

# Indice

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione di Mauro Catenacci</i>	XIX
Premessa	
1. Speciale anti-doverosità della condotta, concetti elastici e principio di determinatezza della fattispecie penale	1
2. Sulla 'via della tipicità'; a temperamento del c.d. diritto vivente e dei rischi di estensione della fattispecie penale. Un metodo che si fondi sulla ineludibile necessità di una rigorosa interpretazione della legge penale	5
3. Specificazioni propedeutiche sugli elementi definibili quali elementi di 'speciale anti-doverosità della condotta'	9

## Parte I

### L'interpretazione delle norme e la raccolta dei dati significativi

#### 1

Tecniche di formulazione della fattispecie penale. 'Campionatura' di ipotesi significative di speciale anti-doverosità della condotta

#### Sezione I

La *speciale anti-doverosità* della condotta denotata direttamente dalle figure di parte speciale 15

1. A) L'abuso d'ufficio: la *speciale anti-doverosità* della condotta

sotto forma della violazione di una legge (o di un regolamento) o di norma che prescriva l'astensione. I parametri oggettivi di definizione della condotta tipica	15
2. Il problema del rilievo conferito all'art. 97 Cost.	19
3. Il ricorso giurisprudenziale all'art. 97 Cost. rappresenta una forma 'elusiva' della speciale anti-doverosità della condotta introdotta dall'innovazione legislativa del '97	21
4. Prime conclusioni. L'impostazione delle Sezioni Unite nel 2011, nel quadro della giurisprudenza precedente e successiva	22
5. Il criterio interpretativo che definisce l'anti-doverosità della condotta alla luce dell'offesa al bene giuridico. L'equivoco ricorso fatto dalla giurisprudenza al criterio medesimo. Verso una corretta interpretazione della anti-doverosità della condotta dell'abuso d'ufficio nella giurisprudenza più recente?	24
6. Sull'anti-doverosità della condotta dell'abuso d'ufficio quale veicolo dell'intrusione del giudice penale nelle scelte discrezionali della pubblica amministrazione	27
7. Perduranti rischi di una 'psicologizzazione' dell'anti-doverosità della condotta nell'abuso d'ufficio?	33
8. Note sull'anti-doverosità della condotta consistente nella violazione dell'obbligo di astensione	36
9. Conclusioni provvisorie	37
10. B) La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta nella corruzione. Il problema della "corruzione propria" <i>ante</i> riforma del 2012. L'«oggettiva» contrarietà al dovere nello specchio della motivazione dell'autore	38
11. Una prima elusione della condotta tipica: l'atto scompare sostituito dal comportamento	40
12. Approfondimento sulla riforma dell'art. 318 c.p. introdotta dalla legge n. 190/2012	42
13. Il riferimento al bene giuridico. Sfuma il rilievo dell'offesa ai beni rilevanti della pubblica amministrazione	43
14. La 'psicologizzazione' della corruzione propria nella giurisprudenza che fa consistere l'anti-doverosità nella 'motivazione' del pubblico agente	46
15. <i>Segue</i> . Approfondimenti sulle 'volute' giurisprudenziali intorno ai significati della speciale anti-doverosità della condotta. Riflessi dall'atteggiamento interiore del pubblico agente	48

16. Il problema dell'attività discrezionale del pubblico amministratore. La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta nella dialettica tra elemento oggettivo e soggettivo	52
17. Un primo sguardo sistematico alla concezione complessiva della corruzione propria. Dal 'fatto' alla 'infedeltà' e alla 'condotta di vita' del corrotto	59
18. <i>Segue</i> . Un ritorno alla pena per la 'condotta di vita'? Sul criterio del c.d. "asservimento"	61
19. Conclusioni. Responsabilità senza prova e oggettiva contrarietà al dovere d'ufficio (ancora sulla dissolvenza dell'atto d'ufficio specifico)	64
20. C) La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta (eventualmente) significata dalle formule di 'completamento avverbiale' (del tipo: "abusivamente", "illegittimamente", "indebitamente")	68
21. D) <i>Segue</i> . L'esempio della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta nella fattispecie di "accesso abusivo al sistema informatico"	73
22. Conclusioni provvisorie sulle formule di completamento avverbiale. I 'sentieri scoscesi' dell'elusione della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta	79
23. E) I reati edilizi: dalla condotta anti-doverosa <i>verso il vincolo di controllo</i> (cioè rispetto all'obbligo di sottoporsi al controllo dell'Autorità preposta al governo del territorio) alla condotta anti-doverosa <i>verso le norme generali in materia edilizia</i> . La (pretesa) parificabilità dell'atto illegittimo all'atto inesistente	80
24. L'identificazione della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta incriminata per la illiceità dell'atto amministrativo e l'ampiezza del sindacato del giudice penale nell'escludere il rilievo della presenza dell'atto, ancorché illegittimo	84
25. <i>Speciale anti-doverosità</i> della condotta nei reati edilizi e vizi dell'atto amministrativo. La valutazione discrezionale dei presupposti dell'atto amministrativo. L'insindacabilità del merito	85
26. Conclusioni in materia	89
27. F) Sulla impropria individuazione del parametro della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta nei "reati ambientali". L'equiparazione dell'atto amministrativo illegittimo all'atto inesistente nella materia ambientale	92
28. Reati ambientali, autorizzazione e sindacato penale sulla illegittimità dell'atto amministrativo	94
29. Sintesi conclusiva sui reati ambientali	97

## Sezione II

La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta risultante dalle figure di parte generale	98
30. La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta per l'applicazione della clausola generale di anti-doverosità segnata dall'art. 40 comma 2 c.p. Il difetto di 'vincoli' adeguati di fattispecie	98
31. In particolare, la <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta nei reati funzionali	113
32. Il problema dell'elusione della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta 'tipica' nel ricorso alle qualifiche c.d. di mero fatto	123
33. I rischi di ulteriore elusione della <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta tipica per il cumulo delle clausole generali contenute negli artt. 40 comma 2 c.p. e 110 c.p.	130
34. La 'migrazione' del dovere e dell'anti-doverosità. La <i>speciale anti-doverosità</i> della condotta del soggetto delegato e di quella del soggetto delegante nella disciplina della c.d. delega di funzioni	137
35. Note conclusive sul panorama delle figure di reato (ai nostri fini) più significative. Omogeneità di elementi e problemi: trattazione unitaria. Peculiarità di alcune caratteristiche: trattazione <i>ad hoc</i>	147

## 2

### Costituzione e determinatezza della fattispecie penale. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e delle Corti sovranazionali

1. Premessa. La determinatezza della fattispecie nella cornice dei principi costituzionali in materia penale. Sull'eventuale legittimazione di un c.d. diritto penale vivente	156
2. Speciale anti-doverosità della condotta e riserva di legge, elementi qualificati da norme di rango subordinato e determinatezza della norma incriminatrice. "Zone franche" dal controllo di costituzionalità? Principio di economia degli interventi demolitori e criticità degli auto-limiti che la Corte costituzionale si è imposta	166
3. La "determinabilità" della norma incriminatrice ricostruibile dalla disciplina complessiva. L'inaffidabilità di un'efficacia 'creativa' dell'incriminazione rimessa all'applicazione giurisprudenziale. Sulle fattispecie di "disastro" e di " <i>stalking</i> "	171

4. <i>Segue</i> . La determinabilità della norma incriminatrice desumibile dall'offensività della condotta. Sull'esempio dell'art. 120 del codice penale militare, nonché in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 75 d.p.r. n. 309/1990)	174
5. Casi in cui la Corte costituzionale ha escluso la determinatezza della fattispecie penale. La non-determinabilità della norma incriminatrice per difetto di parametri normativi adeguati da cui dedurre la tipicità. Esempi di fattispecie corrispondenti	177
6. <i>Segue</i> . 'Determinabilità' della norma incriminatrice ed elementi di anti-doverosità speciale: un caso in cui la formula di legge si risolverebbe nel denotare elementi puramente naturalistici; con un'interpretazione però <i>in bonam partem</i>	181
7. Oltre i limiti del legittimo rinvio al giudice del caso concreto? Clausole che rimettono alla giurisprudenza la 'misura' del fatto rilevante	182
8. Sintesi provvisoria sulla 'determinabilità' delle fattispecie incriminatrici secondo la Corte costituzionale. Prima sistematizzazione dei risultati. Il dolo specifico quale fattore di determinabilità della fattispecie materiale? Cenni e rinvio	187
9. <i>Segue</i> . Prime conclusioni sulla 'determinatezza' della norma incriminatrice nella visione della Corte costituzionale e nella proiezione di una migliore formulazione delle norme incriminatrici	189
10. L'elusione del fatto tipico nella giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia	191
11. Il divenire del principio di determinatezza nelle Corti europee	201
12. Sintesi sul dialogo tra le Corti in tema di determinatezza della fattispecie penale.	202

## Parte II

### La ricostruzione sistematica

#### 3

#### Determinatezza della fattispecie, elementi normativi e speciale anti-doverosità della condotta

##### 1. Determinatezza e indeterminatezza della fattispecie penale. I

c.d. concetti elastici. Clausole generali, elementi normativi e di illiceità speciale. Sviluppo storico dei loro rapporti con il ‘fatto tipico’ e attuali considerazioni nell’ottica dell’analisi specifica	212
2. <i>Segue</i> . 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 e discrezionalità come conseguenza della indeterminatezza della fattispecie. La discrezionalità quale assenza di fattispecie in uno o più dei suoi elementi costitutivi. Cenni e rinvio	221
3. <i>Segue</i> . Approfondimento. Una breccia aperta dall’uso di elementi che denotino la ‘speciale anti-doverosità della condotta’? La diversa resistenza degli elementi (descrittivi o normativi) alla manipolazione interpretativa. Il ruolo dell’offensività nel risalire alla violazione del dovere ‘tipica’ della particolare fattispecie	230
4. Autonomia relativizzata del diritto penale, limite della ‘normatività’ dell’elemento e presupposti del suo perfezionamento	237
5. Un approfondimento: dalla determinatezza della fattispecie alla discrezionalità del giudice penale?	238
6. Speciale anti-doverosità della condotta e tipizzazione mediante dolo specifico. Quest’ultimo quale fattore esclusivo di determinatezza?	242
7. La speciale anti-doverosità della condotta e la formula impropria della c.d. ‘volontà obiettivata’ per definire il fatto ‘tipico’	244
8. Conclusioni del capitolo e raccordi con l’analisi dei capitoli precedenti	246

## 4

Sui possibili conflitti tra poteri dello Stato. Speciale anti-doverosità, ‘illegittimità amministrativa’ e sindacato del giudice penale

## Sezione I

Offensività della condotta e sua speciale anti-doverosità	252
1. L’elusione del fatto tipico nelle fattispecie fondate sull’illegittima attività amministrativa. L’offensività quale criterio di definizione della tipologia degli elementi della fattispecie penale	252

2. Elusione del fatto tipico (offensivo) ed anticipazione della tutela. La speciale anti-doverosità della condotta quale mera infedeltà? La ‘concretizzazione’ dei beni tutelati e delle relative offese. Il bene-finale ‘per eccellenza’, cui commisurare l’eventuale offesa: l’interesse della collettività (l’interesse generale) rilevante nella fattispecie concreta 255
3. La realizzazione dell’interesse pubblico, inteso quale interesse della collettività rilevante nella fattispecie concreta, indice di esclusione della anti-doverosità della condotta 266

## Sezione II

Gli effetti dell’elusione dell’elemento dell’anti-doverosità della condotta sotto forma dell’illegittimità amministrativa. La ‘psicologizzazione’ del fatto materiale 269

4. La impropria ‘psicologizzazione’ della speciale anti-doverosità della condotta. Ulteriori riflessioni sul rilievo della distinzione considerata e del raccordo tra mancata offesa del bene e conformità oggettiva della condotta al dovere 269
5. La ‘connessione sistematica’ in un ulteriore raccordo con l’analisi pregressa, sviluppata sul piano dei rapporti tra determinatezza ed offensività nei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Criticità dell’esperienza giurisprudenziale. Verifica e conferma. In particolare, sulla determinatezza della speciale antidoverosità della condotta quale elemento differenziale tra fattispecie frontaliere 271

## Sezione III

Speciale anti-doverosità della condotta, illegittimità dell’atto e discrezionalità amministrativa nella sua formazione. Le preclusioni al sindacato del giudice penale come ‘barriera’ avverso l’elusione del fatto tipico 276

6. Giudice penale e discrezionalità amministrativa. Speciale anti-doverosità della condotta e preclusioni al sindacato del giudice penale. Peculiarità del problema 276
7. Determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta e sindacato del giudice penale 279
8. Il problema dei vizi dell’atto amministrativo, in specie sull’eccesso di potere. Speciale anti-doverosità della condotta e

	<i>pag.</i>
categorie amministrativistiche di riferimento. La discrezionalità amministrativa	282
9. Speciale anti-doverosità della condotta e c.d. discrezionalità tecnica	288
10. Il raccordo più stringente della speciale anti-doverosità della condotta con i vizi dell'atto amministrativo per selezionarne i tratti penalisticamente rilevanti	294
11. <i>Segue</i> . In particolare sulle c.d. figure sintomatiche. Eccesso di potere e merito amministrativo	301
12. Considerazioni conclusive, nell'ottica penalistica, sulle figure sintomatiche dell'eccesso di potere	304
13. In particolare: 'merito' amministrativo e determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta. Profili generali	305
14. <i>Segue</i> . Il concetto di valutazione discrezionale e, l'altro, di valutazione di merito	307
15. <i>Segue</i> . Valutazione di merito e sindacato del giudice	308
16. Il rilievo del merito amministrativo nell'accertamento della speciale anti-doverosità della condotta	309
17. I limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa nella prospettiva della concezione sanzionatoria del diritto penale. L'autonomia esegetica nel coordinamento tra norme penali ed extrapenali. Cenni e rinvio	311
18. Conclusioni sull'eccesso di potere. Prove, indizi e figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Il rilievo delle generiche valutazioni sull'atto amministrativo per definire la speciale anti-doverosità della condotta	311
19. Conclusioni del capitolo e raccordi con l'analisi dei capitoli precedenti	313

### Parte III

## Riflessioni finali e prospettive di riforma

### 5

#### Conclusioni generali, i riflessi sistematici in tema di errore e prospettive di riforma

##### Sezione I

Conclusioni generali sulla speciale anti-doverosità della condotta quale elemento oggettivo della fattispecie penale 321

1. Sul rispetto della determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta. Una possibile classificazione delle formule utilizzate dalla legge 321
2. *Segue*. Le avvertenze conclusive, in estrema sintesi, avverso l'elusione giurisprudenziale della speciale anti-doverosità della condotta 325
3. Ancora sui parametri formali dell'accertamento della speciale anti-doverosità della condotta 327
4. Il rischio dell'esercizio di un potere discrezionale nell'accertamento della speciale anti-doverosità della condotta da parte del giudice penale 328
5. *Segue*. La determinatezza come 'percorso' guidato da parametri formali e oggettivi. Un'esplicazione condotta sull'esempio dell'interpretazione della fattispecie di abuso d'ufficio. La discrezionalità pura ed il 'merito' amministrativo 329
6. Sulla parificabilità dell'atto illegittimo all'atto mancante 334
7. L'elusione del 'tipo' della condotta anti-doverosa per il tramite di elementi definatori elastici 335
8. Giudice penale, autorità e giurisdizione amministrativa 336
9. Le conclusioni in una sola formula 340

##### Sezione II

Riflessi sistematici in tema di errore con particolare riguardo all'errore sulla 'illegittimità' amministrativa 341

10. Dall'anti-doverosità della condotta all'errore sulla medesima. Premessa 341

	<i>pag.</i>
11. Sulla rilevanza dell'errore ricadente sulla speciale anti-doverosità della condotta	343
12. <i>Segue.</i> Ulteriori considerazioni sul rilievo dell'errore avente ad oggetto l'anti-doverosità della condotta	345
13. <i>Segue.</i> Discrezionalità ed errore: una notazione a margine	350
14. <i>Segue.</i> I rapporti tra rami di ordinamento e il loro rilievo in ordine al dolo	351

### Sezione III

Prospettive di riforma nella logica del 'consolidamento' della determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta incriminata. Le indicazioni della nostra Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali; con i suggerimenti della comparazione	353
15. Il 'consolidamento' della determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta incriminata. Le prospettive di riforma, a muovere dalle indicazioni della Corte costituzionale italiana e delle Corti sovranazionali	353
16. Speciale anti-doverosità della condotta e tecnica di definizione degli elementi indicativi della medesima. Riepilogo dei termini e dello stato attuale del problema, anche alla luce di note comparatistiche. La c.d. tecnica sanzionatoria nell'ottica dell'indicazione legislativa degli elementi di speciale anti-doverosità della condotta	357
17. <i>Segue.</i> Sui reati ambientali	363
18. Sui reati per i quali si pone il problema della parificabilità dell'atto amministrativo illegittimo all'atto mancante, sull'esempio dei reati ambientali ed edilizi. Nota sull'accesso abusivo in materia informatica	371
19. Reati contro la pubblica amministrazione, speciale anti-doverosità della condotta e illegittimità amministrativa. Proposte già strutturate di una riforma dell'abuso d'ufficio	374
20. Spunti per una riforma della corruzione	387
21. Giudice penale e attività discrezionale della pubblica amministrazione. Anti-doverosità della condotta e illegittimità amministrativa. In una prospettiva di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, particolare attenzione ai rimedi da concepire per migliorare la definizione della figura di speciale anti-doverosità della condotta consistente nella illegittimità amministrativa	393

22. Sui rapporti giurisdizionali. Profili problematici e limiti della presente indagine. La speciale anti-doverosità della condotta nello specchio dell'illegitimità amministrativa e del problema delle questioni pregiudiziali. Il giudicato amministrativo. Un limite assoluto al sindacato del giudice penale sull'attività discrezionale del pubblico amministratore	398
23. Proposta generale relativa ad un'ipotesi di modalità in cui tipizzare la 'illegitimità amministrativa' dell'atto quale elemento della fattispecie penale in rapporto ai limiti del sindacato del giudice penale e del rilievo che avrebbe la conformità dell'atto medesimo all'interesse generale	400
24. Tra la 'genericità' delle formule indicative della speciale anti-doverosità della condotta qui definite di 'completamento avverbiale' (o similari) (in relazione anche all'accesso abusivo al sistema informatico). Sul consolidamento della determinatezza della speciale anti-doverosità della condotta nelle formule legislative che rischiano di apparire semplici deleghe in bianco alla giurisprudenziale perché le completi	401
25. Le formule caratterizzate dalla 'generalità' di estensione dell'elemento rappresentato. Il reato commissivo mediante omissione e la clausola generale della speciale anti-doverosità della condotta fissata dall'art. 40 comma 2 c.p. Il § 13 StGB. I progetti ministeriali di riforma in materia	404
25.1. <i>Segue</i> . La proposta di un modello integrato di definizione della speciale anti-doverosità della condotta dell'omissione impropria	418
26. Il problema della tipizzazione del 'reato funzionale' e della relativa speciale anti-doverosità della condotta incriminata. Il § 14 StGB. L'attuale art. 2639 c.c. Il trasferimento di funzioni e la speciale anti-doverosità della condotta del delegato, distinta da quella del delegante. I progetti di riforma italiani	423
27. L'esigenza di una disciplina <i>ad hoc</i> per il concorso di persone mediante 'omissione'	430
28. L'errore sulla speciale anti-doverosità della condotta incriminata. Un appello per la riforma dell'art. 47 ult. comma. c.p.	433
29. Una sintesi conclusiva per fotografare in breve l'orizzonte delle nuove frontiere della determinatezza della fattispecie nel diritto penale, in particolare della speciale anti-doverosità della condotta. Il contrasto all'impoverimento della fattispecie penale	434
<i>Bibliografia essenziale</i>	437