Diritto all'ambiente®
www.dirittoambiente.com
Testata giornalistica on line

RAPPORTO TRA IL REATO DI ABUSO D' UFFICIO EX ART. 323 C.P. E L'UTILIZZO ILLEGITTIMO DI ORDINANZE EXTRA ORDINEM IN MATERIA AMBIENTALE E DI TUTELA GIURIDICA DEGLI ANIMALI: ANALISI E DISCIPLINA GIURIDICA

A cura della Dott.ssa Carla Campanaro

In materia ambientale e di tutela giuridica degli animali si registrano non di rado provvedimenti amministrativi, costituiti da ordinanze *extra ordinem*, palesemente illegittimi ("abusi in bianco", secondo una definizione da noi elaborata da anni su questa testata on line). Oggi si pone sempre più frequentemente il problema interpretativo sul confine tra gli aspetti di pura illegittimità amministrativa di tali atti e l'insorgenza – in alcuni di questi casi – anche del reato di abuso di atti di ufficio.

In altre parole, quando uno di tali provvedimenti palesemente illegittimi nei settori indicati è solo un atto appunto illegittimo e quando – invece – rappresenta anche un vero e proprio reato sulla base dell'art. 323 del Codice Penale?

E - di conseguenza – quando è possibile contro tali atti agire solo con ricorso al TAR e/o con la disapplicazione *incidenter tantum* ad opera del giudice penale sempre e solo in relazione alla illegittimità amministrativa e quando – in aggiunta – si può anche denunciare il firmatario dell'atto medesimo per il reato abuso di atti di ufficio?

Va rilevato - al riguardo - che il delitto di abuso d'ufficio, ai sensi dell'art. 323 del codice penale come modificato dall'art 1 della legge 16 luglio 1997 n 234, prevede testualmente che ''*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazioni di norme di legge o di regolamento,*

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di estrema gravità.''

Tale fattispecie è da considerarsi norma tipicamente residuale in virtù della clausola di riserva ivi indicata ("salvo che il fatto non costituisca un più grave reato") che le attribuisce carattere sussidiario in relazione all'ipotesi sanzionata più gravemente, come nel caso dell'appropriazione commessa dal pubblico ufficiale di denaro o cose possedute per ragione del suo ufficio, che integra il reato di peculato[1]. Importante rilevare, in merito all'interesse tutelato ed al bene giuridico protetto che, secondo la giurisprudenza, il reato di abuso d'ufficio in relazione all'ipotesi nella quale l'abuso sia finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto è da considerarsi un reato plurioffensivo, per cui la persona che subisce un danno rivestirà la qualità di persona offesa dal reato con la conseguente legittimazione processuale e titolarità dei poteri ex art 90 c.p.p , in quanto in tale caso la condotta è idonea a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza della pubblica amministrazione, il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo del pubblico ufficiale[2].

In merito alla condotta tipica del reato ai sensi della vigente formulazione occorre precisare che l'abuso d'ufficio è integrabile solo con comportamenti tipici, e cioè violazione di norme di legge o di regolamento ovvero mancata astensione in caso di interesse proprio o di un congiunto, ed è un reato di evento che si consuma solo con la realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale dell'agente o di altri, oppure con un danno ingiusto altrui.

[1] Cfr Cass., Sez. VI, sent. 12/07/2000 n. 8128

[2] Ne consegue che il privato è legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero (cfr Cass. Sez. VI, Sent. 29/03/1999 n. 814, Cass. Pen. Sez. V 4 giugno 1999 n 2133).

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

L'ingiustizia del danno o del vantaggio, data l'incertezza sui parametri di riferimento dell'ingiustizia autonomi da quelli del carattere abusivo della condotta, sarà ravvisabile in ogni comportamento posto in essere in violazione di norme di legge o di regolamento che determina un evento naturalistico vantaggioso o dannoso sempre ingiusti, ma la qualificazione normativa di ingiustizia dipenderà da un puntuale e scrupoloso accertamento in concreto della presenza di un danno o di un vantaggio[3] intesi a definire il risultato effettivo dell'azione, requisiti che vanno apprezzati in termini di illiceità speciale. In via di principio i due elementi della illegittimità della condotta e dell'ingiustizia dell'atto sono dunque distinti, ed occorrerà così verificare volta per volta la sussistenza di entrambi[4].

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo è necessario il dolo generico, quale consapevolezza e volontà di procurare un ingiusto vantaggio o di arrecare un ingiusto danno, l'espressione "intenzionalmente" escluderà che l'evento possa essere attribuito all'agente a titolo di dolo eventuale confermando che la norma richiede la presenza almeno del dolo diretto[5]. Secondo la Cassazione[6] il pubblico ufficiale non potrà invocare l'ignoranza di norme che regolano lo svolgimento delle proprie funzioni ai fini dell'esclusione del dolo nel reato, tali norme sono infatti implicitamente richiamate dalla legge penale ad integrazione dell'ipotesi criminosa per cui la non conoscenza delle stesse sarebbe relativa alla suddetta legge, e quindi irrilevante.

[3] Questo aspetto costituisce uno dei punti nevralgici dell'ultima riforma, prima del 1997 si aveva l'identificazione automatica dell'ingiustizia con l'illegittimità del provvedimento

[4] Cfr Cass., Sez. VI, sent. 11/02/1999 n. 1687; in senso analogo, con riferimento ad una procedura concorsuale per il conferimento di un appalto pubblico, Cass. Sez. VI, sent. 04/04/2000 n. 4147.

[5] Cfr Cass., Sez. VI, sent. 24/06/1999 n. 8170; conf. Cass., Sez. VI, sent. 15/12/1997 n. 11520; Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204. Secondo Cass., Sez. VI, sent. 05/07/2000 n. 7831, il reato di abuso d'ufficio è strutturato come "reato causalmente orientato").

[6] cfr Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

Inoltre per valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo assumerà rilievo non solo l'atto o il comportamento del pubblico ufficiale singolarmente valutato, ma altresì ogni altro elemento che, apparentemente estrinseco all'atto o al comportamento, consenta comunque una verifica maggiormente significativa e, pertanto, anche gli atteggiamenti antecedenti, contestuali e successivi all'attività che di per sé realizza l'abuso[7] .

Dopo questa breve disamina di alcuni degli elementi più significativi dell'ipotesi delittuosa d'abuso d'ufficio si andrà ora ad analizzare il rapporto tra il dettato normativo dell'art 323 c.p., in particolare nella parte in cui prevede ai fini dell'integrazione degli elementi propri della condotta tipica, la necessità di '*violazione di leggi e regolamenti* ' da parte del p.u. o dell'incaricato di pubbico servizio e l'utilizzo illegittimo del potere di ordinanza *extra ordinem* da parte del Sindaco, aspetto di rilevanza sostanziale notevole.

In primis occorre premettere che un'ordinanza di necessità ed urgenza è per legge una statuizione straordinaria non predeterminata nel contenuto, espressione di un potere amministrativo *extra ordinem* e va utilizzata unicamente per fronteggiare situazioni di urgente necessità (in materia di ordine e sicurezza pubblica, nonché sanità ed igiene pubblica) laddove all'uopo si rivelino inutili gli strumenti ordinari posti a disposizione dal legislatore. Requisiti necessari per la sua emanazione sono l'esistenza di una situazione eccezionale imprevedibile ed urgente di pericolo che impone la necessità di ricorrere con immediatezza a tale strumento e che permette in via eccezionale la deroga dell'art 7 legge 241/90 che disciplina l'obbligo di comunicazione del procedimento, essendo assolutamente esclusa la stabilizzazione dell'intervento *extra ordinem*, viste le gravi restrizioni che comporta alla libertà dei consociati.

[7] Cfr Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

Inoltre un provvedimento del genere deve essere volto, pena la sua illegittimità per contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza ragionevolezza e parità di trattamento di cui all'art 3 della Costituzione ed eventuale, come vedremo in seguito, integrazione di fattispecie penalmente rilevanti, alla tutela di un interesse generale che trascenda la posizione del singolo o di un numero esiguo di soggetti, nominativamente individuati[8].

L'ordinanza in esame deve essere infine caratterizzata da un'adeguata istruttoria posta in essere dalla Pubblica Amministrazione ed individuabile nel testo dell'ordinanza proprio per il suo carattere eccezionale di imposizione di obblighi ai privati, nonché deve essere supportata da un adeguato impianto motivazionale con riferimento alla fattispecie concreta, in ordine ai presupposti di azione ed elementi costitutivi del provvedimento.

Le principali figure di ordinanze di necessità ed urgenza sono quelle del Sindaco quale ufficiale di Governo ex art 153 del RD n.148 del 1915; del Sindaco, Presidente della Regione o della Provincia ai sensi del d.lgs. n22 del 1997 art 13; del prefetto ex art 19 ne 20 del t.u. com.e prov. 1934; del prefetto e del Ministro dell'Interno ex artt 2 e 216 t.u.p.s; del Sindaco quale ufficiale del Governo ex art 38 della legge 142/90 in materia di sanità, igiene, edilizia e polizia locale; previste dall'art 8 della legge 146/90 dirette a garantire il funzionamento minimo dei servizi di preminente interesse generale; previste dalla legge n.225/1992 in materia di interventi di soccorso derivanti dalla dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri. In base alle norme citate è attribuita la possibilità per i soggetti indicati di ricorrere a tali strumenti eccezionali, ad esempio nel caso di smaltimento dei rifiuti, in deroga alle disposizioni vigenti, quando ricorrano i presupposti 'eccezionali ed urgenti ' di tutela della salute pubblica e dell'ambiente .

[8] cfr Tar Toscana n 2695/00

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

Quid juris dunque, se tale potere è esercitato in assenza dei suddetti presupposti, ribadendo che la peculiarità di tali strumenti denominati 'ordinanza *extra ordinem*' è proprio quella di consentire, tramite un rimedio eccezionale, di fronteggiare situazioni straordinarie ed imprevedibili a tutela dell'interesse pubblico, vista l'inefficacia dei metodi ordinari?

Prima di verificare la possibilità ed i limiti di un eventuale sindacato del giudice penale sulle ordinanze contingibili ed urgenti non appare superfluo svolgere delle prime considerazioni di carattere generale sull'attuale utilizzo di tale strumento.

In tutti gli ordinamenti è ravvisabile un 'diritto dell'emergenza'[9] che permette di fronteggiare situazioni eccezionali laddove gli ordinari strumenti si rivelino inutili o inefficaci e purtroppo, inevitabilmente, la compatibilità di tale diritto con i principi costituzionali risulta essere molto labile, e così molto spesso questi ultimi sono compromessi rispetto alla preminente necessità di risolvere situazioni gravi ed eccezionali. Negli ultimi anni però, in virtù di una nozione eccessivamente ampia di necessità ed urgenza, quasi ad arrivare ad una sorta di stabilizzazione dell'emergenza espressa da generiche definizioni quali 'stato di pericolo ' o 'grande evento', si sta assistendo al paradosso di un'emergenza 'generalizzata', che ha determinato una profonda trasformazione del nostro sistema giuridico istituzionale, mettendo gravemente a repentaglio la suprema garanzia dei principi costituzionali. Uno degli ambiti in cui tale fenomeno è maggiormente ravvisabile è proprio quello dei servizi pubblici locali (rifiuti, gestione delle acque, randagismo ..) che, a causa delle disfunzioni e della errata gestione degli stessi, sono spesso demandati all'utilizzo di tali strumenti, ricordiamo ancora una volta eccezionali.

[9] Salvia F. *il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione,* in Annuario 2005,Milano

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

In luogo di addivenire ad una più radicale riforma del sistema, di una più appropriata allocazione delle funzioni tra i diversi enti territoriali da attuarsi mediante legge, si sceglie sovente di far ricorso a tali strumenti sostitutivi e surrogatori che di fatto eludono l'applicazione della normativa ambientale, ed inoltre il fatto che sia irrilevante l'analisi *a posteriori* delle eventuali responsabilità della p.a. per il ravvisarsi e la conseguente dichiarazione dello stato di emergenza comporta la costante connivenza degli organi privati dei loro poteri ordinari[10]. Una conferma di ciò deriva dalla normativa ambientale, che nelle leggi generali vede solidi principi di tutela (es. leggi regionali urbanistiche), mentre nella prassi si sacrificano beni di altissimo valore, come nel caso dei condoni o della lesione continua delle aree protette.

Fatta questa doverosa premessa sulle modalità di utilizzo (o abuso?) dell'ordinanza *extra ordinem*, occorre soffermarsi, da un punto di vista strettamente tecnico, sul fatto che tale potere è fondato per legge sulla previa verifica dei presupposti eccezionali, pena una palese violazione della norma attributiva di tale potere. Ecco dunque che si delinea la possibilità di sindacato del giudice penale, non, si badi bene, sull'opportunità e convenienza delle metodologie utilizzate mediante tali strumenti eccezionali (che apparirebbe certamente in violazione delle regole fondamentali sancite da art 4 e 5 legge 2248/1865 all. E), ma a monte, sulla effettiva sussistenza delle condizioni richieste dalla legge perché tale potere *extra ordinem* possa dirsi legittimato.

Ed infatti la mancanza di tali presupposti, stando ad una recente pronuncia della Suprema Corte[11], inficia il provvedimento amministrativo di un grave vizio di violazione di legge in violazione alla stessa norma attributiva del potere, per cui è ipotizzabile il reato di abuso d'ufficio per violazione di legge.

[10] Sul punto Salvia F. ,op.cit.

[11] cfr Cassazione Penale sez VI 1 ottobre 2001 n 3882

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

Non può assolutamente ritenersi che la valutazione dei presupposti di necessità ed urgenza siano affidati ad una valutazione discrezionale del firmatario dell'atto, proprio in quanto la natura eccezionale dello stesso, e le gravi restrizioni che comporta alla sfera privata, comportano la necessaria tassatività nella valutazione degli stessi.

Anche la giurisprudenza di merito[12] ha sottolineato come l'adozione di tale tipologia di strumenti possa avvenire solo previo accertamento dell'inadeguatezza o insufficienza dei rimedi tipici approntati dalla legge e dunque '*costituisce violazione dell'art 323 c.p. l'emanazione dell'ordinanza extra ordinem da parte del sindaco per lo stoccaggio di rifiuti in una discarica non autorizzata senza prima aver verificato con una minima istruttoria eventuali soluzioni alternative e con il preciso scopo di produrre un ingiusto vantaggio alla società che gestiva la discarica'*

Secondo la Cassazione la legittimità dell'ordinanza e la conseguente efficacia scriminante delle attività da esse promanate sono *''strettamente correlate al rispetto dei suoi presupposti legali, e cioè di necessità, urgenza, temporaneità e tutela di interessi pubblici, purchè siano però valutate la prevedibilità e prevenibilità del danno o del pericolo, nonché la possibilità di esperire metodi alternativi rispettosi delle leggi costituenti precondizioni del potere di deroga riconosciuto in via eccezionale e temporanea al sindaco''*.

Ultimamente è emersa, in particolare con riferimento alla materia delle discariche, una tendenza giurisprudenziale a considerare sostanzialmente responsabile del pregiudizio all'ambiente l'organo che ha emanato l'ordinanza, per cui se correlata degli altri elementi tipici ex art 323 c.p., la mancanza di verifica di metodi alternativi nonché di adeguata motivazione conducono all'integrazione di tale reato[13].

[12] Tribunale Penale Taranto 19 marzo 1999

[13] Tribunale Penale Taranto 19 marzo 1999 Cito e altro; secondo il Tribunale un sindaco aveva ordinato in via d'urgenza ex art 12 dpr n 915 /82 lo stoccaggio provvisorio di rifiuti presso una discarica non autorizzata senza verificare previamente tramite una minima attività istruttoria la

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248

In definitiva, dall'illegittimità dell'ordinanza per carenza dei presupposti potrà derivare sia la punibilità dell'autorità emanante nonchè, a titolo di concorso, del soggetto che se ne è avvantaggiato, se il vantaggio è verificato in concreto, e solo se lo stesso abbia svolto un'effettiva attività d'istigazione o di agevolazione all'esecuzione del reato, non essendo sufficiente la mera consapevolezza dell'illegittimità dell'atto, ne l'accettazione del vantaggio conseguente[14].

Un indirizzo giurisprudenziale che confidiamo possa assurgere a deterrente avverso un utilizzo talvolta sistematico (ed illegittimo) di ordinanze contingibili ed urgenti da parte dei soggetti all'uopo legittimati, che troppo spesso danneggiano valori costituzionali ed i diritti dei cittadini impotenti. In particolare nel campo ambientale e della tutela giuridica degli animali.

Carla Campanaro

Pubblicato il 31 ottobre 2007

praticabilità di soluzioni alternative e con il preciso scopo di procurare un ingiusto vantaggiopatrimoniale alla società che gestiva la discarica

[14] Alessandro Andronio '*le ordinanze di necessità e di urgenza a tutela dell'ambiente* Saggi O.Le.A.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n° 248