

# CONVEGNO DI STUDI

*Palazzo di Città – Sala Consiliare*

PESCARA

LEGALITA' AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITA' PENALE

*Penalisti e amministrativisti a confronto*

**LEGALITA' AMMINISTRATIVA**

**E**

**RESPONSABILITA' PENALE**

di

**Enrico DI NICOLA**

- Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna -

Pescara, 13 Maggio 2004

# **LEGALITA' AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITA' PENALE**

## **1. PREMESSA:**

**A**nzitutto sento il dovere di ringraziare gli organizzatori di questo incontro per i seguenti motivi:

1) per l'invito in Abruzzo, nei luoghi dove sono le radici della mia vita, ed, in particolare a Pescara dove ho esercitato per dieci anni, certamente con impegno, dedizione, e, consentitemi, con tanto affetto, le funzioni di Procuratore della Repubblica, e per l'invito a parlare, ancora una volta, su un tema a me particolarmente caro perché, se esaminato da un certo punto di vista, come vedremo, investe problemi di fondo come ad es. quelli dei rapporti tra giurisdizione penale ed amministrazione pubblica, tra azione penale ed azione amministrativa, tra illeciti amministrativi ed abuso d'ufficio, tra omissione in atti d'ufficio e procedimento amministrativo, tra responsabilità amministrativa e responsabilità penale, tra controlli amministrativi e controllo penale, ecc..;

2) per l'invito in una sede in cui si sono svolte appassionate discussioni - anche sullo specifico tema di oggi - tra tanti amici che mi hanno aiutato a crescere come uomo e come magistrato;

3) perché oggi, data in cui scade il 2° anno dalla mia presa di possesso delle funzioni di Procuratore della Repubblica di Bologna, mi è stato concesso l'onore di introdurre un incontro al quale partecipano illustri docenti e studiosi dell'Università di Bologna, e di Chieti - Pescara e di Lecce con i quali, in modo diretto o indiretto, ho avuto occasione di scambiare alcune riflessioni sul tema in questione.

In merito al tema scelto devo subito anticipare che quando, in merito, viene oggi chiamato ad intervenire un magistrato penale ( specie se P.M. ), due sono le opzioni che gli si presentano:

- o limitarsi ad esaminare le singole fattispecie penali che riguardano la questione puntando l'attenzione sui problemi concreti e sulle soluzioni tecniche da dare nella

pratica esperienza giudiziaria (artt.323,328 c.p. ed in genere, reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.);

- oppure ampliare lo sguardo affrontando di petto la questione centrale che consiste nello stabilire se è mutato il rapporto tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione rispetto al passato con particolare riferimento al sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo.

Sindacato inteso, non più, come controllo, a fini penali, del singolo atto amministrativo, ma come controllo, a fini penali, dell'attività amministrativa e, quindi anche dei singoli atti di un procedimento amministrativo, non considerati, però, atti a sé, ma valutati in relazione al raggiungimento dei risultati gestionali prefissi nell'interesse pubblico.

Per me forse sarebbe molto più agevole optare per la prima scelta e parlare delle fattispecie tipiche che in questo caso vengono in discussione. Non intendo farlo in questa sede, e, mi scuso con il Prof. MANES se, al riguardo, non porto il discorso, da lui così bene approfondito, sul terreno tanto attuale, quanto minato, della concretezza del bene giuridico, del principio di offensività, della previsione del principio di necessaria lesività come canone interpretativo di livello codicistico o di livello costituzionale, perché si tratta di temi, che pur essendo relevantissimi ai fini che interessano, da un lato subiscono fortemente gli effetti di una delegittimazione della magistratura e della giurisdizione che è difficile ignorare in una situazione di "disastro" della giustizia penale e, dall'altro, potendo essere utilizzati per ridurre o ampliare in modo pericoloso l'attività interpretativa del magistrato, devono essere lasciati alla responsabilità della politica e del legislatore il quale tuttavia, fino a quando esisterà questa Costituzione, deve a sua volta ricordare che non può, senza modifiche costituzionali, annullare gli equilibri tra i poteri della Repubblica.

D'altra parte i professori SGUBBI e MANES colmeranno certo le mie lacune.

Preferisco, pertanto, con poca modestia e molto azzardo, (tentando solo di stimolare gli illustri relatori che seguiranno – ed ai quali non intendo sottrarre tempo prezioso – a fornirci lumi determinanti in merito), a prendere il toro per le corna e ad affrontare il tema sotto lo scomodo profilo che porta, dritti dritti, sul piano interpretativo ed applicativo, al tema più generale del rapporto tra poteri e, quindi, tra giurisdizione e politica in una fase storica di transizione, di cambiamento e di riassetto istituzionale i cui sbocchi sono ancora imprevedibili anche a livello costituzionale.

## **2. OSSERVAZIONI GENERALI CIRCA I LIMITI DEL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA**

L'esame del tema proposto - la cui complessità e delicatezza è stata sempre evidenziata dagli studiosi ed operatori giuridici che si sono occupati della materia anche quando esso era ristretto al singolo atto amministrativo - deve essere preceduto, a mio avviso, da alcune osservazioni di carattere generale in cui inquadrare il tema stesso per coglierne tutti gli aspetti, statici e dinamici, teorici e pratici, amministrativi e penali necessari a stabilirne la portata, non in astratto, ma nel concreto divenire dell'ordinamento giuridico e nel suo farsi.

Tali osservazioni, che farò per cenni, riguardano:

- la "valenza politica" e l'attualità del tema;
- la moderna attività della P.A. nella prospettiva della attuazione del processo di riforma ancora in fieri.
- il significato attribuito alla parola "sindacato" con riferimento alla specifica attività del giudice penale.

### **2.1. VALENZA POLITICA ED ATTUALITA' DEL TEMA**

Come ho avuto modo di evidenziare in altra occasione il problema del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, pur essendo dibattuto da oltre un secolo, è sempre stato vivo perchè ha costituito il centro della più ampia tematica, non solo tecnico - giuridica, ma politica, dei rapporti tra giurisdizione penale - considerata in senso lato e comprensiva, quindi, dell'attività del P. M. - e pubblica amministrazione.

La validità di questa affermazione riconosciuta da tutti i giuristi, aveva trovato esplicito riscontro nelle sentenze della Corte di Cassazione ed, in particolare, in due importanti sentenze concernenti la disapplicazione della concessione edilizia illegittima ai fini della configurazione del reato di esecuzione dei lavori in assenza di concessione edilizia e, precisamente, nella sentenza delle Sezioni unite penali del 31/1/1987, ric. Giordano, e nella sentenza della III<sup>a</sup> Sezione penale del 9/1/1989, ric. Bisceglia (v. Foro It., 1989, II, 297 e ss.).

Infatti in quest'ultima sentenza, che richiamava parte della motivazione della prima, a proposito della interpretazione degli artt. 4 e 5 L. 20/3/1865 n. 2248 all. E, si leggeva testualmente:

*"In questione è l'equilibrio fra i poteri dello Stato. Se si elimina o fortemente si riduce il controllo di legalità dei giudici sugli atti amministrativi...si incide sull'intero equilibrio dei poteri dello Stato, come le stesse sezioni unite, anche se in modo parentetico, hanno finito con il riconoscere: "Opinare diversamente - si leggeva nella sentenza - non solo comporta l'estensione al diritto oggettivo di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, ma comporta altresì - con violazione del principio della divisione dei poteri - l'attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull'attività amministrativa, e, quindi, l'esercizio di un'attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato". Quindi è la divisione dei poteri che, in effetti, è in questione. Proprio questa è la questione fondamentale, per questo è stata dettata la legge del 1865 dopo lungo travaglio: non solo per la tutela dei diritti soggettivi da parte dei giudici. Il pubblico, il primato della legge, non possono soggiacere al privato, perchè è la legge che fonda i diritti e segna i loro limiti, anche nell'interesse pubblico generale che, certo - per comune insegnamento, - non può essere sacrificato a nessun interesse particolare".*

La questione assumeva però, il massimo rilievo nel momento particolarmente travagliato, se pur stimolante, della vita istituzionale e politica italiana, caratterizzato dal fenomeno cd. di "tangentopoli," per l'accertamento, anche a livello giudiziario penale, di un sistema di finanziamento dei partiti politici e di arricchimento di persone appartenenti a centri di potere palesi ed occulti attraverso la consumazione di reati di concussione, corruzione, abusi d'ufficio ed altri reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione oltre che dei reati di criminalità economica, strumentali e serventi dei primi.

Si trattava, infatti, di un fenomeno che, comunque venga definito e valutato, ha avuto ed ha una fortissima valenza politica - tanto che si è parlato addirittura di "rivoluzione legale" - sia per la preoccupante sovraesposizione pubblica che la Magistratura è stata costretta ad affrontare a causa dei naturali effetti determinati dalle iniziative penali che essa, finalmente, anche se con ritardo, ha preso e che oggi, pur tra enormi difficoltà, cerca di prendere; sia, soprattutto, ai fini che qui interessano, per l'enorme aumento proprio di quei conflitti, reali e potenziali, tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione che la nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione introdotta con L. 86/90 (poi modificata da L.181/92, poi più radicalmente, da L.234/97, ed, infine, ancora ritoccata da L.300/2000) avrebbe dovuto escludere o limitare.

Non sto qui a richiamare quanto è stato detto in relazione alla riforma di cui alla citata legge ed alle critiche ad essa mosse; ritengo però opportuno segnalare che, a mio avviso, la nuova disciplina, del 1990 per quanti limiti possa avere avuto, rafforzando la

repressione penale dell'affarismo e della corruttela ed adottando il criterio di delimitare meglio le fattispecie tipiche per una maggiore rispondenza delle stesse al principio di determinatezza, non può avere in alcun modo contribuito a quell'aumento di conflittualità da più parti denunciato e che è sfociato nell'attuale minore azione di contrasto e di repressione penale determinata dalle modifiche successivamente apportate in materia e dalle riforme poi intervenute in tema di criminalità economica e sul piano processuale penale.

Ciò sta a significare che l'aggravarsi dei contrasti tra poteri è dipeso, soprattutto, dalla valenza politica della questione e dalla patologia del sistema vittima della illegalità diffusa in materia di criminalità economica (quasi sempre collegata alla criminalità amministrativa) mai venuta meno in modo completo e/o in misura rilevante malgrado gli effetti dell'azione di "mani pulite" perché derivante da una ricchezza sommersa abnorme calcolata, annualmente, in cifra superiore al 30% del prodotto interno lordo; il che rende, di fatto, ancor oggi, sovvertitore del sistema stesso chi tenta di ripristinare tale tipo di legalità con azioni che possono essere ritenute pericolose per la economia.

La verità è che i contrasti, a suo tempo, esplosero in una situazione caratterizzata:

- 1) dalla totale o parziale impunità di fatto dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione collegati a fatti di grossa criminalità economica e politica commessi da persone con status socio-economico e politico derivante dalla loro appartenenza alla classe dominante o al gruppo di coloro che sono titolari o detentori di centri di potere o, comunque, di coloro che contano;
- 2) da rilevanti incertezze nell'applicazione delle norme regolanti l'attività di una pubblica amministrazione spesso occupata dai "partiti" con interventi del giudice penale episodici e, talvolta, meramente eventuali, sia per la impossibilità di un esteso controllo di tutte le attività, sia, soprattutto, per la strumentalità di alcune denunce esterne interessate a creare confusione e discredito;
- 3) da disinvolute operazioni di sperpero di denaro pubblico, da malcostume politico ed amministrativo, da manovre clientelari e di sottogoverno, da abusi di finanziamenti pubblici, da corruzioni e concussioni dilaganti ed, insomma, da comportamenti criminali, che, anche se non trovavano e non trovano formale riscontro in fascicoli processuali, inquinavano ed inquinano la vita democratica del nostro Paese;

4) dalla sempre più preoccupante inefficacia, sia della pubblica amministrazione, sia della magistratura, che non riescono a far fronte, in modo adeguato, alle richieste impellenti ed urgenti che ad esse provengono dal Paese (tanto che molte leggi - che avrebbero dovuto incidere in modo rilevante sul tessuto sociale - sono rimaste soltanto sulla carta) e che, altresì operando in modo separato e senza alcun coordinamento anche quando attività giurisdizionali ed amministrative sono complementari ed integrative, forniscono ai cittadini servizi disarticolati o, addirittura, contrastanti.

Credo, pertanto, che, al riguardo, non siano idonee a risolvere il problema le radicalizzazioni legislative o applicative ed interpretative che, nel corso degli anni, hanno, con un pendolarismo sintomatico, vivacizzato il dibattito, essendo necessario, piuttosto, affrontare la questione nella prospettiva di una trasformazione protesa allo sviluppo democratico che avvenga nella situazione fisiologica del giusto equilibrio tra i poteri e nel reciproco rispetto delle funzioni a ciascuno di essi attribuite dall'ordinamento costituzionale democratico.

So bene che si va sempre più diffondendo l'opinione che il controllo del giudice penale sui provvedimenti della pubblica amministrazione determina uno sconfinamento della giurisdizione in campo riservato alla P.A.

So altrettanto bene, però, che tale sconfinamento, che in alcuni casi certamente accade, non dipende, come spesso si vuol far credere, dalla funzione di controllo della legalità che il giudice penale è costituzionalmente chiamato ad esercitare quando la disfunzione amministrativa incide sulla fattispecie penale, ma dipende soltanto da una scorretta o erronea applicazione della legge penale e processuale penale.

Ritenere, pertanto, che il fenomeno - peraltro patologico e limitato - della strumentalizzazione della funzione di controllo sul provvedimento amministrativo da parte del giudice penale possa essere evitato riducendo o addirittura abolendo il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, appare semplicistico e pericoloso.

Semplicistico, perchè, stabilire quando lo sconfinamento avvenga da parte di un giudice penale che esplica il suo normale potere di controllo sulla consumazione di fatti di reato nell'ambito dell'attività amministrativa accertando la corrispondenza della fattispecie

concreta alla fattispecie astratta, non è facile, a meno che non si incida sulla sua funzione ermeneutica.

Pericoloso, perchè, come è stato autorevolmente sostenuto, se il legislatore volesse eliminare questa "ingerenza", non avrebbe a disposizione che due strade: o quella di prevedere delle pregiudiziali amministrative obbligatorie, o quella di... abolire dal sistema penale i delitti degli agenti pubblici contro la pubblica amministrazione! Soluzioni entrambe impraticabili: la prima perchè contrastante con la Costituzione, la seconda... per ovvie ragioni. Onde, finchè, nel codice penale saranno presenti reati degli agenti pubblici contro la pubblica amministrazione, il giudice sarà sempre funzionalmente chiamato a verificare se determinate fattispecie si sono integrate, e, nel far questo, non potrà non entrare nella sfera della pubblica amministrazione, controllandone la legittimità dell'operato, piaccia o non piaccia .

Né, in contrario, vale sostenere che con la riforma della P.A. tutto è cambiato, che con la nuova disciplina, del sistema di controlli previsto in sede amministrativa ogni problema in merito debba essere risolto in quella sede e che il controllo penale dell'atto non abbia più ragione di esistere.

## **2.2. IL PROBLEMA VISTO ALLA LUCE DELLA MODERNA ATTIVITÀ DELLA P.A. NELLA PROSPETTIVA DELL'ATTUAZIONE DEL PROCESSO DI RIFORMA ANCORA IN FIERI**

Certamente in sede penale non possono essere ignorati in alcun modo i principi di fondo che hanno ispirato e che ormai, in parte regolano o dovrebbero regolare l'attività della P.A.

Ritengo infatti, che una tematica come quella concernente, in sostanza, i rapporti tra giurisdizione penale e P.A. debba essere affrontata, non con una visione statica ed ottocentesca dell'atto amministrativo, ma in una prospettiva che sia al passo con le trasformazioni in corso dei rapporti poteri pubblici/società/cittadini le quali esigono una revisione totale del concetto di "pubblica amministrazione" come funzione ed una valutazione diversa da quella tradizionale della pubblica amministrazione come organizzazione e struttura.

Questo nuovo approccio al problema è imposto non soltanto dalle trasformazioni dei "fatti", derivanti dal rapido e tumultuoso divenire sociale ed istituzionale, ma anche dalle leggi 8/6/1990, n. 142, (concernente l'ordinamento delle autonomie locali che ha trovato sistemazione organica nel T.U. del 18/8/2000 D.L. 267), e 7/8/1990, n. 241, e successive modifiche (concernente le nuove norme in materia di procedimento).

Infatti con la prima legge si viene incontro all'esigenza di un'autonomia gestionale amministrativa che consenta agli enti locali di scrollarsi dai sonni burocratici per attrezzarsi finalmente ad amministrare in vista di precisi obiettivi pubblici programmati e prefissati.

Con la seconda legge, assume posizione centrale e preminente nell'azione amministrativa, anzichè l'atto, il procedimento, considerato strumento per l'attuazione dei principi costituzionali della imparzialità e del buon andamento ai quali deve informarsi l'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

La procedimentalizzazione diventa, così, necessaria per una valutazione completa e ponderata degli interessi posti alla base della situazione fattuale e serve a razionalizzare l'azione amministrativa.

Del resto, già da tempo gli studiosi del diritto pubblico hanno messo in rilievo che l'azione della pubblica amministrazione ha subito modifiche sostanziali negli aspetti centralistici ed autoritativi - che si sono estremamente ridotti - e negli aspetti organizzativi e negli aspetti operativi.

Sotto il profilo organizzativo, infatti, basta evidenziare l'istituzione e l'estensione operativa di amministrazioni pubbliche (come ad esempio gli enti pubblici economici e le aziende autonome dello Stato e degli altri Enti territoriali) le quali agiscono completamente nell'ambito del diritto privato e non adottano o adottano solo all'interno provvedimenti amministrativi, per rendersi conto della importanza del fenomeno.

Sotto il profilo operativo/procedimentale vanno invece ricordati:

- i procedimenti aperti a qualunque portatore di interessi (ad esempio nella fase istruttoria di procedimenti urbanistici);

- i cosiddetti "moduli convenzionali" in cui si impiega, come tecnica di azione, la ricerca di soluzioni concordate tra l'amministrazione e gli interessati;
- i contratti accessivi alle concessioni amministrative o i contratti sostitutivi di procedimenti amministrativi;
- gli accordi procedurali, gli accordi collegati o di completamento, gli accordi tra amministrazioni, gli accordi tra pubblici poteri ed, infine, anche gli accordi politici (in merito a quest'ultimo punto, quali esempi di leggi che prevedono accordi in cui intervengono portatori di interessi politici, vengono citate la normativa sul servizio radiotelevisivo di Stato e la normativa della legge-quadro sul pubblico impiego);
- la previsione di piani nell'azione amministrativa, avente una certa dimensione temporale e comportante scelte di fondo programmate, tali da far considerare, ad esempio, lo stesso bilancio regionale, in una visione pluriennale, uno strumento di programmazione economica;
- l'importanza assunta, in sede amministrativa ed istituzionale, dalla "prassi" (con uso sempre più largo degli strumenti negoziali) la quale, come è stato giustamente detto "esprime nelle cose il modo naturale di applicazione di un ordinamento che non si attua tanto in virtù di leggi o di atti normativi quanto di comportamenti e di fatti".

Di tutto questo la scienza dell'amministrazione si è fatta carico per attrezzarsi a nuove soluzioni preparando le riforme già avviate e proponendo le riforme che ormai si possono considerare necessarie.

Intendo riferirmi all'attuazione dei meccanismi di programmazione economica e finanziaria; all'attuazione del processo di delegificazione; alla ridefinizione della legislazione amministrativa in termini di principi, obiettivi e regole generali.

Intendo riferirmi, più specificamente, al passaggio da un modello amministrativo classico fondato sull'atto, al nuovo modello amministrativo, già in fase di attuazione, fondato sulla gestione per il raggiungimento di un risultato. il che comporta necessariamente,

in sede di controllo, un trasferimento di attenzione dall'atto formale al comportamento conforme alla regola di gestione per il raggiungimento di un obiettivo determinato ed, in sede di ridefinizione della disciplina dell'attività dell'amministrazione, una netta distinzione fra la prefissazione di regole, obiettivi e piani, spettante agli organi politici, e la gestione amministrativa vincolata al rispetto delle regole stabilite in sede politica per il raggiungimento di obiettivi determinati in sede politica.

Le leggi n. 142/90 e 241/90, già citate, e il Decreto Legislativo 3/2/93 n. 29 concernente la disciplina del Pubblico impiego, le ulteriori riforme intervenute in materia e, soprattutto, il T.U. 267/2000 e la legge Cost. 3/2000, hanno ultimamente accentuato questa trasformazione che non può essere ignorata dal diritto penale.

Infatti sono determinanti anche per l'applicazione delle fattispecie penali, le norme concernenti:

- la distinzione delle funzioni "latu sensu" amministrative, tra organi politici di governo e dirigenti amministrativi;
- i compiti di programmazione, di indirizzo e di controllo spettanti agli uni e/o agli altri;
- il bilancio come strumento di governo ed all'approvazione del bilancio come strumento di decisione politica collegato alla programmazione;
- la pratica utilizzazione di questi nuovi strumenti;
- la gestione amministrativa;
- il sistema dei controlli;
- il passaggio dal controllo formale sugli atti, al controllo dei risultati;
- la soppressione dei controlli esterni di legittimità sugli atti;
- ecc. e potrei continuare.

Tuttavia, fermando l'attenzione sul sistema dei controlli in particolare, che giustamente è cambiato perché l'atto, finora primario oggetto dei controlli, non è visto più come fine, ma come mero strumento per il raggiungimento dei risultati, rilevo, quale conseguenza, che il controllo sugli atti dopo una continua e progressiva attenuazione è quasi scomparso (si pensi, al riguardo, alla soppressione del CORECO conseguente all'abrogazione dell'art. 130 Costituzione di cui alla L.

Cost. n. 3/2001), ed i controlli attualmente previsti dai nuovi strumenti normativi sono meramente interni.

A questo punto sono preso da preoccupazioni, che ho già palesato al Prof. VANDELLI in occasione del recente incontro a Bologna per la presentazione del volume di Mario COLLEVECCHIO sull' "ordinamento finanziario e contabile" degli Enti locali edito nell'ambito della collana coordinata dallo stesso Prof. VANDELLI.

Mi permetto di riportare testualmente i motivi di tali preoccupazioni.

#### **"Minima efficacia della prevenzione"**

*Anzitutto mi sembra che i controlli sopra evidenziati siano tali da non riuscire a prevenire in alcun modo, in mancanza di un controllo esterno di legittimità o di merito sugli atti o sui risultati, condotte delittuose e nemmeno a costituire un filtro utile per la denuncia delle condotte stesse, specie considerando che tutto avviene e rimane nell'ambito della P.A. interessata attraverso un processo iterativo e circolare di programmazione, gestione e controllo che potrebbe facilmente diventare autoreferenziale, attraverso reciproche tolleranze e/o collusioni, comode ma pericolose, tra organi politici ed organi di gestione."*

#### **"Pericoli di pratica deresponsabilizzazione del dirigente"**

*In secondo luogo ho il timore che la esclusiva responsabilità di gestione lasciata al dirigente, possa, di fatto, restare, in pratica, sulla carta (specie in una situazione nella quale, in realtà soltanto i controlli penali, appaiono incisivi ed efficaci): da un lato, a causa della copertura formale che il dirigente tende a farsi dare dal politico da cui dipende quando pensa che la decisione politica posta a base della dotazione assegnata per la gestione possa essere frutto di accordi spuri; d'altro lato, a causa dell'interesse che il politico ha sempre per la gestione, massima e diretta fonte di vantaggi elettorali."*

### “Effetti della attenuazione e scomparsa dei controlli amministrativi esterni

*Infine, non posso fare a meno di constatare che, man mano che si sono attenuati i controlli amministrativi esterni sono aumentati gli esposti/denunce alle Procure con la creazione di un circolo vizioso rappresentato da: azione amministrativa non sottoposta a controlli amministrativi esterni; esposti all'Autorità giudiziaria spesso sostitutivi del ricorso amministrativo in sede giurisdizionale; paralisi o ritardo dell'azione amministrativa conseguente al mancato funzionamento della P.A.; sfiducia dei cittadini nella P.A. ed aumento della presentazione di esposti all'Autorità giudiziaria.*

*Circolo vizioso che mina alle radici la credibilità della Pubblica Amministrazione e dell'Autorità giudiziaria e che va quindi sostituito da un circolo virtuoso che, prevenendo con validi controlli amministrativi esterni, su legittimità e merito della gestione, illegittimità amministrative ed illeciti penali, renda immediatamente credibile l'azione della P.A. ed eviti o riduca, proprio per la diversa strutturazione del sistema – spostatosi dagli atti alla gestione – i controlli giurisdizionali, amministrativi o penali che siano.”*

E concludevo in quella sede affermando:

*“ Se ciò non avverrà, dovremo avere il coraggio di ammettere, in una situazione caratterizzata anche da una sorta di tendenza alla “privatizzazione” del diritto penale, nel settore dei reati dei pubblici ufficiali contro la P.A. e nel settore della criminalità economica, che il sistema dei controlli sarà, di fatto, non modificato e razionalizzato, come dovrebbe essere, ma del tutto sovvertito nel senso che, in pratica, esso si risolverà, in controlli politici sostitutivi dei controlli amministrativi.”*

### **2.3. SIGNIFICATO ATTRIBUITO ALLA PAROLA “SINDACATO” CON RIFERIMENTO ALLA SPECIFICA ATTIVITA' DEL GIUDICE PENALE.**

La formulazione del tema proposto sembra risentire di una ben nota tradizione, dottrinale e giurisprudenziale, valida ancor oggi, ma in fase di iniziale

superamento, che è solita affrontare il problema dei rapporti tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione esclusivamente sulla base della interpretazione degli artt. 4 e 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (20/3/1865, n. 2248 all. E), qui di seguito riportati.

"Art. 4. Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si confermeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

Art. 5. In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi".

Si discute se tali norme contemplino fattispecie diverse, con precetti autonomi, o un'unica fattispecie, con precetti complementari.

Per chi accoglie la prima tesi, l'art. 5 deve essere interpretato nel senso che esso contiene un precetto generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, indipendentemente dal fatto che vi sia lesione di diritti soggettivi, essendo diretto alla reintegrazione del diritto oggettivo.

Per chi accoglie la seconda tesi, invece, l'art. 5 deve essere interpretato nel senso che esso non contiene un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario per esigenze di diritto oggettivo, ma contiene, al contrario, il principio per cui il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo deve essere rigorosamente limitato ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale che lascia persistere all'esterno gli effetti dell'atto.

Non è questa la sede per entrare nel merito di una disputa che, vertendo su una pietra miliare del nostro ordinamento giuridico, ha fatto scorrere fiumi di inchiostro.

A parte le considerazioni che, sul punto, saranno fatte in seguito, qui è sufficiente evidenziare che l'una e l'altra soluzione fanno riferimento alla cd. "disapplicazione" dell'atto amministrativo quale istituto generale del sistema civile e penale e che il termine "sindacato" è stato utilizzato dalla dottrina proprio per intendere tale istituto.

Al "sindacato" del giudice penale sull'atto amministrativo vengono però, attribuiti anche altri significati.

Tra essi vanno ricordati:

- 1) il significato di "controllo di legittimità" (più o meno esteso) che, a differenza della "disapplicazione", non esprime necessariamente la finalizzazione del diniego della operatività di un atto;
- 2) il significato di "verifica della sussistenza dei requisiti della fattispecie criminosa" quando la stessa fattispecie contenga elementi implicanti la valutazione di un atto amministrativo;
- 3) il significato di "valutazione di un atto amministrativo" quale "fatto" che deve essere accertato dal giudice penale nell'esercizio della sua attività interpretativa.

Anche di tali ulteriori significati si dovrà tenere conto se si vuole affrontare il tema in modo completo, anche se per sintesi.

#### **2.4. LE TESI SOSTENUTE PER RISOLVERE IL PROBLEMA DEL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTO AMMINISTRATIVO.**

Per lungo tempo il problema del "sindacato del giudice sull'atto amministrativo" è stato risolto da dottrina e giurisprudenza con il ricorso, anche in

sede penale, all'istituto della "**disapplicazione dell'atto amministrativo**" inteso come potere di portata generale attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario e valido, quindi, sia nel processo civile che nel processo penale.

Ancor oggi tale tesi resiste all'usura del tempo ed, anzi, nel processo penale, partendo dall'assunto che l'art. 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo debba trovare sempre applicazione, si è finito con il riconoscere alla norma in questione un contenuto sostanziale che attribuirebbe ad essa la funzione di integrare la fattispecie penale ogni volta che in questa rientri un atto amministrativo.

A sostegno di tale tesi si porta ad esempio l'art. 650 C.P. il quale, contenendo una norma penale in bianco che sanziona l'inosservanza del provvedimento dell'Autorità "legalmente dato", impone al giudice, per confrontare la fattispecie concreta con quella astratta, di prendere in esame l'atto amministrativo impositivo dell'ordine, di "sindacarne" la legittimità e, quindi, all'esito di tale "sindacato", di "applicarlo" in sede penale.

In forza di tale impostazione e facendo perno sul controllo generale di legalità disposto dall'art. 5 della l.a.c., è stato agevole giungere alla conclusione che, anche quando nella descrizione della fattispecie penale non vi è il richiamo espresso alla legittimità dell'atto amministrativo rientrante nella stessa fattispecie, il giudice penale deve pur sempre "sindacare" l'atto prima di applicarlo.

Inoltre, portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, seguito inizialmente soltanto nel caso in cui il comportamento penalmente sanzionato consista nella disobbedienza a provvedimenti autoritativi restrittivi della sfera giuridica del cittadino (inosservanza di ordini, prescrizioni e richieste, violazioni di vincoli, ecc.), si è sostenuto che anche nella ipotesi in cui il comportamento penalmente sanzionato consista nell'agire in assenza di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del cittadino, il giudice penale debba "sindacare" la legittimità dell'atto prima di "applicarlo", con la conseguenza che la "illegittimità" di un atto viene ad essere equiparata sempre alla sua "inesistenza" e che, se una fattispecie penale è integrata dalla esistenza di un atto amministrativo il giudice penale deve disapplicarlo se "illegittimo".

Sorge, a questo punto, il problema dei limiti di operatività dell'art. 5 della legge sull'abolizione del contenzioso, specie considerando che la tesi in esame si pone allo stesso modo, sia nella ipotesi in cui la legittimità dell'atto amministrativo rilevi al fine di accertare la responsabilità del destinatario dell'atto (ad esempio esecuzione di lavori senza concessione edilizia, contravvenzione agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, ecc.) sia nell'ipotesi in cui la legittimità dell'atto amministrativo rilevi al fine di accertare la responsabilità penale dell'autore dello stesso (ad esempio corruzione, abuso d'ufficio, ecc.).

Al riguardo, mentre tutti concordano che deve rimanere fuori del "sindacato" del giudice il "merito", concernente la utilità ed opportunità e non la conformità alla legge dell'atto amministrativo, e che, invece, deve rimanere, comunque, sottoposta al "sindacato" la "stretta o formale legittimità" dell'atto (intesa come esistenza dell'atto sulla base dell'esteriorità formale e della sua provenienza dell'organo legittimato ad emetterlo), le opinioni divergono quando si tratta di stabilire se il sindacato debba o meno estendersi alla cd. "illegittimità sostanziale" dell'atto con particolare riferimento al controllo sull'eccesso di potere.

Senza approfondire oltre i termini della questione, deve dirsi che la tesi imperniata sulla "disapplicazione" generale dell'atto amministrativo - a parte la divergenza di opinione sopra richiamata - è stata, specie negli ultimi tempi, sottoposta a critiche, non soltanto, come si vedrà meglio oltre, in relazione alla fissazione dei "limiti" del "sindacato", ma anche sotto il profilo della impostazione generale.

Sotto quest'ultimo profilo si è osservato infatti quanto segue.

a) Il potere di "disapplicazione" di cui alla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo ricorre solo quando il giudice penale è chiamato ad applicare norme contenute in un atto amministrativo, vale a dire, solo in quei pochi casi in cui egli deve verificare se un atto è compiuto nell'esercizio di un diritto, per ordine dell'Autorità, nell'adempimento di un dovere. Al di fuori di queste ipotesi il giudice penale non deve applicare o non applicare atti, ma soltanto accertare fatti.

b) Seguendo la interpretazione secondo cui le disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della legge del 1865 vanno lette congiuntamente - con la conseguenza che "il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale", - l'istituto della "disapplicazione" degli atti amministrativi non può essere invocato "per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare lesioni di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni) (Cass. Sez. un. penali 31/1/1987, Giordano, in Foro It. 1989, II<sup>^</sup>, 308).

c) Anche chi ritiene che gli articoli 4 e 5 della legge del 1865 contemplino fattispecie diverse e ne deduce quindi che l'art. 5 abbia una portata generale, è costretto a segnalare che i casi in cui il giudice penale si imbatte nell'atto amministrativo sono tali e tanti da rendere impossibile la fissazione di regole generali valide per tutti. Ricorda, infatti, a tale proposito, il NIGRO:

*... "La giurisprudenza coammassa sotto la formula della disapplicazione ipotesi diverse: ipotesi in cui la valutazione penale prescinde assolutamente dalla valutazione amministrativa (è il caso della cd. disapplicazione dei nulla-osta: ma l'esistenza o la legittimità del nulla-osta amministrativo non incide sulla valutazione penale); ipotesi in cui la valutazione penale cade sull'atto amministrativo assunto come fatto (è il caso della distrazione, a cui è da equiparare, entro certi limiti, quello della omissione di atti dell'amministrazione); ipotesi in cui la valutazione penale, richiede, sì, l'accertamento dell'esistenza o della legittimità dell'atto amministrativo, ma in quanto l'atto, o la sua mancanza, concorrono a formare la fattispecie criminosa (per esempio, è il caso dell'art. 650, e quello della costruzione senza licenza). Qui, in queste due ultime ipotesi, la valutazione della esistenza o legittimità dell'atto amministrativo non si pone, però, come questione incidentale (GALLANI): non si tratta, dunque, di disapplicazione...".*

d) Esaminando le singole fattispecie di reato in cui l'atto amministrativo funge da presupposto della condotta (art. 650 C.P.) o, addirittura, da condotta (abuso

d'ufficio) o da oggetto materiale (falso) o da scriminante (art. 51 C.P.) o da circostanza aggravante (art. 528, ultimo comma, C.P.), si è notato che la tesi della disapplicazione, mentre si attaglia bene alle ipotesi in cui l'atto amministrativo compare quale presupposto della fattispecie, semplice o circostanziata che sia, specie quando restringe la sfera giuridica del destinatario, conduce a risultati aberranti o illogici o, quanto meno, poco convincenti nei casi in cui:

- l'atto amministrativo integri la condotta della fattispecie perché la sua disapplicazione escluderebbe la possibilità di ipotizzare il reato fondato sul compimento dell'atto illegittimo;
- l'atto amministrativo costituisca oggetto materiale dei reati di falso in cui può porsi anche il problema della invalidità dell'atto;
- la fattispecie penale sia tale da richiedere sempre e necessariamente il sindacato dell'eccesso di potere (v. ad esempio l'atto contrario ai doveri d'ufficio nella corruzione) o, addirittura, del merito (v. ad esempio abuso d'ufficio);
- la fattispecie penale richiami espressamente il requisito della legittimità del provvedimento facendo così dubitare della necessità di ricorrere all'art. 5 della legge del 1865 o, addirittura, di dover far riferimento, nei casi in cui il tale richiamo non vi sia, soltanto all'esistenza dell'atto e non anche alla sua legittimità.

Di fronte alle difficoltà incontrate dalla tesi del richiamo generalizzato ed esteso ad ogni sede della "disapplicazione dell'atto amministrativo" da parte del Giudice ordinario, civile e penale, muovendo dalla giusta riflessione che le esigenze del giudizio civile - in cui si discute della violazione di un diritto soggettivo e del conseguente risarcimento - sono completamente diverse da quelle del giudizio penale - in cui viene perseguita la tutela dei più svariati interessi indipendentemente dalla loro consistenza extra-penale si sono sostenute le seguenti tesi:

- **La tesi della totale estraneità degli artt. 4 e 5 L.2248/1865 al processo penale** basato sul principio di ricerca della verità reale comportante il

controllo anche dell'eventuale vizio di merito dell'atto amministrativo, ed in cui, pertanto, il potere di sindacato del giudice penale non può essere vincolato se non dalla legge e non può essere limitato dai poteri esercitati dalla pubblica amministrazione.

- **La tesi della distinzione tra disapplicazione "in bonam partem" (o "in melius") e disapplicazione "in malam partem" (o "in pejus").**

- **La tesi fondata sui principi di tassatività ed irretroattività delle norme penali.**

Il principio di tassatività della legge penale - secondo cui costituiscono reato solo i fatti espressamente previsti come tali dal legislatore - sembra escludere che il giudice penale possa, attraverso l'interpretazione dell'art. 5 L. 2248/1865, configurare una nuova figura di reato che sanzioni penalmente il comportamento di chi costruisca essendo titolare di una concessione illegittima, allo stesso modo di chi costruisca senza concessione.

Inoltre il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole sancito dall'art. 2 C.P., sembra escludere che il giudice, attraverso il controllo di legittimità di un atto, successivo alla sua emanazione, possa con la disapplicazione dell'atto stesso, sanzionare penalmente un fatto che appariva lecito prima dell'intervento del giudice (vale anche qui l'esempio di costruzione eseguita in forza di concessione illegittima).

- **La tesi del controllo di legittimità limitato ai casi in cui la legittimità o illegittimità dell'atto sia espressamente richiamata.**

- **Le tesi sostanzialistiche**

Questa opinione è apprezzabile ove si ammetta per gli atti a rilevanza esterna e diretta, la operatività della "disapplicazione" e, per gli atti a rilevanza interna ed indiretta, la sussistenza del potere, in capo al giudice penale, nell'esercizio della sua attività interpretativa, di "verificare" la corrispondenza tra fattispecie concreta - eventualmente comportante la "valutazione" di un atto amministrativo compiuto o meno dall'autore

della condotta - e fattispecie tipica richiamante l'atto amministrativo stesso.

Non può invece essere seguita ed è pericolosa ed illogica, ove si ritenga che in tutti i casi di mancata previsione testuale nella fattispecie penale della legittimità o illegittimità dell'atto, sia precluso al giudice penale qualsiasi controllo di legittimità dell'atto stesso.

In tale ultimo caso, infatti, si giungerebbe all'assurdo di dover escludere la ipotizzabilità di intere figure di delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione integrati da comportamenti estrinsecatesi nel compimento di atti illegittimi.

Una volta imboccata la strada di ritenere che al giudice penale non può essere attribuito il potere di disapplicazione generalizzato di cui all'art. 5 legge 2248/1865, riconosciuto al giudice civile, occorre stabilire se, in quali casi ed entro che limiti il giudice penale possa ugualmente conoscere della illegittimità dell'atto amministrativo.

La risposta è concordemente positiva, ma, mentre secondo la interpretazione che sembra attualmente più seguita - già ricordata sub 2.4 e basata su un criterio di "tipicità formale" - "tale possibilità ..... deve trovare fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa (come, ad esempio, avviene con il disposto art. 650 C.P.), ovvero, nell'ambito della interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora la illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa". (v. Cass. Sez. un. pen. 31/1/1987, cit.), secondo le tesi cd. "sostanzialistiche" o basate su un criterio di tipicità sostanziale, quando la fattispecie penale è integrata da un atto amministrativo, per stabilire se il giudice penale debba o meno considerare equivalenti la inesistenza e la illegittimità dell'atto e se debba o meno limitare il suo controllo alla sola legittimità formale o estenderlo anche a quella sostanziale o, addirittura, al merito, occorre individuare, di volta in volta, la "ratio legis" della norma incriminatrice e, quindi, regolarsi di conseguenza.

A titolo di esempio si portano i casi della costruzione edilizia senza concessione e della detenzione, senza autorizzazione, di sostanze stupefacenti.

Se gli interessi tutelati dalle suddette norme incriminatrici vengono ravvisati, nel primo caso, nel semplice controllo sull'attività urbanistica e, nel secondo caso, nel corretto iter amministrativo da seguire per accertare la destinazione della sostanza, il giudice penale deve limitarsi a verificare la sola legittimità formale dell'atto; se, invece, gli interessi tutelati vengono ravvisati, nel primo caso, nell'assetto del territorio in modo conforme alle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia, e, nel secondo caso, nell'evitare il concreto pericolo di danno alla salute, il giudice penale deve estendere la sua verifica di conformità della fattispecie alla legittimità sostanziale dell'atto.

Gli esempi fatti sono così serviti a dimostrare che anche le tesi sostanzialistiche portano a soluzioni incerte specie considerando che il fatto di prescindere, sia dalla previsione testuale della legittimità o illegittimità dell'atto nella fattispecie penale, sia dagli eventuali effetti ampliativi o restrittivi dell'atto stesso, elude, in realtà, il problema dei limiti del "sindacato" perché, lo riconduce all'attività interpretativa del giudice che, com'è noto, non può avere altri limiti se non quelli imposti dai canoni legali di interpretazione e dal rispetto della "ratio legis".

### **3. LA OPINIONE ACCOLTA E LA VALIDITA' DELLA SUA SOLUZIONE**

Il panorama delle strade interpretative che sono state e sono ancora percorse per affrontare in modo risolutivo il tema proposto, pur permettendoci di approfondire, sia pure "per relationem", l'argomento trattato, non ci consente, tuttavia di trovare una soluzione che sia pienamente soddisfacente.

Infatti le critiche rivolte a tutte le opinioni in proposito prospettate appaiono più o meno valide ed assumono un rilievo maggiore se viste alla luce delle osservazioni generali fatte all'inizio sulla valenza politica del problema, sui diversi significati attribuiti alla parola "sindacato" del giudice penale e, soprattutto, sulla rivoluzione (o, almeno, radicale e rapida evoluzione), che ha investito e che investe l'attività della pubblica amministrazione, la

nozione di atto amministrativo, la scienza della pubblica amministrazione e lo stesso diritto amministrativo.

A questo punto la conclusione più logica sembra essere quella di negare che, nel sistema penale, esista un problema generale concernente il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo dovendo ogni caso essere risolto attraverso la interpretazione della singola norma penale e potendo essere diverse, di volta in volta, le soluzioni. In questo modo, però, pur se non si corre il rischio di sbagliare, si ignora volutamente il fatto, estremamente concreto e non teorico, che ogni giorno, nelle aule dei nostri Tribunali e negli Uffici delle nostre Procure di fronte a situazioni nelle quali l'azione penale e la giurisdizione penale viene praticamente ad incidere sulla attività della pubblica amministrazione, si cerca disperatamente un criterio interpretativo generale che, nel rispetto dei fondamentali principi costituzionali, possa evitare quelle incertezze interpretative e quei contrasti giurisprudenziali che, attraverso oscillazioni periodiche, hanno reso sempre più incandescente e fluida la materia.

Ritengo, pertanto, che proprio partendo dalle osservazioni generali sopra ricordate e facendo tesoro dell'esperienza teorica e pratica fino ad oggi acquisita, sia necessario, che ciascun operatore giuridico, anche a costo di apparire presuntuoso, si faccia carico di portare ulteriori contributi alla riflessione sul tema e, possibilmente, di proporre una soluzione teoricamente e praticamente accettabile.

Ed è quello che mi accingo a fare.

### **3.1 L'ART. 5 DELLA LEGGE SUL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO E LA SUA APPLICABILITÀ AGLI ATTI A RILEVANZA ESTERNA E DIRETTA NEL PROCESSO PENALE.**

L'art. 5 legge 2248/1865 All. E prevede che il giudice, per risolvere la questione principale, effettui un accertamento incidentale, al quale procede d'ufficio, sull'atto amministrativo.

In seguito a tale accertamento incidentale - che non è legato, come quello principale di cui all'art. 4, all'accertamento di un diritto soggettivo - l'atto amministrativo rimane valido

ed efficace, ma il giudice lo applicherà solo se "conforme alle leggi". Se accerta che "non è conforme alle leggi", vale a dire che è "illegittimo", lo deve "disapplicare".

Ciò sta a significare che il giudice, dovendo, in sede di accertamento incidentale, "applicare" l'atto per risolvere la questione principale, lo "disapplica" quando abbia riscontrato la sua "illegittimità".

In altre parole, la "disapplicazione" opera quando il giudice è chiamato ad "applicare" l'atto.

Nel processo penale certamente questo avviene in due casi:

- a) quando si tratta di atti generali a contenuto normativo integrativi della norma penale, espressamente richiamati dall'art. 5 con riferimento testuale ai "regolamenti generali e locali" (si pensi, ad esempio, alle tabelle delle sostanze stupefacenti, o psicotrope soggette a controllo, al catalogo delle armi, ecc.);
- b) quando si tratta di atti amministrativi che hanno una rilevanza diretta ed autonoma rispetto al sistema penale perché agiscono all'esterno della fattispecie criminosa producendo effetti nell'ambito dell'attività giudiziaria penale ( si pensi, ad esempio, ai provvedimenti amministrativi di ammissione dell'imputato all'oblazione e di accoglimento della domanda di grazia presentata dal condannato che operano rispettivamente, sulla estinzione del reato e della pena, sul piano sostanziale, nonché alla richiesta di procedimento del Ministro di Grazia e Giustizia che opera sul piano processuale).

### **3.2 L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 5 L.C.A. AGLI ATTI AMMINISTRATIVI A RILEVANZA INTERNA E INDIRETTA. DISTINZIONE TRA ATTI NON INTEGRATIVI E ATTI INTEGRATIVI DELLA CONDOTTA DELL'AUTORE DEL REATO.**

L'esame delle varie opinioni espresse in materia dimostra chiaramente che il vero problema consiste nello stabilire se di "disapplicazione" possa parlarsi a proposito degli atti amministrativi che assumono rilevanza indiretta nel processo penale perché operano dall'interno della fattispecie, sia come elementi integrativi della condotta - di cui possono costituire il mezzo esecutivo (ad esempio abuso d'ufficio) o il presupposto (ad esempio l'"ordine" nell'art. 650 C.P. e la "assenza del permesso di esecuzione dei lavori", di cui all'art. 44 T.U. in materia edilizia (DPR 6/6/2001 n.380) o l'oggetto materiale (ad esempio nei reati di falso) - sia come scriminanti (ad esempio l'"ordine legittimo" della pubblica Autorità che attribuisce l'esercizio del diritto e determina l'adempimento del dovere di cui

all'art. 51 C.P.) o come circostanze aggravanti (ad esempio divieto dell'Autorità previsto dall'art. 528 u.co. C.P.).

Finora le risposte al quesito non sono state soddisfacenti perché hanno riguardato, indistintamente, tutti gli atti a rilevanza interna ed indiretta, senza distinzioni di sorta.

Ritengo, invece, che, proprio per il principio - pacificamente recepito in dottrina e giurisprudenza - secondo il quale non si può nemmeno concepire un'azione della pubblica amministrazione come tale che non sia oggettivamente riferibile alla sfera del lecito giuridico, sia necessario distinguere la ipotesi in cui nella fattispecie penale l'atto amministrativo compare come presupposto o oggetto materiale della condotta, oppure come scriminante e circostanza aggravante, dalla ipotesi in cui l'atto opera come mezzo esecutivo della condotta criminosa.

Nel primo caso, infatti, nella fattispecie penale l'atto amministrativo rileva proprio come atto che oggettivamente proviene dalla pubblica amministrazione e ad essa riferibile, produce e deve produrre i suoi effetti ed è, quindi, non solo valido ed efficace, ma anche, fino a prova contraria, "legittimo" e "lecito".

Nel secondo caso, invece, nella fattispecie penale, l'atto amministrativo rileva, non come atto della pubblica amministrazione, ma come comportamento penalmente illecito del pubblico ufficiale o, se si vuole, come atto integrativo di tale comportamento illecito e, quindi, come tale, non riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico che è tipica dell'attività funzionale della pubblica amministrazione.

Si tratta, quindi, non di una distinzione nominalistica, ma di una distinzione strutturale (dal punto di vista della fattispecie penale che il giudice deve applicare) e sostanziale (dal punto di vista del rapporto giudice/pubblica amministrazione) la quale comporta, necessariamente, una diversa posizione del giudice penale rispetto all'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo.

Quando il giudice penale nell'esercizio della sua attività interpretativa, è chiamato ad "applicare" incidentalmente "l'atto amministrativo", dovrà rispettare tutti i principi già sanciti

dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, poi recepiti negli artt. 24, 28, 103 e 113 Cost. e, pertanto, dovrà anche "disapplicare" l'atto amministrativo se "illegittimo".

Quando, invece, il giudice penale è chiamato, non ad applicare, sia pure incidentalmente, l'atto amministrativo, ma a verificare che sia penalmente illecita una condotta realizzatasi attraverso il compimento di un atto che, uscendo dalla sfera del lecito giuridico, non può essere più riferito oggettivamente alla pubblica Amministrazione, allora egli agisce al di fuori della disciplina dei rapporti tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione e non incontra, nella verifica di conformità penale alla quale sottopone il fatto, limiti alle proprie valutazioni se non quelli derivanti dai principi che regolano l'attività interpretativa del giudice penale.

Da questo punto di vista, pertanto, non possono essere più posti sullo stesso piano, le fattispecie in cui l'autore è "destinatario" dell'atto e quelle in cui egli ne è "autore", perché, nelle prime, l'atto rileva come proveniente dalla pubblica amministrazione, mentre nelle seconde l'atto rileva come proveniente dall'autore dell'illecito penale.

Contro la conclusione accolta si potrebbe opporre che:

- a) anche quando la fattispecie penale prevede che l'autore del reato sia mero "destinatario" dell'atto questo può essere frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo ha emanato o del soggetto privato che ne beneficia (ad esempio lavori eseguiti in forza di concessione edilizia che sia frutto di corruzione);
- b) alcune fattispecie penali prevedono espressamente la "illegittimità" dell'atto (ad esempio non punibilità, ex art. 51, u. co., C.P., di chi esegue un ordine "illegittimo" quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine) pur riferendolo oggettivamente alla pubblica amministrazione;
- c) alcune fattispecie penali, facendo riferimento all'atto "legittimo", impongono al giudice un controllo di legittimità che non trova, quindi, il suo fondamento, nell'art. 5.

Ritengo che tali obiezioni non soltanto non contrastano ma, anzi, confortano la tesi che si sta sostenendo, ove si consideri che:

- la giurisprudenza e la dottrina concordano nel ritenere che quando una concessione edilizia sia frutto di corruzione o, comunque, di attività criminosa riferibile al soggetto pubblico che ha emanato l'atto oppure allo stesso destinatario dell'atto, il problema dell'applicabilità dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo non si pone perché l'atto amministrativo si deve considerare inesistente;

- proprio la rara previsione nel codice penale di ordini "illegittimi" riferiti alla pubblica Amministrazione dimostra, da un lato, che l'atto amministrativo, normalmente, si presume "legittimo" quando non costituisca il mezzo di esecuzione della condotta e, dall'altro, che il comportamento criminoso, in quanto tale, prescinde, solitamente, dalla legittimità o illegittimità dell'atto che rileva come fatto;
- quando la fattispecie penale fa riferimento testuale alla legittimità dell'atto, il problema che si pone non riguarda tanto l'applicabilità o meno dell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo, quanto i limiti di detto sindacato.

### **3.3 LIMITI DEL "SINDACATO" DI LEGITTIMITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NON INTEGRATIVI DELLA CONDOTTA DELL'AUTORE DEL REATO. LEGITTIMITÀ FORMALE E SOSTANZIALE.**

La circostanza che l'atto amministrativo - quando non sia integrativo della condotta del reato - rilevi quale atto proveniente dalla pubblica amministrazione e che, quindi, come tale debba essere considerato dal giudice penale, comporta necessariamente, a mio avviso, che il sindacato della conformità alla legge dell'atto debba essere limitato - in mancanza di una esplicita previsione alla legittimità dell'atto sulla quale poi dovremo tornare - alla cosiddetta "legittimità formale" dell'atto e debba quindi consistere in un controllo di stretta legalità fondato sulla esteriore rispondenza dell'atto amministrativo alle norme di legge e sulla verifica della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo.

Invero, proprio perché si tratta di atto della pubblica amministrazione che ha come destinatario l'autore del reato, deve essere valutato dal giudice penale così come si presenta al destinatario ed ai terzi, in relazione all'affidamento che esso determina, e per la sua apparenza e provenienza, e per la presunzione di legittimità di cui gode.

Pertanto, nel caso di esecuzione dei lavori in base a concessione edilizia che si presenta formalmente tale e proviene dal Sindaco del Comune, non potrà essere integrata la fattispecie penale della esecuzione dei lavori in assenza di concessione sol perché, successivamente, sia riscontrata, la illegittimità della concessione per eccesso di potere.

Infatti, in tal caso, salvo che derivi da attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la ottiene, la concessione amministrativa, purché esteriormente tale e proveniente da organo legittimato, è legittima, valida ed efficace e tale deve essere considerata sia dal destinatario - il quale su di essa ha fatto affidamento - sia, in genere, dai cittadini e dagli altri Poteri dello Stato nei rapporti con la pubblica Amministrazione.

Lo stesso criterio interpretativo deve essere seguito in tutti i casi in cui l'atto amministrativo costituisce il presupposto del comportamento ammesso o vietato oppure costituisce oggetto materiale della condotta o scriminante del reato o circostanza aggravante.

E' importante, però, rilevare che in molte fattispecie, specie in quelle riguardanti la inosservanza degli ordini amministrativi vi è la previsione espressa della "legittimità" dell'atto (v. art. 650) e questo avviene anche nell'art. 51 C.P. in cui si fa riferimento alla "legittimità" e "illegittimità" dell'ordine.

Al riguardo ritengo che l'interprete, anche per il rispetto al criterio di "tipicità" che è tenuto ad osservare, non possa ignorare il richiamo testuale alla "legittimità" o "illegittimità" degli atti contenuto nella fattispecie penali.

A mio avviso, infatti, la previsione normativa non è superflua - pur se si ritiene operativo l'art. 5 l.a.c. nei limiti sopra enunciati - perché ha un preciso e relevantissimo significato: quello di imporre al giudice penale di controllare la legittimità sostanziale e non soltanto formale dell'atto, malgrado la presunzione di legittimità dello stesso, estendendo il sindacato anche all'eventuale vizio dell'eccesso di potere ove rilevi e nei limiti in cui rilevi ai fini della verifica della fattispecie penale.

Questa conclusione non comporta, si badi bene, che l'atto amministrativo oggetto del controllo debba essere necessariamente "disapplicato" dal giudice penale che lo abbia riconosciuto viziato di eccesso di potere a norma dell'art. 5 l.a.c., ma va intesa nel senso che, di fronte a queste fattispecie che prevedono espressamente la "legittimità" o "illegittimità" dell'atto, il giudice penale, il quale generalmente, a norma dell'art. 5 l. c.a., deve limitarsi al controllo della legittimità formale dell'atto per "disapplicarlo", ove lo riscontri, sotto questo limitato profilo, "illegittimo", è tenuto ad estendere il suo controllo anche alla "legittimità

sostanziale" dell'atto (ma mai al merito) per verificare la rispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie tipica.

In altre parole, quando il giudice penale si trova di fronte ad un atto amministrativo a rilevanza interna ed indiretta che non integri la condotta del reato e che non sia comunque frutto di attività criminosa, deve controllare soltanto - ai fini della verifica della fattispecie e della disapplicazione dell'atto - la legittimità formale dell'atto stesso; quando, invece, per testuale previsione normativa, è richiamata la "legittimità" o "illegittimità" dell'atto deve estendere il suo controllo - altrimenti limitato alla legittimità formale a fini disapplicativi - anche alla legittimità sostanziale a fini di verifica della fattispecie.

#### **3.4 INESISTENZA DI LIMITI DIVERSI DA QUELLI INTERPRETATIVI IN SEDE DI CONTROLLO, DA PARTE DEL GIUDICE PENALE, DI ATTI AMMINISTRATIVI INTEGRATIVI DELLA CONDOTTA DELL'AUTORE DEL REATO O DERIVANTI DA ATTIVITÀ CRIMINOSA.**

Si è già accennato che quando l'atto integra la condotta dell'autore del reato o comunque deriva da attività criminosa del soggetto pubblico che lo ha emanato o del soggetto privato che ne è destinatario, impropriamente si parla di atto amministrativo dal momento che, in realtà, in quanto fatto illecito, non è più riferibile, come atto, alla pubblica amministrazione, costituendo mezzo esecutivo di una condotta criminale interna (in caso di atto integrativo di condotta dell'autore del reato) o esterna (in caso di atto frutto di attività criminosa del destinatario) della fattispecie penale. Al riguardo possono citarsi ad esempio l'abuso d'ufficio e la costruzione eseguita sulla base di concessione edilizia frutto di corruzione.

In tali casi, non esistendo l'atto amministrativo come tale, non esiste il problema del rapporto tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione e nessun limite derivante dall'esercizio del potere esecutivo può derivare all'attività interpretativa del giudice penale che può controllare quindi anche il merito dell'apparente atto che, in effetti, è un fatto.

#### **3.5 ELEMENTI DI RISCONTRO DELLA VALIDITÀ DELLA TESI ACCOLTA.**

La tesi accolta assume maggiore validità se esaminata alla luce delle osservazioni generali di cui al paragrafo 2..

Invero, ammettere la operatività della disapplicazione nei soli casi in cui l'atto, sia pure incidentalmente, debba essere applicato quale atto obiettivamente amministrativo e riconoscere in relazione ad esso, proprio in quanto si tratta di estrinsecazione di attività del potere esecutivo dotato degli attributi di autorità ed esecutorietà derivanti da una presunzione di legittimità, la limitazione del sindacato del giudice penale alla sola "legittimità formale";

consentire il controllo di "legittimità sostanziale", al di là della "disapplicazione", soltanto nei casi in cui la "legittimità" o "illegittimità" dell'atto sia espressamente richiamata dalla norma penale, dando, così, specifico significato alla previsione normativa;

attribuire, infine, al giudice penale la funzione di controllo del merito dell'atto quando questo assuma i caratteri del fatto illecito non più riferibile, in quanto tale, ai pubblici poteri;

tutto questo, incide in modo determinante sulla "valenza politica" del tema nel senso di ricomporre ad equilibrio ed unità il rapporto istituzionale giurisdizione penale/pubblica amministrazione nel rispetto dei principi costituzionali della sottoposizione del giudice soltanto alla legge e della funzione di generale controllo della legalità attribuita dal sistema al giudice, da un lato, e della piena autonomia della pubblica amministrazione, dall'altro.

Inoltre la tesi accolta spiega, in modo logico, l'esigenza di attribuire significati diversi al "sindacato" del giudice penale sull'atto amministrativo, distinguendo l'ipotesi della "disapplicazione" dell'atto, dall'ipotesi del "controllo di legittimità" per la verifica della fattispecie, dall'ipotesi, ancora, della "valutazione dell'atto" in quanto fatto.

Infine, quel che più conta, è una opinione idonea ed adeguata a fronteggiare le trasformazioni in corso nell'attività della pubblica Amministrazione.

Circa quest'ultimo punto, possono valere alcuni esempi.

Il fatto che la "disapplicazione" dell'atto operi nei limiti del controllo di "legittimità formale" viene incontro alla centrale importanza che, nell'azione amministrativa, assume il procedimento, come forma della funzione, rispetto all'atto.

Il fatto che il controllo di legittimità sostanziale sia normalmente precluso al giudice penale viene incontro all'esigenza dell'aumento della autonomia e discrezionalità della pubblica amministrazione ed alla tendenza a sostituire, in sede amministrativa, la gestione, in vista di un obiettivo, all'atto.

Il fatto che il controllo di merito non è precluso al giudice quando deve valutare l'atto come mezzo di esecuzione della condotta del soggetto pubblico autore del reato (di cui, quindi, verifica il comportamento), trova preciso riscontro nella introduzione, in sede amministrativa, della figura del "responsabile del procedimento" e della tipizzazione degli atti che questi è tenuto a compiere.

Ulteriore conforto alla impostazione fin qui seguita proviene dalle critiche avanzate alle varie tesi sinteticamente esaminate nel punto 2.4.

Al riguardo, si osserva, infatti che:

- non hanno più ragione di essere i rilievi mossi alle tesi estreme del potere generale di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale, da un lato, e della totale estraneità degli artt. 4 e 5 l.a.c. al processo penale, dall'altro, una volta stabiliti gli ambiti applicativi entro i quali il giudice penale è tenuto ad operare;
- non è più necessario ricorrere alla distinzione tra disapplicazione "in melius" e disapplicazione "in pejus", una volta fissato il limite del sindacato di "legittimità formale";
- non è più superfluo o privo di significato il richiamo testuale nella fattispecie penale alla "legittimità" o "illegittimità" dell'atto una volta che, in forza di tale previsione normativa, il controllo del giudice penale sia esteso alla "legittimità sostanziale" dell'atto;

- vengono evitate le incertezze conseguenti all'accoglimento delle tesi sostanzialistiche.

E' ben vero che rimane il problema delle regole interpretative che il magistrato penale è tenuto a seguire - specie in sede di esercizio dell'azione - quando si imbatte in quelle fattispecie penali in cui l'atto amministrativo costituisce mezzo di esecuzione della condotta ( si pensi al vecchio peculato per distrazione e, soprattutto, all'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 C.P.), ma qui il problema è diverso e concerne, non il tema del "sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo", ma i più ampi temi della interpretazione e corretta applicazione delle norme penali, sostanziali e processuali.

La verità è che, a tale proposito, esiste una valenza politica dei problemi che, da un certo punto di vista, non possono trovare soluzione se non seguendo strade - come si è tentato più volte di fare - che non possono essere percorse perché incostituzionali.

Mi riferisco al tentativo di inquadrare il P.M. nell'ambito del potere esecutivo – (contrastante con la posizione istituzionale riconosciuta al P.M. nell'ambito della Magistratura dagli artt. 104 co. 1, 105 e 107 Cost., quale autorità giudiziaria degli artt. 13,14,15,21 e 109, quale titolare del controllo di legalità degli artt. 73 e ss. Ord. Giud. E contrastante altresì, con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. - ed al tentativo di introdurre una pregiudiziale amministrativa, la cui insostenibilità è stata già dimostrata dalla sorte toccata in passato alla pregiudiziale tributaria - comportante, in concreto, la impunità di fatto degli autori del reato - dichiarata a suo tempo illegittima dalla Corte Costituzionale prima di essere abolita dallo stesso legislatore senza rimpianto alcuno.

#### **4. CENNI SULLA CORRETTA INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE DA PARTE DEL MAGISTRATO PENALE CON RIFERIMENTO ALL'ABUSO D'UFFICIO**

La inaccogliabilità delle tesi estreme da ultimo indicate sulle quali non vale nemmeno la pena di approfondire un discorso che sembra ormai superato e riguarda, comunque, il legislatore costituzionale, non esclude che il problema della possibile pratica ingerenza della giurisdizione penale - intesa come comprensiva dell'azione penale - sull'attività della

pubblica amministrazione attraverso quella che è stata definita "supplenza scorretta" debba essere, comunque, accennato anche se, come si è detto, non attiene specificamente al tema in esame, ma a quello, molto più ampio, della funzione e dell'attività interpretativa del giudice penale.

Infatti l'ingerenza lamentata interviene specialmente nei casi in cui l'atto amministrativo (o apparentemente tale) costituisce il mezzo di esecuzione della condotta e quando, cioè, secondo la tesi accolta, nessun limite - se non quello derivante dalla "ratio legis" e dai canoni interpretativi - esiste al controllo del giudice penale che si estende anche al merito ("del comportamento" piuttosto che "dell'atto"): il che si verifica, soprattutto, in sede di applicazione dell'art. 323 C.P. concernente il reato di abuso d'ufficio.

Al riguardo, senza voler affrontare, in questa sede, la questione della interpretazione della fattispecie di cui all'art. 323 C.P., mi limiterò soltanto ad alcuni rilievi sulla concreta attività esplicata, in materia, dal magistrato penale, mai dimenticando, però, che quando il magistrato penale, nell'accertare la corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, esercita, a tal fine, il controllo necessario a verificare la disfunzione, anche amministrativa, dalle quali la legge fa discendere sanzioni penali, non si potrà mai parlare di ingerenza indebita.

#### **4.1 ALCUNI RILIEVI SULLA INTERPRETAZIONE DELL'ART. 323 C.P.:** **A) CONSEGUENZE SUL PIANO SOSTANZIALE.**

Anche con l'ultima modifica dell'art. 323 C.P., il legislatore ha configurato l'abuso come esercizio d'ufficio per fini diversi da quelli imposti dalla natura della funzione e, quindi, o tali da far conseguire al comportamento (che può anche identificarsi con il compimento di un atto) uno scopo estraneo rispetto a quello preordinato dalla norma, oppure tali da realizzare un vero eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto.

*Pur prescindendo la figura dell'innovato art.323 c.p. dalle patologie dell'atto amministrativo e rimanendo la condotta integrata dall'ingiusto vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto procurato nello svolgimento delle funzioni in violazione di norme di legge o di regolamento, la condotta da prendere in considerazione deve inerire all'esercizio del potere attribuito dalla normativa di base dell'Ufficio di cui fa parte il pubblico ufficiale. E, trattandosi di funzione, cioè di potere attribuito in vista di uno scopo pubblico, che del*

*potere medesimo costituisce la causa intrinseca di legalità, si ha violazione di legge non solo quando la condotta sia stata svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti richiesti, ma anche quando essa non si sia conformata al presupposto stesso da cui trae origine il potere, caratterizzato, a differenza dell'autonomia negoziale, dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale. Pertanto il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge, e quindi per uno scopo personale od egoistico, e comunque estraneo alla P.A., si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta nella sua oggettività offesa dell'interesse tutelato.*

Da ciò consegue che "ai fini della prova dell'abuso di ufficio di cui all'art. 323 C.P., quale sostituito dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, assumono rilievo sia l'atto o il comportamento singolarmente valutato (qualora questo esprima ex se il perseguimento di un fine diverso rispetto al fine tipico) sia quegli elementi sintomatici che, apparentemente estrinseci all'atto o al comportamento, consentono una verifica di più ampio contesto. Il che si verifica dando rilievo al presupposto da cui si esprime l'abuso, attraverso il coinvolgimento di singoli comportamenti (o di singole serie comportamentali) antecedenti, contestuali od anche successivi all'atto o al comportamento che designa l'abuso stesso, donde l'irrilevanza, anche nel nuovo regime, ove la condotta si manifesti attraverso provvedimenti, della loro legittimità od illegittimità. (Cass. Sez. IV<sup>^</sup>, 25/10/91, Giunta, in Cass. pen. 1993, 809)".

Inoltre è stato ben sottolineato che l'art. 323 C.P. intende sanzionare penalmente l'attentato al buon andamento ed all'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) attuato con un abuso funzionale che, a parte il dolo specifico richiesto, prescinde dall'inquadramento dell'atto, (sempre che di atto si tratti) in possibili vizi amministrativi, ma va ricollegato alla deviazione di esso dalla causa tipica o da altro elemento essenziale previsto dal legislatore (Cass. Sez. VI<sup>^</sup>, Sent. n. 05586 del 27/5/91, imp. Cherubini).

Infine è noto che, potendo le finalità pubbliche essere realizzate mediante l'impiego di strumenti propri del diritto privato, l'abuso d'ufficio è configurabile, non solo in riferimento ad atti tipici della funzione amministrativa, ma anche in relazione ad attività soggette al diritto privato (Cass. Sez. VI, Sent. n. 05086 del 7/5/1991, imp. Petrone).

Le osservazioni di cui sopra, oltre che confortare la tesi accolta, dimostrano che - a prescindere dall'accertamento dell'elemento della ingiustizia del danno o del vantaggio nell'elemento psicologico che meglio oggi tipizza il reato -, per integrare l'elemento materiale dell'abuso non è necessario un atto illegittimo ed occorre che la condotta del soggetto pubblico agente sia protesa, attraverso il compimento dell'eventuale atto, al raggiungimento di fini non corrispondenti al carattere pubblico della funzione o del servizio: il che, malgrado la "apertura" della norma, serve già a limitare in modo concreto la interpretazione della fattispecie per la cui integrazione non è certo sufficiente la "illegittimità dell'atto" eventualmente fatta valere in sede di giurisdizione amministrativa.(12)

#### **4.2 B) CONSEGUENZE SUL PIANO PROCESSUALE.**

Da tale interpretazione derivano conseguenze ancor più evidenti sul piano processuale specie considerando l'attività del P.M.

Nel nuovo sistema processuale penale occorre distinguere la attività investigativa - diretta all'acquisizione della "notizia di reato" - dalla attività di indagine, conseguente all'acquisizione della notizia di reato, diretta all'esercizio dell'azione penale.

Si tratta di una distinzione - peraltro meritevole di maggiore attenzione da parte degli studiosi del processo penale - riguardante sia il P.M. che la polizia giudiziaria perché entrambi, a norma dell'art. 330 c.p.p., "prendono notizia dei reati di propria iniziativa".

Sorge, a questo punto, il problema di stabilire quando si possa parlare di notizia di reato acquisita e che debba essere iscritta al registro di cui all'art. 335 c.p.p.

La soluzione, a mio avviso, si rinviene nelle disposizioni di cui agli artt. 331 c.p.p. (denuncia da parte di pubblici ufficiali) e 332 c.p.p. (contenuto della denuncia) in relazione all'art. 347 c.p.p. (obbligo di riferire la notizia del reato) da cui chiaramente si evince che la notizia di reato può considerarsi acquisita dalla polizia giudiziaria e deve essere quindi riferita e denunciata quando sia corredata da fonti di prova utilizzabili, sia pure a meri fini endoprocessuali (esclusi, quindi, ad esempio, le fonti confidenziali di polizia e gli anonimi) e già documentate.

Pertanto, nel caso particolare dell'abuso d'ufficio, per aversi vera e propria notizia di reato non è sufficiente la informazione concernente la illegittimità di un atto amministrativo, ma occorre che siano stati acquisiti quanto meno elementi sintomatici della integrazione della condotta criminosa prevista dall'art. 323 C.P..

Tali elementi, oltre che in fonti di prova diverse dall'atto in s., possono consistere, quando l'atto sia mezzo di esecuzione della condotta, nella violazione dei doveri di imparzialità e/o nella strumentalizzazione privata dell'atto o, anche, nella sola illegittimità dell'atto perché sia così manifestamente orientata da comprovare, di per s., violazione del dovere di imparzialità e/o la strumentalizzazione privata dell'Ufficio.

A parte gli accertamenti necessari in relazione agli altri elementi integrativi della fattispecie ed alla individuazione del responsabile, prima di questo momento tutt'al più potrà parlarsi di attività investigativa, ma non di acquisizione di notizia di reato e, tanto meno, quindi di elementi indizianti: con tutte le conseguenze, sul piano della impossibilità del compimento di certi atti, specie in relazione alla applicazione di misure cautelari, che è facile immaginare.

## **5. CONCLUSIONE**

Il problema del "sindacato" del giudice penale sull'atto amministrativo oltre certi limiti non si può risolvere.

Il giudice penale deve sindacare l'attività amministrativa quando appaia mezzo di esecuzione di una condotta criminosa, per accertare se siano stati o meno commessi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e nessun legislatore ordinario potrà mai togliergli questo potere se non abolendo tali reati.

Quanto al possibile indebito sconfinamento del giudice penale nell'attività della pubblica amministrazione, si tratta, come è stato giustamente rilevato, di isolati fatti patologici che possono anche diventare un problema di costume giudiziario<sup>(13)</sup> ma che, comunque, sono il frutto da un lato, di un "malcostume amministrativo" e di una illegalità

diffusa incompatibili con uno Stato di diritto e, dall'altro, del cattivo funzionamento dei controlli amministrativi.

Essi, quindi, devono essere eliminati sia incidendo culturalmente su tutti gli operatori giuridici e sulla loro attività interpretativa, sia, soprattutto, contrastando l'illegalità diffusa e rendendo efficaci i controlli amministrativi, senza pretendere di poterli evitare abolendo, distruggendo o danneggiando la stessa funzione del giudice.

Infatti, di fronte ad una epidemia o ad una endemia può anche accadere che il medico possa sbagliare.

In tal caso, ciò che, comunque, non potrà mai essere ammesso, è che, per correggere l'eventuale isolato errore, si scacci il medico lasciando morire tutti i malati.

**IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA**  
**Enrico DI NICOLA**

## - INDICE -

1. **PREMESSA.**
2. **OSSERVAZIONI GENERALI CIRCA I LIMITI DEL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA.**
  - 2.1. Valenza politica ed attualità del tema.
  - 2.2. Il problema visto alla luce della moderna attività della p.a. nella prospettiva dell'attuazione del processo di riforma ancora in fieri.
  - 2.3. Significato attribuito alla parola "sindacato" con riferimento alla specifica attività del giudice penale.
  - 2.4. Le tesi sostenute per risolvere il problema del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo.
3. **LA OPINIONE ACCOLTA E LA VALIDITA' DELLA SUA SOLUZIONE.**
  - 3.1. L'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo e la sua applicabilità agli atti a rilevanza esterna e diretta nel processo penale.
  - 3.2. L'applicabilità dell'art. 5 L.C.A. agli atti amministrativi a rilevanza interna e indiretta. distinzione tra atti non integrativi e atti integrativi della condotta dell'autore del reato.
  - 3.3. Limiti del "sindacato" di legittimità degli atti amministrativi non integrativi della condotta dell'autore del reato. legittimità formale e sostanziale.
  - 3.4. Inesistenza di limiti diversi da quelli interpretativi in sede di controllo, da parte del giudice penale, di atti amministrativi integrativi della condotta dell'autore del reato o derivanti da attività criminosa.
  - 3.5. Elementi di riscontro della validità della tesi accolta.
4. **CENNI SULLA CORRETTA INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE DA PARTE DEL MAGISTRATO PENALE CON RIFERIMENTO ALL'ABUSO D'UFFICIO**
  - 4.1. Alcuni rilievi sulla interpretazione dell'art. 323 c.p.:
    - a) conseguenze sul piano sostanziale.
  - 4.2. b) conseguenze sul piano processuale.
5. **CONCLUSIONE**