

Capitolo I

CAMPO DELL'ANALISI E INTRODUZIONE SULLA DETERMINATEZZA DELLA FATTISPECIE PENALE

SOMMARIO: 1. Campo dell'analisi. – 2. Determinatezza e indeterminazione della fattispecie penale. I c.d. concetti elastici. Clausole generali, elementi normativi e di illiceità speciale, elementi discrezionali. – 3. *Segue*. Prime riflessioni sulle criticità della norma penale. Elasticità dell'elemento e determinatezza della fattispecie. Discrezionalità sulla fattispecie e discrezionalità sulle conseguenze. Discrezionalità sulla fattispecie quale eventuale scelta legislativa, discrezionalità come conseguenza della indeterminazione della fattispecie? La discrezionalità quale assenza di fattispecie in uno o più dei suoi elementi costitutivi. Cenni e rinvio. – 4. Le figure di speciale antidoverosità della condotta. Cenni preliminari.

1. *Campo dell'analisi*

Nell'analisi dei presupposti di osservanza delle 'qualità' della fattispecie incriminatrice (legalità, determinatezza, tassatività e chiarezza) uno dei profili problematici, da ognuno riconosciuto, consiste nel suo eventuale comporsi anche di elementi elastici o tali da lasciarsi interpretare nel senso di consentire al giudice penale la ricostruzione della 'tipicità' del fatto per il tramite di un percorso non adeguatamente supportato da parametri formali ed astratti o che, peggio, appaia frutto dell'esercizio di un (inammissibile) suo potere discrezionale.

Un problema peculiare si pone al riguardo ove si tratti di reati che riconoscano il loro fondamento in un'*illegittima* attività amministrativa, rappresentando, questo, un ambito dotato di sicura fisionomia scientifica di peculiare rilievo della nostra ricerca, vista la sua grande importanza teorica e pratica. Esso si distingue nettamente tra le molteplici figure dell'illiceità speciale, configurandosi propriamente e più specificamente quale 'speciale antidoverosità' della condotta. È dunque all'*illegittimità* amministrativa della condotta tipica che farò comunemente richiamo nel

corso del volume, salvo esplicitare là dove vengano in rilievo angolazioni diverse dell'indagine. Ed è a tale più specifico fenomeno che, almeno teoricamente, dovrebbero aderire i problemi appena formulati per chiara indicazione in tal senso della norma incriminatrice; oppure – ed è questo il caso comune – a seguito dell'opera interpretativa ed applicativa del giudice che si attribuisca potere creativo o anche un sindacato nel 'merito' di un certa valutazione, come se la legge volesse appunto prescindere da vincoli formali o i medesimi fossero insufficientemente determinati nella ricognizione del fatto di reato, lasciando perciò al giudizio in concreto la definizione di uno (o più) dei suoi elementi costitutivi.

Nella trattazione del tema, e nella detta applicazione giudiziaria delle relative fattispecie, non sfuggono perciò i seri rischi di uno stravolgimento dei contenuti di principi fondamentali del diritto penale, in specie del principio di stretta legalità e dei suoi corollari; ma la ritenuta, pressante necessità pratica di inseguire e perseguire il malaffare della pubblica amministrazione, nella sue diverse espressioni, conduce 'di fatto', più o meno avvertitamente, ad estendere il controllo anche sull'attività squisitamente discrezionale del pubblico amministratore, anche quando, pur respingendo il relativo sindacato, in linea di principio, si ricorra – come spesso accade – a formule generiche che dovrebbero indirizzare il controllo medesimo verso le manifestazioni più eclatanti (intollerabili), o ritenute tali, dei comportamenti abusivi.

Il rigore applicativo della norma incriminatrice conduce in definitiva a sviare l'attenzione dall'effettiva portata della repressione penale a fronte degli indicati principi, con la conseguenza di soluzioni ambigue, ondivaghe, non poche volte chiaramente in contrasto con i principi medesimi.

Come accade anzitutto allorché la condanna elude l'accertamento dello stesso fatto materiale del reato, dimenticando che esso si compone pure di 'qualificazioni normative'; di un fatto la cui legittimità o illegittimità amministrativa va, in altri termini, anzitutto circoscritta dal punto di vista 'oggettivo', dovendo escludere la pena ove esso risulti legittimo sotto il profilo specifico. Dissolvendosi il 'rivestimento' dell'oggettiva illegittimità amministrativa della condotta, l'accertamento finirebbe allora col concentrarsi sul semplice atteggiamento psicologico del soggetto, violando il canone del *cogitationis poenam nemo patitur*, dunque dei principi di materialità e offensività del reato.

In nome del ritenuto, imprescindibile, sindacato (esplicitamente o im-

plicitamente) esercitato anche su attività connotate da valutazioni discrezionali, la condanna viene pronunciata pur in assenza dei riscontri formali tipicizzati, là dove cioè manchi un'effettiva violazione di vincoli normativi oggettivamente determinati. La 'dissolvenza' dei vincoli di legge, a fronte della volontà di una rigoristica repressione, conduce ad ignorare anche i limiti di fattispecie, del tutto specifici congegnati dal legislatore, pur consacrati da storiche evoluzioni di norme penali peculiarmente soggette all'attenzione dei penalisti. Esempio è al proposito la storia dell'abuso d'ufficio, per il quale si finisce con l'ignorare perfino che il legislatore ha inteso nel tempo vieppiù potenziare la 'barriera formale' del tipo di illecito, introducendo l'elemento della 'violazione di legge' (o di regolamento, oltre che, in alternativa, della violazione di specifici obblighi di astensione). Le formule impegnate dalla giurisprudenza, nell'applicare l'art. 323 c.p., o negli altri casi non caratterizzati dalla violazione dei vincoli formali, non poche volte aprono spazi all'accertamento del reato secondo un indiscriminato richiamo alle 'ragioni' dell'atto – ragioni cioè genericamente invocate, non altrimenti qualificate – lasciando dedurre che basterebbe in definitiva la semplice intenzione criminosa del soggetto a illustrare il perfezionarsi di ogni presupposto della pena.

Per correggere l'improprio indirizzo all'inosservanza dei principi, secondo un filone dottrinale, basterebbe contrapporre, in una prospettiva di riforma, una tecnica legislativa di formulazione più attenta del tipo di reato: la c.d. via della tipicità. L'appello non può essere ignorato, anzi va tenuto nel massimo conto. Al contempo non va obliterato quanto insegna la comune esperienza giurisprudenziale, vale a dire che ogni tentativo del legislatore di potenziamento delle garanzie formali, nella definizione della fattispecie incriminatrici, può ormai essere smentito dalla pratica applicazione delle stesse per un'opera di supplenza giurisprudenziale che riconosce ben pochi limiti nella positivizzata volontà del legislatore, facendo appello alla formazione e all'ossequio del diritto vivente.

Scopo del presente volume è perciò (ed invece) quello di insistere sulla necessità di una corretta e completa intelligenza del problema, ristabilendo gli esatti termini applicativi dell'elemento di fattispecie consistente in una espressione della figura della speciale antidoverosità della condotta, che si manifesta nella pratica quale fattore di rischio di un'insufficiente determinabilità del tipo o anche chiave di accessi impropri per esprimere un sindacato 'discrezionale' del giudice penale. Lo scopo va

perseguito anzitutto chiarendo in quali termini, più o meno espressi, si manifesta il suo preciso significato nei casi di (non ammissibile) procedimento applicativo del giudice; poi denunciando nel modo più netto il significato di un'eventuale, riconosciuta, effettiva appartenenza della medesima qualifica della 'antidoverosità' alla struttura di particolari reati: o nel senso di dover poi riconoscere l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice per contrasto con il principio di (riserva di legge o comunque di) determinatezza della fattispecie penale ove essa risulti veicolo di estensioni arbitrarie; ovvero nel senso di dover segnalare l'evidente deviazione del giudice dal tracciato normativo. Ciò, nel tentativo di indicare una realtà che conduca almeno la migliore giurisprudenza ad una più matura riflessione sull'assoluta necessità di correggere indirizzi talora francamente inaccettabili, che rendono anche infruttuosa ogni ricerca di una migliore definizione legislativa della norma incriminatrice. La quale, in ogni caso, non può rinunciare a servirsi degli elementi indicativi di un'illiceità speciale, anche nella figura particolare della speciale antidoverosità della condotta; elementi che non dovrebbero essere manipolati con l'effetto di risolversi in una vera e propria breccia nella volontà positivizzata della legge.

Ed è solo sul presupposto di una tale più matura riflessione che – a me sembra – potrà poi eventualmente concepirsi una nuova stagione legislativa per ridefinire i limiti del sindacato del giudice penale che, nel rispetto dei principi, valga quale efficace, corretto e convincente contrasto al malfare nella pubblica amministrazione.

Aspetto critico, a mio avviso dunque meritevole della massima attenzione risiede nello studio della materia, per far emergere – come prima accennato – quanto nell'accertamento di fattispecie segnate dall'illegittimità dell'atto amministrativo risulti una inammissibile contaminazione del piano di accertamento della sfera oggettiva della fattispecie con quella soggettiva; sostituendosi quest'ultima alla prima nella definizione concreta del reato.

Il fenomeno si riscontra soprattutto nella materia dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, e in particolare riguardo alla corruzione. Cito quel noto indirizzo in base al quale, ove venga in rilievo un'attività discrezionale quale oggetto della corruzione, al di là dell'accertamento dell'atto specifico, contestato, ancorché conforme oggettivamente agli interessi pubblici, si configurerebbe comunque una corruzione

propria, per atto contrario ai doveri d'ufficio. Ciò perché la circostanza che ci sia stato un accordo corruttivo, tra pubblico agente e privato, corromperebbe automaticamente il giudizio del pubblico agente anche nel senso di connotare l'atto, compiuto o da compiere, nell'ottica della contrarietà al dovere. In questo caso, quindi, non è più il dato oggettivo che rileva: decisiva sarebbe la motivazione dell'agente, cioè il fatto che il pubblico agente, nel realizzare o comunque nella prospettiva anticipata di dover compiere un atto dell'ufficio, abbia subito un presunto antidoveroso condizionamento nell'esercizio delle sue funzioni, per l'accordo illecito.

Questo indirizzo, molto marcato con riferimento alla corruzione, ma che si riscontra, *mutatis mutandis*, anche in rapporto ad altre fattispecie, è, ad avviso della scrivente, anch'esso un punto critico. Il quale, sempre a mio sommessimo avviso, dovrebbe sollecitare, nello studio della materia, ad approfondire eventuali interventi, anche in prospettiva di riforma, nell'ottica di una ricerca volta a meglio chiarire e determinare alcuni dati ed elementi oggettivi della fattispecie, che in un certo senso siano di guida per l'interprete, e per lo stesso giudice penale, nel necessario accertamento.

In tal senso, spunti molto interessanti sono forniti anche da progetti del passato più o meno recente. Cito in particolare il Progetto Pagliaro che, con riferimento alla fattispecie di 'abuso di autorità', prevedeva un'esclusione della punibilità là dove comunque risultasse il perseguimento oggettivo di un interesse della pubblica amministrazione, un suo "esclusivo vantaggio" (v. *infra*, cap. V, n. 10). In questo caso, là dove si accertasse tale esclusivo vantaggio prodotto dalla condotta realizzata, l'abuso di autorità non si configurerebbe, con relativa non punibilità dei fatti.

Anche il precedente Progetto Vassalli del 1985, con riferimento alla fattispecie di peculato, escludeva la configurazione della fattispecie là dove il fatto comunque avesse pertinenza ai fini pubblici, riscontrata da competenti organi preposti al controllo di legittimità (v. *infra*, cap. V, n. 10). *Si tratta cioè di indicazioni che escludono la rilevanza del fatto da un punto di vista essenzialmente 'oggettivo', e che orientano in tal senso l'interprete nella definizione del fatto stesso.* Quale spunto da vagliare, anzi – se si vuole – semplice intuizione da verificare potrebbe, allora, essere quella di concepire una clausola che escluda il sindacato del giudice penale, riprendendo le formule almeno parzialmente coniate dalla stessa giurisprudenza, in ogni caso suggerite dalla maturazione di rilevanti pro-

getti di legge e da acquisizioni dottrinali, convergenti nel senso di valorizzare la barriera ‘oggettiva’ nella definizione del fatto di reato.

Come si coglie da quanto detto, il presente volume si occupa, secondo il suo titolo, specificamente delle figure di ‘speciale antidoverosità della condotta’, perché vuole in particolare studiare il fenomeno della applicazione giurisprudenziale delle norme incriminatrici che inseriscono nella struttura formale della fattispecie elementi di illiceità speciale che connotano più direttamente la condotta criminosa. È invero in tali casi che – a me sembra – si manifesta essenzialmente, e al livello più insidioso, un’impropria ricostruzione del ‘fatto tipico’, eludendone le notazioni materiali e offensive, con percorsi interpretativi e di ‘accertamento in concreto’ che conducono, in definitiva, a valorizzare la mera, ‘pretesa’ infedeltà dell’imputato, deducendo la sua responsabilità dal solo elemento psicologico del reato.

In questo scritto la ‘speciale antidoverosità’ che integra il reato è oggetto di esame sia che si riferisca alla condotta del pubblico agente, sia che si riferisca alla condotta del privato, e viene considerata sia nella veste di una figura per così dire ‘originaria’, sia quale figura ‘derivata’: ‘*originaria*’ nel caso in cui riguardi in sé l’atto richiamato dalla fattispecie (ad esempio l’atto amministrativo in cui consiste la condotta del pubblico agente: in ipotesi, l’atto abusivo nella figura definita dall’art. 323 c.p.); ‘*derivata*’ nel caso in cui la condotta incriminata risulti ‘antidoverosa’ in quanto fondata sull’altrui condotta illegittima (ad esempio ciò accade nei reati edilizi, riguardo alla condotta del privato che, nel costruire, si avvalga dell’autorizzazione illegittima rilasciata dal pubblico amministratore).

2. Determinatezza e indeterminatezza della fattispecie penale. I c.d. concetti elastici. Clausole generali, elementi normativi e di illiceità speciale, elementi discrezionali

Opere fondamentali della storia della scienza penale si sono occupate delle componenti della norma penale. Non è scopo del presente volume riprendere temi ormai acclarati. Accennerò per ora soltanto che qui tornano in rilievo le classiche categorie degli elementi che possono influire negativamente sulla (sufficiente) determinatezza della norma incriminatrice. Volumi di storica consacrazione – penso in particolare al libro di

Karl Engisch dal titolo “*Einführung in das juristische Denken*”¹ –hanno pronunciato parole conclusive sulle categorie in analisi e anche la più recente dottrina ha fornito contributi molto significativi; in particolare in Italia si sono distinte analisi che vanno dallo studio sulla determinatezza² ad altre che più specificamente si sono occupate degli elementi normativi³ e della discrezionalità⁴, tracciando percorsi molto importanti per la intelligenza del problema.

Quanto al risvolto negativo, cioè della ‘indeterminatezza’ della fattispecie penale, in particolare ai nostri fini vengono in rilievo quei peculiari elementi normativi che esprimono una figura della detta ‘speciale antidoverosità della condotta’. Basti per il momento osservare che gli elementi normativi, come noto, rappresentano in generale componenti della norma incriminatrice che tendono a favorire una minore sua determinatezza; e nello stesso senso inclinano pure le figure di speciale antidoverosità della condotta.

In dottrina, sintetizzando efficacemente il significato dei diversi elementi della fattispecie, si è proposto di distinguere soprattutto tra elemen-

¹ Cfr. ENGLISH, *Einführung in das juristische Denken*, 4. Auflage, Stuttgart, 1968, nella traduzione italiana: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. A. Baratta e F. Giuffrida Repaci, Milano, 1970, 165 ss.

² Cfr., per tutti, la fondamentale opera di PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, *passim*; indagine particolarmente meritoria per l’accurata analisi dei presupposti ordinamentali che rendono insuperata l’esigenza di determinatezza della fattispecie penale. Cfr. altresì sul tema, per tutti, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, 79 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 63 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI ed., Milano, 2017, 74 s.; PULITANÒ, *Diritto penale*, VII ed., Torino, 2017, 120 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2017, 84 s.

³ Per una disamina completa della tematica, cfr. RISCATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penali*, Milano, 2004. Tra i classici nella letteratura penalistica italiana sul fatto tipico e i suoi elementi non possono non essere citati, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; FROSALI, *L’errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, ID., voce *Fatto* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 961; ID., voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040 e ss.; PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 529.

⁴ Cfr., sulle diverse prospettive dell’analisi sulla discrezionalità nel sistema penale, BRICOLA, *op. cit.*, *passim*.

ti meno o più sensibili a essere sfruttati nel senso di indurre in preoccupanti forme di estensione della fattispecie penale⁵. La proposta pare degna della massima considerazione, come avremo modo di illustrare in seguito.

3. *Segue. Prime riflessioni sulle criticità della norma penale. Elasticità dell'elemento e determinatezza della fattispecie. Discrezionalità sulla fattispecie e discrezionalità sulle conseguenze. Discrezionalità sulla fattispecie quale eventuale scelta legislativa, discrezionalità come conseguenza della indeterminatezza della fattispecie? La discrezionalità quale assenza di fattispecie in uno o più dei suoi elementi costitutivi. Cenni e rinvio*

Che la fattispecie penale si possa comporre e inevitabilmente si componga di elementi normativi e valutativi di carattere 'elastico' è dunque fenomeno ormai acquisito dalla storia della scienza del diritto penale. Il confine estremo dell'indagine sulla determinatezza è segnato dal tema dell'assenza di fattispecie e dai problemi di possibili 'intrusioni' discrezionali del giudice penale nella definizione della stessa. In ogni caso la risposta alla domanda se la norma incriminatrice si informi al rispetto del principio di (sufficiente) determinatezza (art. 25 co. 2 Cost.) è lasciato alla valutazione dell'interprete e del giudice.

Non sono compatibili con la determinatezza – a mio sommo avviso – le c.d. 'clausole generali'; perché esse, se strettamente intese, per definizione dovrebbero essere considerate tali in quanto fondamentalmente indeterminate, almeno tali nell'ottica delle particolari esigenze derivanti dal principio di 'stretta' legalità che caratterizza l'intero sistema delle fattispecie incriminatrici. Un prototipo di norme che usano 'clausole generali' possono considerarsi, ad esempio, le c.d. norme penali in bianco che in definitiva lasciano la definizione del reato a fonti extrapenalistiche di rango inferiore alla legge: una sorta di rinvio a queste ultime secondo lo schema di una delega in bianco. Ancor più, per quanto precisato, sicuramente estranee alla 'determinatezza' sarebbero le clausole che rinviassero alla discrezionalità del giudice, e ciò o perché il legislatore ordinario inten-

⁵ Cfr. RISICATO, *op. cit.*, 83 s.

zionalmente rimettesse al potere discrezionale del giudice la definizione della fattispecie o perché ne permettesse di fatto l'esercizio consegnando allo stesso una fattispecie indeterminata: una sorta di esercizio involontario della giurisdizione penale, necessario per rendere effettiva la norma relativa.

Tenendo conto che l'attribuzione di un eventuale potere discrezionale sulla fattispecie potrebbe persino essere considerato una violazione già della 'riserva di legge', visto che non quest'ultimo ma il giudice stesso sarebbe in definitiva la 'fonte' del precetto penale.

La Corte Costituzionale è più volte intervenuta per controllare la sufficiente determinatezza di norme incriminatrici e ha fissato canoni importanti che il giudice penale deve osservare nell'interpretare e applicare legittimamente la fattispecie 'sospette', riconducendola a 'determinatezza'⁶. Pronunciandosi sulla vecchia fattispecie di plagio (art. 603 c.p.) la Corte Costituzionale ha sancito la illegittimità di ogni norma che definisca l'incriminazione lasciando al giudice, sia pur implicitamente, di applicarla analogicamente *in malam partem*⁷. Anche se non basta registrare

⁶ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza, cfr. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, I, 2006, 57. Cfr., tra le molte pronunce che hanno sancito la manifesta infondatezza della questione, dovendo il giudice superare interpretativamente le ambiguità linguistiche, cfr. C. cost. n. 479/1989. Con il tempo la tendenza nomofilattica della Corte nel suggerire la corretta interpretazione si è accentuata. Si guardi ad esempio a C. cost. n. 312 del 1996, che ha definito le "misure concretamente attuabili" previste dall'art. 41 c. 1, d.lgs. n. 1578/1991, n. 277, che il datore di lavoro deve adottare, come "applicazioni tecnologiche generalmente praticate" oppure C. cost. n. 80/2004 che ha considerato il "senza giustificato motivo" inserito nell'art. 14, comma 5, ter d.lgs. n. 286 /1998, come riferito a "situazioni ostative di particolare pregnanza che incidono sulla stessa possibilità, soggettivo od oggettiva, di adempiere all'intimazione". La sentenza della Corte n. 5 del 2004, richiamandosi anche a precedenti decisioni, richiede comunque che "la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento (cioè della formula in discussione) mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato", caratterizzata dunque da un "fondamento ermeneutico controllabile". Tali contenuti sono stati ripresi anche dalla sentenza n. 327 del 2008 la quale ha altresì stabilito che "l'esistenza di interpretazioni costanti non valga, di per sé, a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale", costituendo comunque "elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta di un ordinario procedimento ermeneutico la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa".

⁷ Cfr. C. cost. n. 96/1981, in *Giur.cost.*, 1981, 806, con nota di P.G. Grasso.

formule tipo ‘in casi analoghi’ o simili per sancire l’illegittimità sotto tale profilo, visto che, complessivamente riguardata, comunque la norma ‘incriminatrice’ potrebbe essere ricondotta a ‘determinatezza’ con esclusione di una sua estensione analogica. Nello stesso senso si è espressa la Corte Costituzionale che se tendeva inizialmente a considerare la determinatezza sul piano prevalentemente letterale, ha nel tempo maturato la convinzione che la determinatezza vada considerata sotto il profilo della interpretazione del sistema, dei principi e dei relativi risultati conoscitivi: a tal proposito la Corte Costituzionale ha, tra l’altro, stabilito che l’apparente indeterminazione dovrebbe essere corretta dal giudice in ossequio ai contenuti del principio di offensività, come approfondiremo in seguito (*infra*, cap. IV, par. 1.1 ss.).

Di certo *un’elusione del fatto tipico*, con violazione dei principi di materialità, offensività e determinatezza della fattispecie penale può concretizzarsi per la lacunosa formazione della legge o per una inappropriata applicazione giudiziaria. Questi fenomeni sono particolarmente da paventare ove la norma incriminatrice immetta nella fattispecie di reato elementi di c.d. illiceità speciale. Di questi fenomeni terremo conto nelle pagine che seguono.

Per segnalare la rilevanza del problema registriamo da subito l’inaccettabilità delle pronunce che pensano di risolvere il problema interpretativo, estendendo la punibilità, per evitare “zone franche” di impunità⁸.

Sostanzialmente nello stesso senso si pronuncia la giurisprudenza quando estende l’incriminazione appellandosi a direttive europee⁹.

4. *Le figure di speciale antidoverosità della condotta. Cenni preliminari*

Il tema si fa particolarmente problematico là dove la legge imponga al Giudice Penale l’accertamento di una fattispecie che richiami, direttamente o meno, l’illegittimità di un atto amministrativo che ammetta anche margini di formazione discrezionale. Si tratta allora di accertare la sussistenza o meno dell’atto, la sua legittimità o meno, e ciò a prescindere dalla circostanza che sia intervenuto un vaglio da parte dell’autorità

⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 13/7/2017, n. 46475.

⁹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 21/9/2016, n. 46170.

amministrativa competente, eventualmente giurisdizionale.

Al proposito non può non evocarsi il tema delle clausole di illiceità espressa e speciale, nelle fattispecie che sanzionino il compimento di una attività in violazione delle prescrizioni amministrativistiche. In particolare dovendosi precisare che le definizioni di illiceità espressa e speciale, anche se in passato assimilate, sono state poi differenziate¹⁰. Mentre la locuzione di “illiceità” espressa indicherebbe una espressa «contrarietà con qualche criterio di qualificazione normativa»¹¹; con l’espressione “illiceità speciale” si indicherebbero le ipotesi in cui tale illiceità derivi da una norma diversa da quella incriminatrice, anche se non espressamente prevista da quest’ultima¹². Le implicazioni più significative della problematica hanno riguardato il rilievo che hanno tali elementi nella struttura del reato, secondo la ricostruzione tripartita, soprattutto dal punto di vista dell’errore¹³. Come affermato in dottrina, gli elementi di illiceità speciale «rappresenterebbero un’autentica interconnessione tra fatto e anti-giuridicità»¹⁴, con evidenti implicazioni pratiche, come dimostra l’esperienza applicativa in tema di tentativo ed errore¹⁵.

V’è da dire peraltro che, per lo più, ai nostri fini gli elementi considerati quali figure della illiceità espressa rilevano per la componente, sia pur limitata, consistente nella contrarietà a norme extrapenali di riferimento. Potremmo perciò parlare, almeno in tal senso, di clausole di illiceità ‘speciale’, nella forma della speciale antidoverosità della condotta, per le ragioni indicate e tenendo conto della esplicita distinzione tra antidoverosità della condotta ‘originaria’ o ‘derivata’.

In tale prospettiva, è utile effettuare una ricognizione delle fattispecie interessate, partendo dalle note tecniche di formulazione e di tipizzazione del fatto che impieghi, appunto, il riferimento ad un atto amministrativo

¹⁰ Sulle clausole di illiceità espressa e speciale, quali fattori di interconnessione tra fatto e anti-giuridicità, cfr. RISICATO, *op. cit.*, 102 ss.

¹¹ Cfr. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 66.

¹² Cfr. PULITANÒ, *op. cit.*, 69 s., che nella trattazione fa riferimento al saggio di LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *scritti giuridici in memoria di E. Massari*, 1938, 351 ss.

¹³ Sulla questione si veda l’attenta analisi di RISICATO, *op. cit.*, 104 ss., spec. 112 ss.

¹⁴ Cfr. RISICATO, *op. cit.*, 113.

¹⁵ Il rilievo è sempre contenuto in RISICATO, *op. cit.*, 114, la quale sviluppa al proposito una attenta disamina della dottrina tedesca.

assumendo, naturalmente, che l'atto può essere considerato esplicitamente o implicitamente: pensiamo alla corruzione, che fa riferimento esplicito all'atto di ufficio; o al richiamo implicito all'atto amministrativo che emerge attraverso l'avverbio "abusivamente" nelle fattispecie ambientali. L'atto amministrativo, quale elemento del fatto tipico, del fatto in senso stretto, può essere costruito anche negativamente: pensiamo alle fattispecie che sanzionano la 'mancanza' di un'autorizzazione, come accade ad esempio nella materia edilizia. Nel codice penale vale l'esempio dell'esercizio abusivo di una professione per il difetto di un'abilitazione.

a) L'antidoverosità della *condotta*, può qualificare la condotta stessa. Nella materia dei reati dei pubblici ufficiali, ho già citato la corruzione propria: la condotta tipica si concretizza per la violazione del dovere pubblicistico. Ma anche fattispecie come l'abuso di ufficio si possono realizzare attraverso il compimento di un atto amministrativo e l'atto può, quindi, integrare la condotta stessa.

b) L'antidoverosità può fondarsi su un *presupposto* della condotta, come accade nelle ipotesi, già citate, che sanzionano la mancanza di un'autorizzazione, di una licenza, di un provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione. In tal caso, naturalmente, l'atto costituisce un elemento di fattispecie costruito negativamente, perché deve mancare affinché si perfezioni.