Pubblica Amministrazione**, assume infatti una latitudine comprensiva dell'*intera attività organizzativa dello Stato* (e degli altri enti pubblici), estendendosi dunque, oltre appunto alla funzione **amministrativa**, anche a quelle **legislativa** e **giudiziaria**.

Questa scelta – esplicitata in un passaggio sempre citato della Relazione ministeriale di accompagnamento al codice del 1930 – era d'altra parte coerente con l'impostazione ideologica della quale il codice era riconoscibile espressione. A prevalere è infatti una visione unitaria e indivisibile dello Stato e del potere statale, che fa degradare (anche ideologicamente) il principio della divisione dei poteri a mero criterio organizzativo per la distribuzione delle competenze.

La creazione (e il mantenimento) di un'area di tutela comune per la funzione amministrativa, quella legislativa e quella giudiziaria comporta inevitabilmente delle ripercussioni sul piano ricostruttivo e le condivisibili obiezioni circa la opportunità di mantenere questa indistinta ampiezza all'area di tutela non hanno finora trovato riscontro nella volontà legislativa di utilizzare criteri diversi per organizzare la sistematica codicistica che sottende alla definizione dell'ambito di intervento delle fattispecie incriminatrici qui considerate.

Per assecondare il punto di vista unitario, valorizzando la – peraltro inalterata – indicazione contenuta nel codice penale, il **bene giuridico** di categoria e di conseguenza l'**offesa tipica** su cui si fonda la incriminazione dovrebbe invero assumere – così come infatti avveniva in passato e subito vedremo – carattere inevitabilmente ‘formale’. Una lettura evolutiva, orientata a raccordare la sistematica codicistica con i valori e l’impianto istituzionale introdotti dalla Carta Costituzionale ha invece impresso una decisa spinta verso la elaborazione differenziale e concretizzatrice degli interessi tutelati e con essi degli ambiti offensivi propri di ciascuna fattispecie.

Anche se le scorie esegetiche del modello autoritario dei rapporti tra Stato e cittadino adottato dal codice Rocco hanno impiegato molti, troppi, decenni a degradare i loro effetti, può dirsi comunque definitivamente superata la impostazione che, facendo perno sul duplice riferimento al *dovere di fedeltà* che vincola il pubblico funzionario e al *prestigio* rivestito dall’autorità costituita, produceva assetti di tutela e dunque incriminazioni fortemente connotati in senso formale. È chiaro infatti che indirizzando la tutela in quelle direzioni, l’area di rilevanza penale tendeva a coincidere con la mera illiceità amministrativa: la deviazione dalla ‘legalità’ dell’azione amministrativa intesa (riduttivamente) come mera conformità formale alle regole che la disciplinano, diventava cioè la misura unica della disfunzionalità del comportamento rispetto agli obiettivi di tutela, a loro volta riassunti in formule più o meno articolate ma tutte in linea di massima organizzate attorno al nucleo del ‘regolare’ o ‘normale’ funzionamento della Pubblica Amministrazione e dei suoi organi.

Il feticcio del *prestigio* di cui deve godere la Pubblica Amministrazione, rivestimento esterno della sostanza autoritaria della quale erano fatti i rapporti tra PA e i privati cittadini, non si limitava poi a offrire un malleabile criterio offensivo per i reati che avevano questi ultimi, cioè i privati, come soggetti attivi (Capo II), ma in qualche modo attraversava l’intero Titolo, rafforzando o surrogando, in maniera più o meno esplicita, profili offensivi fatalmente un po’ esangui, esito dell’adozione di prospettive formalistiche nello schema di incriminazione.

Come avvenuto anche in altri settori del codice – e come appena sopra accennato – gli indirizzi impressi dai codificatori del 1930 hanno comunque rivelato una notevole capacità di resistenza al cambiamento, pur intrapreso con crescente decisione via via che aumentava il livello di consapevolezza delle implicazioni derivanti dal mutamento degli scenari politico-istituzionali e dall’affermarsi di letture costituzionalmente orientate.

La gradualità di questo processo di emancipazione dal passato è certamente dipesa anche dalla scelta di innestare le riforme di settore sul tronco

normativo originario anziché sradicarlo. Tuttavia, come si accennava, oggi, pur in assenza di un quadro di soluzioni davvero condivise, vengono generalmente adottati modelli ricostruttivi dell'offesa tipica più aderenti al rinnovato modo di intendere la presenza ed il ruolo dei pubblici poteri che si è andato affermando a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e, con maggiore forza, in tempi più vicini a quello presente.

Tappa fondamentale del percorso evolutivo che ha portato al definitivo superamento delle datate e invero anacronistiche impostazioni ereditate dal Codice Rocco è stata l'assunzione dell'art. 97 della Costituzione come diretto riferimento per la ricostruzione del bene giuridico.

Partendo dalla norma costituzionale si è infatti tendenzialmente fatto corrispondere l'area di tutela assegnata ai delitti contenuti nel Titolo con quella risultante dalla duplice finalità in vista del cui perseguimento, secondo la Costituzione, è organizzata e disciplinata l'attività dei pubblici uffici: vale a dire assicurare il *'buon andamento'* e la *'imparzialità'* dell'amministrazione pubblica.

La prima formula (*buon andamento*), che in assoluto è quella più stabilmente presente nelle ricostruzioni – anche giurisprudenziali – del bene giuridico offeso dai delitti dei pubblici ufficiali contro la PA, può essere (ed effettivamente è stata) declinata in modi diversi, assumendo significati più o meno ampi e articolati, ma in buona sostanza rimanda all'esigenza di garantire l'efficienza dell'azione amministrativa, intesa, per usare una felice e fortunata definizione, come *"massima aderenza all'interesse pubblico"* (di volta in volta) perseguito.

Il riferimento all'*imparzialità*, invece, appare obiettivamente meno idoneo ad esprimere una prospettiva di tutela in grado di connotare in maniera unitaria e uniforme l'intera area occupata dai delitti contro la PA. Essa esprime infatti il divieto di utilizzare i pubblici poteri per realizzare deliberate e ingiustificate preferenze o indebiti favoritismi, insieme al rifiuto di qualsiasi discriminazione, idonea a limitare o condizionare la libera partecipazione dei cittadini alla vita politica, economica o sociale.

La utilizzazione dei due citati parametri, ormai da qualche tempo, avviene comunque con la consapevolezza che quella da loro svolta è essenzialmente una funzione di orientamento, dotata di una certa, anche se non elevata, capacità selettiva e tuttavia non irrilevante sul piano interpretativo. A causa sia dell'ampiezza del loro significato, coerente d'altra parte con il ruolo svolto nella economia della disposizione costituzionale, sia – al tempo stesso e con paradosso solo apparente – della loro capacità solo parziale di riflettere la grande complessità e variabilità del quadro valoriale di riferimento, si tratta però di criteri in sé non dotati di una spiccata attitudine

limitativa delle incriminazioni e che rischiano anzi di trasformarsi, come non di rado avviene in giurisprudenza, in meri slogan.

Nonostante questi indubbi difetti, non si è tuttavia rinunciato al solido ancoraggio costituzionale che i parametri del buon andamento e della imparzialità sono in grado di offrire e partendo da quel nucleo, si è provato ad affiancare, integrare, specificare quei riferimenti, al fine di renderli più versatili e soprattutto più utili ad esercitare un effettivo ruolo-guida nella costruzione della tipicità. Il risultato è un variegato panorama di formule o espressioni, nel quale trovano però spazio anche sinonimi, perifrasi, rideterminazioni semantiche, dietro le quali non è sempre facile apprezzare contenuti che vadano oltre l'esercizio lessicale, ma che testimoniano comunque la difficoltà di fissare in un concetto statico la complessità che esso aspira a contenere.

Per accedere ad una dimensione penalisticamente utile e consentire a quei parametri di svolgere una effettiva funzione critica, come si addice ad un bene giuridico, è necessario invero compiere, quanto meno, un passaggio ulteriore. Appare cioè indispensabile procedere ad uno sforzo di **concretizzazione** che in relazione alle singole fattispecie incriminatrici, ma in una certa misura anche alle caratteristiche del fatto concreto, sia in grado di individuare una declinazione offensiva capace di cogliere il disvalore tipico espresso dal fatto. Quest'ultimo si presenta cioè tendenzialmente distinto per ciascuna incriminazione, ma unitario nel suo comune riferirsi all'attitudine che il fatto manifesta ad alterare le condizioni necessarie per assicurare il normale e regolare andamento dell'attività amministrativa.

Benché le espressioni appena utilizzate possano apparire (e in parte sono) lessicalmente compromesse, per così dire, con le rinnegate ricostruzioni originarie dell'oggetto (o degli oggetti) della tutela, una volta sottratte ad una lettura formalistica e utilizzate come catalizzatori di una interpretazione concretizzatrice, ispirata all'attuazione dei valori costituzionali, anche oltre il limitato riferimento all'art. 97 Cost., esse sembrano in grado di offrire un punto di riferimento abbastanza affidabile per la verifica relativa al carattere offensivo del fatto.

Quest'ultimo deve però essere misurato utilizzando parametri molteplici e interagenti, che, a seconda della situazione, portano di volta in volta in primo piano esigenze – spesso collegate sul piano funzionale – di economicità, di trasparenza, di parità nelle condizioni di accesso alle risorse, etc. dell'azione amministrativa, al fine di poter affermare che nel caso concreto c'è stata o meno una *legale esplicazione dei pubblici poteri*, intesa in un senso che non si accontenta, pur presupponendolo, di un riscontro limitato alla regolarità formale degli atti posti in essere, ma che comprende

una valutazione di corrispondenza tra gli atti (o i comportamenti) posti in essere e l'interesse al cui perseguimento essi sono istituzionalmente deputati, misurata in termini di effettività e adeguatezza.

Tra le altre cose, l'adozione del punto di vista appena sopra esposto, lungi dal disperdere, frantumandola, la proiezione offensiva dei delitti compresi in questa categoria codicistica, si propone anzi di offrire una chiave di lettura unitaria, che serve da guida per l'opera di concretizzazione richiesta all'interprete posto di fronte alla vastissima e multiforme casistica reale.

In questo modo si evita anche il deleterio ricorso ad una incontrollata plurioffensività, che qui come altrove viene utilizzata per 'tappare i buchi' lasciati da approcci di tipo formalistico, senza tuttavia offrire parametri offensivi univoci, ma solo un menù più o meno ampio dal quale scegliere a seconda dei casi, con inevitabili effetti espansivi dell'area tipica. Poter invece disporre dello specifico profilo offensivo che, in relazione alla singola fattispecie, definisce il tipo di alterazione funzionale indotto da una gestione, di volta in volta, parziale, diseconomica, opaca, ecc. della cosa pubblica, certamente limita il rischio che la questione della rilevanza penale si appiattisca sulla illegittimità amministrativa o costringa a sommare e sovrapporre prospettive di interesse alle quali offrire spezzoni di tutela da comporre all'occasione, magari tenuti precariamente insieme da un collante di tipo etico.

3. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale.*

Lo svolgimento dell'attività amministrativa è caratterizzato dalla presenza di margini, a volte ampi, altre volte limitati e comunque variabili di discrezionalità. Al pubblico agente viene infatti normalmente conferito, entro margini più o meno ristretti, un potere di scelta o almeno di modulazione, da esercitare all'esito della ponderazione degli elementi concreti e della comparazione degli interessi coinvolti, in vista del raggiungimento dello scopo al quale l'attività è istituzionalmente rivolta. È chiaro peraltro che ci si riferisce essenzialmente alla funzione amministrativa, non essendo possibile accomunare e neppure accostare ad essa i ben diversi piani sui quali si dovrebbe svolgere invece il discorso se riferito alla funzione legislativa e a quella giudiziaria.

Pur così delimitato, un tema impegnativo come quello della discrezionalità amministrativa, non può comunque essere affrontato in questa sede in termini neanche vagamente adeguati e a dire il vero neppure in forma di accenno. Ai limitati fini informativi ai quali è chiamato ad assolvere questo capitolo introduttivo appare tuttavia doveroso almeno un cenno

all'esistenza di questo specifico profilo problematico. L'accento è tanto più necessario se si considera che il tema della possibilità e dei limiti del sindacato del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, a lungo 'convitato di pietra' al tavolo della discussione sui delitti contro la pubblica amministrazione, trova oggi una esplicita sponda normativa.

Nell'ultima versione dell'abuso d'ufficio, dopo la novella del 2020 e prima della sua abrogazione, la *discrezionalità amministrativa* fa infatti la sua comparsa come elemento selettivo della tipicità, limitando l'area di potenziale applicazione dell'art. 323 c.p. ai soli casi in cui dalla norma di legge che si assume violata dal pubblico agente «non residuino margini di discrezionalità». Come si vedrà, neppure questa drastica scelta – peraltro riproposta all'interno del nuovo art. 314 *bis* c.p. (*infra* cap. IV) - ha salvato l'abuso d'ufficio dall'abrogazione, ma in ogni caso fornisce una chiara indicazione su quale sia l'obiettivo del legislatore: salvaguardare gli spazi del 'merito amministrativo' dall'invasione del controllo da parte del giudice penale.

La questione relativa al sindacato che il giudice penale, in sede di accertamento dei reati, è autorizzato a esercitare sull'uso che è stato fatto della discrezionalità amministrativa, può infatti essere intesa e declinata in due possibili, anche se interferenti, significati.

Un primo livello del discorso evoca il tema, al quale sopra si è già fatto cenno, della supplenza che i giudici penali e in particolare i Pubblici Ministeri hanno esercitato e continuano ad esercitare a fronte di un'ancora limitata capacità e a volte reticente volontà da parte delle pubbliche amministrazioni di prevenire e contrastare la mala gestione della 'cosa pubblica'.

Le dimensioni e la profondità che, soprattutto in epoche recenti e in alcuni contesti territoriali, ha assunto questo fenomeno hanno prodotto un obiettivo accorciamento della distanza tra una, già discutibile, funzione di supplenza rispetto a controlli (da altri) dovuti e una vera e propria interferenza giudiziaria – a volte addirittura 'preventiva' – nella vita politico amministrativa. È chiaro che questo perdurante stato delle cose crea intuitibili problemi di equilibrio istituzionale e se è vero che la giustizia penale deve sapersi sottrarre alla tentazione di un improprio esercizio regolativo, quando non addirittura di 'indirizzo' della discrezionalità amministrativa, altrettanto scontata è l'esigenza, della quale la PA sembra oggi essere più consapevole, di implementare e rendere efficienti sistemi di prevenzione e controllo idonei ad impedire che l'attività amministrativa venga deviata e strumentalizzata in vista del perseguimento di finalità contrarie al pubblico interesse o comunque con esso incompatibili.

Il citato, ennesimo intervento di riforma ha riguardato non a caso la fattispecie (abuso d'ufficio) che si è trovata al punto di confluenza delle

tensioni tra sindacato penale e difesa della discrezionalità amministrativa ed è esplicitamente rivolto al contenimento di questo fenomeno, in particolare lungo la direttrice che ha visto i giudici penali rivendicare con crescente decisione spazi di intervento anche sul ‘merito amministrativo’, utilizzando come leva la categoria dell’eccesso di potere.

Dei limiti del sindacato del giudice penale rispetto all’attività amministrativa si parla però anche in un secondo e più specifico significato. Si è infatti a lungo discusso in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità e i limiti di una verifica incidentale da parte del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi e della conseguente sussistenza di un potere/dovere di disapplicazione dell’atto illegittimo da parte del giudice stesso, ove il vizio dell’atto emerga in sede di accertamento giudiziale.

In una prima e risalente fase, assumendo come base normativa gli artt. 4 e 5 l. 10 marzo 1865 n. 2248, all. E (che impongono al giudice di applicare solo gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alla legge) si è ritenuto invero che al giudice penale, fosse rimessa una tale verifica (quanto meno con riferimento agli atti amministrativi gravanti su diritti soggettivi) e che una volta accertata la illegittimità dell’atto amministrativo il giudice dovesse, per questo, disapplicarlo. Gli esiti attuali della discussione sono approdati, dopo alcuni passaggi intermedi, abbastanza lontano da questo iniziale indirizzo.

Secondo l’orientamento che può dirsi consolidato nella giurisprudenza della Cassazione, sviluppatasi invero con prevalente riferimento ai reati edilizi, la eventuale illegittimità non impone una “disapplicazione” dell’atto amministrativo. Compito esclusivo del giudice penale è infatti quello di accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, prescindendo da qualunque giudizio sull’atto amministrativo [di recente, tra le altre, cfr. Cass. Sez. III, 10.05.2017, n. 33051; Cass. Sez. III, 16.06.2015, n. 36366].

La difformità dell’atto rispetto alla normativa di riferimento, dunque, intanto rileva e deve essere accertata in sede penale in quanto tale accertamento consenta di ritenere integrato un elemento costitutivo (o un presupposto) del reato o dei reati oggetto dell’imputazione, per stabilire ad esempio se sussiste una difformità tra l’intervento realizzato e la normativa urbanistica ed edilizia, sulla cui base è stato rilasciato il permesso a costruire e la cui esistenza non esclude dunque una condanna in sede penale se quella violazione consente di ritenere integrato un reato edilizio [cfr. Cass. Sez. U, 12.11.1993, n. 11635; più di recente Cass. Sez. III, 21.2.2017, n. 12389].

Bisogna comunque ricordare che ai sensi degli artt. 651-653 c.p.p. il giudicato penale estende i suoi effetti al giudizio civile o amministrativo

per le restituzioni e il risarcimento del danno, nonché al giudizio disciplinare, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

4. Il lungo percorso della riforma. Una breve sintesi.

Si è già avuto modo di accennare come i delitti contro la Pubblica Amministrazione siano stati reiteratamente oggetto di interventi di riforma e come questa dinamica riformatrice non sembri trovare requie.

Tuttavia, più che una elencazione dei numerosi interventi riformatori o novellistici, direttamente o indirettamente incidenti sulle fattispecie incriminatrici contenute nel Titolo II, molti dei quali superati o assorbiti da quelli ad essi sopravvenuti, può essere utile, in sede introduttiva, provare ad enucleare almeno alcune delle principali direttrici generali lungo le quali si è articolato questo percorso, presumibilmente non ancora concluso, rinviando alla trattazione delle singole fattispecie per qualche considerazione più analitica e specifica sugli interventi di modifica normativa.

Bisogna però in primo luogo dire che le riforme, pur numerose e a volte consistenti, non si sono tuttavia mostrate complessivamente adeguate rispetto alla profondità dei cambiamenti intervenuti e gli obiettivi, di volta in volta, perseguiti o almeno dichiarati dal legislatore e posti a fondamento delle riforme sono stati conseguiti solo molto parzialmente.

Per molti versi si può sostenere che neppure limitandosi ad adottare un parametro orientato alla sola verifica del soddisfacimento di esigenze penalistiche minime (determinatezza, afferrabilità del disvalore, equilibrio sanzionatorio, etc.) le riforme abbiano pienamente corrisposto alle aspettative. Ma anche guardando alle riforme dal (correlato) punto di vista degli obiettivi di politica criminale non si può certo affermare, giudicando in base agli andamenti della prassi, che le condivisibili finalità dalle quali gli interventi novellistici hanno preso le mosse siano stati raggiunti, spesso neppure per approssimazione.

Bisogna infine ricordare che dopo l'ampia ma insoddisfacente ed ormai lontana riforma del 1990, i successivi interventi, con la parziale eccezione della novella del 2012 (l. 6 novembre 2012 n. 190) hanno prevalentemente assunto carattere occasionale, con limitata attenzione alla sistematicità. I delitti contro la PA sono stati dunque punteggiati dalla ciclica comparsa di numerose 'novelle', non sempre coordinate tra loro, né con la ricca e articolata disciplina extrapenale chiamata a comporre, insieme al diritto penale, un quadro di strumenti di tutela (in verità solo relativamente) integrati.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer