

## La qualità delle regole nell'amministrazione digitale

MICHELE CORRADINO\*

La qualità delle regole è al centro, in questo periodo, di un intenso dibattito dottrinario che, per il vero, non si addentra in un terreno del tutto inesplorato.

Da un lato va osservato, infatti, che la dottrina italiana da tempo<sup>1</sup> si interroga sui fenomeni normativi (in generale) e sul fenomeno della “crisi della legge” (in particolare), al fine di individuarne gli antecedenti causali e le possibili “indicazioni terapeutiche”.

La “crisi della legge”, complesso fenomeno frutto di una perniciosa combinazione di alcuni fattori, quali l'inflazione normativa<sup>2</sup> (*regulatory inflation*), l'inquinamento normativo (*regulatory pollution*), inteso come involuzione della qualità, e l'impoverimento della funzione regolativa della legge, è espressione di elementi di natura strutturale e fisiologica<sup>3</sup> ma anche di natura patologica<sup>4</sup>.

\* L'autore è consigliere di Stato.

<sup>1</sup> A partire dal celebre scritto di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979. Secondo l'A., la dequotazione del codice nel sistema delle fonti affonda le proprie radici nel primo dopoguerra, quando la crisi economica ha determinato un mutamento del ruolo dello Stato il quale, da semplice arbitro del rispetto delle regole del gioco del mercato, è intervenuto nell'economia anche limitando l'autonomia privata.

<sup>2</sup> *Corruptissima republica plurimae leges*, Tacitus, *Annales*, 3, 27, 3.

<sup>3</sup> Si pensi alla continua crescita delle domande provenienti dalla collettività e all'aumento della eterogeneità e della complessità degli interessi ritenuti meritevoli di tutela. In tal senso la dottrina ha rilevato che “è l'estensione dei compiti regolativi dello Stato del benessere a richiedere canali di rappresentanza degli interessi e di consenso più ampi e diversificati rispetto a quelli della democrazia politica” (G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, UTET, 1987, p. 275).

<sup>4</sup> Come la necessità di diuturno aggiornamento della normativa alla realtà in perenne evoluzione, il policentrismo normativo (derivante tanto dalla internazionalizzazione della regolazione quanto dal processo di integrazione europea), l'articolazione dei sistemi istituzionali in diversi livelli di governo dotati di potere di regolazione, il ricorso ad autorità di regolazione indipendenti (si ricordi, in tal senso, che la Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nei suoi due pareri più recenti – relativi al Testo unico della radiotelevisione (parere n. 518/05 del 16 febbraio 2005) e al Codice delle assicurazioni (parere n. 11603/04 del 14 febbraio 2005) – riconosce espressamente il potere regolamentare in capo alle Autorità indipendenti). Si pensi, altresì, al fenomeno della “contrattualizzazione della legge”, locuzione con la quale si evidenzia la dequotazione della legge a sanzione di convenzioni intervenute tra le parti sociali ammesse a partecipare al processo politico.

La crisi della legge rappresenta uno dei più rilevanti fattori causali della crisi di competitività dei sistemi economici dei Paesi occidentali.

È stato stimato, infatti, che le *burdensome regulations*, il peso dei carichi regolativi (*regulatory costs*), la complessità degli adempimenti burocratici (*compliance costs*) costituiscono una forte remora all'intrapresa di attività imprenditoriali<sup>5</sup>.

D'altro lato, va detto che – già a partire dagli anni '90 dello scorso secolo – la presa di coscienza del rapporto tra modernizzazione delle istituzioni pubbliche e qualità della regolazione, da un lato, e competitività, dall'altro, è stata alla base della crescente attenzione dedicata (soprattutto a livello internazionale<sup>6</sup>) alla semplificazione ed alle iniziative di *better regulation* e *good regulatory governance*.

Anche la giurisprudenza (con una interessante convergenza trasversale che lega Corte costituzionale, Corte di Giustizia delle Comunità europee e Consiglio di Stato) è entrata nell'articolato dibattito, estrapolando l'oscurità dei testi normativi dai trattati di tecnica della costruzione delle regole giuridiche per qualificarla come fatto giuridico, idoneo cioè a provocare conseguenze sul piano giuridico, cogliendo il profondo nesso strutturale che lega l'intelligibilità<sup>7</sup> della norme giuridiche (intesa come

<sup>5</sup> Il Rapporto OCSE del 1997 sulla *Regulatory Reform* stima i *regulatory costs* delle imprese europee in 540 miliardi di ECU; si stima, inoltre, che se il Mercato comune europeo avesse sostituito regolazioni uniformi o armonizzate alle regolazioni nazionali, avrebbe prodotto fra il 1987 e il 1993 una crescita del PIL a livello europeo di 1,5 punti percentuali. Il Fondo monetario internazionale ha rilevato che incisive *policies* di riduzione dei carichi regolativi e burocratici e di miglioramento della qualità della regolazione europea potrebbero portare, nel lungo periodo, ad un incremento del PIL dei Paesi dell'Unione fino al 7% e ad un incremento del 3% della produttività (cfr. IMF (2003), *When leaner isn't meaner: Measuring Benefits and Spillovers of Greater Competition in Europe*).

<sup>6</sup> Il progetto di riforma della regolazione fu avviato nel 1995 nell'ambito del *Public Management Committee* (con la raccomandazione, adottata dal Consiglio dell'OCSE il 9 marzo 1995, *Recommendation of the OECD Council on Improving the Quality of Government Regulation, incorporating the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making*, Paris, OECD/GD(95)95. L'iniziativa ha portato all'individuazione, nel conclusivo *Report* approvato nel 1997, di una serie di principi generali sulla qualità delle regole. Le nuove raccomandazioni sulla qualità della regolazione (*Recommendations for regulatory quality and performance*) sono state discusse il 14 e 15 marzo del 2005.

<sup>7</sup> Si ricordi, in tal senso la celebre pronuncia della Corte costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di G. FIANDACA, secondo cui

predefinibilità dei comandi e dei divieti) all'efficienza dell'azione amministrativa e alla tutela delle libertà economiche dell'imprenditore e dei diritti dell'individuo nel suo rapporto con il potere amministrativo.

In questi ultimi mesi, complici l'alacre attività legislativa<sup>8</sup> che ha condotto all'emanazione di codici e le raffinate considerazioni giuridiche contenute nei pareri<sup>9</sup> del Consiglio di Stato che hanno accompagnato la loro definizione, il dibattito sulla qualità delle regole si è polarizzato intorno al rapporto fra semplificazione e codificazione, nel quale la buona codificazione viene vista come tecnica di semplificazione<sup>10</sup>.

(cfr. il punto 27 in diritto) l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) va misurata alla stregua di criteri oggettivi ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato: tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa, come ad esempio l'assoluta oscurità del testo legislativo. La dottrina (M. AINIS, *La legge oscura*, Bari, Laterza, 1997, pp. 124 ss.), sul solco tracciato dal Giudice delle leggi, ha sostenuto che le leggi oscure sono incostituzionali.

<sup>8</sup> Fondata sulle previsioni della legge 29 luglio 2003, n. 229, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001*. Per i primi commenti: N. LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione. Commento alla legge n. 229 del 2003*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, pp. 157 ss.; A. NATALINI, *La terza semplificazione. Commento alla legge 29 luglio 2003, n. 229*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 1007 ss.

<sup>9</sup> I pareri sinora emanati sono relativi ai seguenti schemi: Codice dei diritti di proprietà industriale (parere del Consiglio di Stato, A.G., n. 2/04 del 25 ottobre 2004); Codice del consumo (parere del Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 11602/04 del 20 dicembre 2004); Codice della sicurezza dei lavoratori (parere interlocutorio del Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 11996/04 del 31 gennaio 2005); Codice dell'amministrazione digitale (parere del Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 11995/04 del 7 febbraio 2005); Testo unico della radiotelevisione (parere del Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 518/05 del 16 febbraio 2005); Codice delle assicurazioni (parere del Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 11603/04 del 14 febbraio 2005). Va ricordato, inoltre, che sullo schema di decreto legislativo recante la "Istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione", la Sezione per gli atti normativi - dopo un primo parere istruttorio del 14 giugno 2004 e i relativi adempimenti - ha espresso parere favorevole con osservazioni nell'adunanza del 30 agosto 2004 (parere n. 7904/04). Sempre sulla stessa materia, la Sezione per gli atti normativi è intervenuta con il parere istruttorio n. 6786/04 reso dall'adunanza del 19 aprile 2004 sullo schema di regolamento del Ministero dell'interno sull'Indice nazionale delle anagrafi - INA, e il parere n. 7903/04, reso nell'adunanza del 14 giugno 2004, sullo schema di D.P.R. recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata.

<sup>10</sup> "Semplificazione vuol dire, soprattutto, una regolazione «di qualità»" (Confindustria, *Quattro proposte per l'attuazione del "decalogo" nel d.d.l. annuale di semplificazione*,

Nella codificazione si è visto anzi un segno dei tempi, una scelta di metodo univoca, assunta dal legislatore per far fronte ai cambiamenti subiti dalle materie regolate sotto il profilo tecnico, economico e sociale.

Si è detto, così, che la tendenza alla codificazione si pone in diretta continuità e, anzi, costituisce il momento culminante del processo di decodificazione avviato alla fine degli anni '70.

Un processo di dequotazione della centralità del codice con spostamento dell'asse normativo verso le leggi speciali regolative di settori a cui viene riconosciuta un'autonomia scientifica e una specificità tecnica che reclamano un ordinamento particolare quando non addirittura sezionale<sup>11</sup>.

Non solo negli scritti di Irti, profetici in questo senso, ma anche nei citati pareri del Consiglio di Stato viene registrato il declino del codice<sup>12</sup>, quale tecnica principale di normazione, e con esso il tramonto della pretesa sistematizzante dello Stato borghese.

La centralità del codice ed il suo tentativo egalitario di *reductio ad unum* (la base concettuale delle codificazioni ottocentesche è, infatti, quella di cristallizzare nel dato normativo il "principio di unità del soggetto giuridico", superando le consolidazioni settecentesche che riflettevano una società suddivisa in *stande*; inoltre, le codificazioni ottocentesche avevano la pretesa di essere tendenzialmente immutabili)<sup>13</sup> non rispondono più alla natura multiforme delle materie da disciplinare e si frantumano in una molteplicità di centri di aggregazione che codificano norme settoriali.

Dalla centralità del codice si passa al policentrismo dei codici con la conseguenza che l'attenzione è tutta puntata sulla qualità di questo processo di deframmentazione a macchia di leopardo.

Roma, 2004, p. 2, relazione presentata alla Giornata della semplificazione – giugno 2004, in [www.semplificazione.it](http://www.semplificazione.it)).

<sup>11</sup> B. G. MATTARELLA, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 365 ss.; *Id*, *La codificazione in senso dinamico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 709 ss.; di P. COSTANZO (a cura di), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1999; M. MALO, *Manutenzione delle fonti mediante testi unici*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, il parere del Consiglio di Stato, A.G., n. 2/04 del 25 ottobre 2004.

<sup>13</sup> M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno, 1998, e F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale (Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung)*, Napoli, ESI, 1983, trad. a cura di G. LIBERATI.

Ora, che questo processo sia in corso e che abbia dimensioni imponenti non è dubitabile: lo testimoniano i numerosi testi unici<sup>14</sup>, nonché i codici di recente emanazione e quelli in via di approvazione<sup>15</sup>.

Ma si è certi che sia questo l'unico fenomeno registrabile?

Se è certa la diffusione dei codici, è altrettanto certo il declino del codice? È altrettanto sicuro il tramonto della volontà sistematizzante dello Stato e delle sue leggi?

Diversi elementi inducono a ritenere il contrario e a cercare quindi una strada della qualità che passi attraverso la qualità della norma generale piuttosto che attraverso la molteplicità del particolare.

In realtà, insieme al moltiplicarsi dei centri di aggregazione normativa si assiste ad un espandersi delle normative generali e quindi della loro tendenza unificante e sistematizzante.

<sup>14</sup> Agli ormai soppressi testi unici "misti" di cui all'art. 7 della legge n. 50/1999 era stata riconosciuta natura di decreti legislativi delegati, come tali aventi portata e capacità "innovativa" del livello normativo primario (cfr. la risoluzione della Camera dei deputati del 19 ottobre 1999). Tale loro capacità era, però, limitata – secondo il criterio di delega dell'art. 7, co. 2, lett. d), della legge n. 50/1999 – al "coordinamento formale" della legislazione vigente, con la sola possibilità di apportare, "nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo". Analogo fenomeno accade per il Testo unico della radiotelevisione, in attuazione della delega contenuta nell'art. 16 della legge 3 maggio 2004, n. 112. Dalla natura sostanzialmente compilativa del testo unico discende che ad esso deve riconoscersi la funzione di assicurare agli operatori del settore la pronta reperibilità e riconoscibilità delle norme vigenti, per la fondamentale esigenza di trasparenza, di chiarezza e di semplificazione in un settore di particolare rilievo e di impatto economico e sociale e in continuo divenire (Consiglio di Stato, sez. atti norm., n. 518/05 del 16 febbraio 2005).

Si ricordi che secondo Corte cost. 23 luglio 2002, n. 376 (in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 471, con nota di M. D'ORSOGNA) l'art. 20 della legge n. 59/1997 ha previsto l'emanazione di una legge annuale di semplificazione che operasse mediante meccanismi di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, co. 2, della legge n. 400/1988, nel quadro dell'indirizzo generale, seguito nella legislazione più recente, di favore per un consistente passaggio da una disciplina legislativa ad una regolamentare di molti aspetti dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. La semplificazione era l'obiettivo, la delegificazione lo strumento: i nuovi regolamenti avrebbero dovuto da un lato realizzare l'obiettivo, prevedendo procedimenti "semplificati", dall'altro sostituire la disciplina legislativa in vigore con una modificabile, anche in seguito, mediante l'esercizio della potestà regolamentare.

<sup>15</sup> La nuova fase di "codificazione" di cui alla legge n. 229/2003 si caratterizza, rispetto ai "testi unici misti" di cui all'abrogato art. 7 della legge n. 50/1999, dall'abbandono dell'inclusione di disposizioni di rango regolamentare e dalla capacità innovativa attribuita oggi al legislatore (primario) delegato.

La molteplicità atomistica del particolare<sup>16</sup>, delle norme di settore, ruota intorno ad un nucleo centrale ben saldo e sempre più ampio.

Lo dimostrano alcune riforme importanti del diritto civile, quella relativa alla tutela dei diritti dei consumatori<sup>17</sup> o quella relativa al nuovo diritto societario<sup>18</sup>, che continuano a trovare nel codice civile la *sedes materiae* più idonea alla regolamentazione di rapporti economici.

Lo dimostra certamente il diritto amministrativo che di fronte alla crescente formalizzazione normativa di procedimenti speciali<sup>19</sup> non rinuncia alla sistematicità e alla unicità di una legge generale sul procedimento, pur in assenza di una competenza esclusiva assegnata sulla materia dal nuovo Titolo V della Costituzione.

Ad una forza centrifuga si contrappone insomma una forza centripeta di paragonabile intensità.

E allora, poiché tanto si è detto sulla qualità del processo di codificazione al di fuori del codice, potrebbe essere importante guardare alla qualità degli interventi sul nucleo normativo centrale, sulle leggi generali, sui

<sup>16</sup> Come si legge nel citato parere dell'Adunanza Generale n. 2/04 "Cambia in tal modo l'idea di codificazione: essa si accompagna al raggiungimento di equilibri provvisori, ma di particolare significato perché orientati a raccogliere le numerose leggi di settore, in modo tale da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee capaci di garantire l'unità e la coerenza complessiva della disciplina. Si è in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore. Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazi a micro-sistemi ordinamentali, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, ma improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica". Il Consiglio di Stato rileva, altresì, la necessità di inserire nei codici non solo il riordino (o, secondo la terminologia della legge n. 229/2003, il riassetto), ma anche elementi che comportino una effettiva semplificazione "sostanziale" e deregolazione della materia. Il Consiglio rileva, inoltre, come l'opera di codificazione possa avvalersi dei nuovi strumenti di qualità della regolazione: l'analisi di impatto della regolazione (AIR), la consultazione, la valutazione *ex post* dell'impatto regolamentare (VIR).

<sup>17</sup> Cfr. legge 6 febbraio 1996, n. 52, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994*.

<sup>18</sup> Cfr. d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*.

<sup>19</sup> Cfr. i testi unici misti sull'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e sull'espropriazione (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327).

rapporti tra codice, codici e norme sistematizzanti: in altre parole sulla coerenza complessiva del sistema (includendovi anche i principi fondanti il nostro ordinamento costituzionale).

Così deve essere rilevato che nel recente parere della Sezione per gli atti normativi, n. 11995/04 del 7 febbraio 2005 sullo schema di Codice dell'amministrazione digitale il Consiglio di Stato ha evidenziato che uno dei pericoli principali – che fa parte del fenomeno noto come *digital divide* – è quello che un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con basse scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con l'“alfabetizzazione informatica” o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale.

Il Consiglio ha, pertanto, suggerito che l'abbandono delle modalità tradizionali di azione amministrativa sia accompagnato da misure concrete che prevedano azioni adeguate per l'implementazione dei nuovi processi, sia dal punto di vista tecnico che da quello umano (anche con riferimento ad appositi processi formativi e di “alfabetizzazione informatica avanzata” degli attuali dipendenti pubblici), nonché da norme transitorie e di raccordo che assicurino la continuità di azione pubblica e scongiurino possibili momenti di *impasse* nel passaggio da un sistema all'altro.

Il quadro dei rapporti tra codice, codici e norme sistematizzanti e della coerenza complessiva del sistema non appare confortante né sotto il profilo della tecnica di costruzione delle norme, né sotto il profilo della capacità di cogliere e governare le interrelazioni fra le diverse componenti dell'ordinamento giuridico.

Con riguardo alle tecniche di costruzione della fattispecie è significativa l'abitudine del legislatore – nel costruire gli istituti giuridici – di “pie-trificare” orientamenti espressi dalla giurisprudenza in norme di legge.

Lo ha fatto il legislatore penale con le norme che descrivono la nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) e con quelle sulla corruzione (art. 318 e ss. c.p.); lo ha fatto di recente il legislatore amministrativo prima con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, e poi con la legge 14 maggio 2005, n. 80.

In questo modo, però, l'interpretazione giurisprudenziale sviluppatasi sulla norma ormai abrogata viene sottratta al respiro giurisprudenziale e diviene norma di legge, cioè atto sottoposto ad interpretazione, con un avvolgimento logico del pensiero giuridico in una spirale ermeneutica che

presenta un duplice rischio: a) proiettata nel futuro, una tale tecnica di recezione normativa dell'interpretazione giurisprudenziale produce l'instabilità tipica della norma pensata per il caso singolo e trasferita in un provvedimento generale; b) proiettata nel passato, per il suo potere di influenza sull'attività di ermeneutica giudiziaria, rischia di trasformarsi surrettiziamente in una sorta di interpretazione autentica assunta però in assenza dei presupposti rigidamente individuati dalla Corte costituzionale per questo tipo di atti<sup>20</sup>. E ciò con buona pace del principio *tempus regit actum* e di quello della libera interpretazione delle norme da parte del giudice.

Sotto il profilo della coerenza sistemica, il legislatore sembra dimenticare le relazioni, anche interdisciplinari, tra gli istituti del diritto.

Pensiamo ai rapporti tra il termine di novanta giorni stabilito dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e la norma di cui all'art. 328, co. 2, c.p., non a caso introdotta dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, coeva dunque alla legge n. 241/1990, che ha regolamentato per la prima volta in Italia il procedimento amministrativo.

È vero, già nel suo originario testo, la legge prevedeva la possibilità che il termine generale di trenta giorni stabilito dall'art. 2 potesse essere reso più ampio con provvedimento generale dell'amministrazione, con conseguente disallineamento del termine previsto dall'art. 328, co. 2, c.p. rispetto a quello per la conclusione del procedimento. Il punto è, però, che adesso il disallineamento riguarda i termini generali<sup>21</sup>, con la conseguen-

<sup>20</sup> “Pur dovendosi ammettere la facoltà del legislatore di emanare leggi interpretative con la connaturale portata retroattiva, non è sufficiente, a tali fini, la sola autoqualificazione, ma si richiede, per attribuire il carattere di norma di interpretazione autentica, che la previsione sia diretta a chiarire il senso di disposizioni preesistenti, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli ragionevolmente ascrivibili alle statuizioni interpretate, occorrendo comunque che la scelta assunta dal precetto interpretativo rientri tra le varianti di senso compatibili con il tenore letterale del testo interpretato” (cfr. Corte cost. 5 novembre 1996, n. 386, in *Cons. Stato*, 1996, II, p. 1920). V. anche, da ultimo, Corte cost. 12 luglio 1995, n. 311, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2419. Si ricordi, inoltre, che l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta, tra gli altri, al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico (cfr. Corte cost. 22 novembre 2000, n. 525, in *Giur. cost.*, 2000, 6).

<sup>21</sup> Dispone oggi, infatti, l'art. 2, co. 3, della legge n. 241/1990 che “Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni”.

za che l'eventuale diffida presentata dal privato in pendenza del termine determina un obbligo formale del funzionario di rispondere al privato pur in assenza di sottostante obbligo sostanziale di provvedere: in questo modo il reato si trasforma in reato di mera disobbedienza e per di più di disobbedienza a un vero e proprio obbligo di cortesia nel rispondere a chi chiede qualcosa.

Tutto questo, ovviamente, in violazione del principio di offensività che, come insegna la Corte costituzionale<sup>22</sup>, deve guidare il legislatore nella individuazione dei beni giuridici tutelabili e quindi nella costruzione della fattispecie penale.

Ma c'è di più: l'art. 21-*octies* della legge sul procedimento – aggiunto dalla novella di cui alla legge n. 15/2005 – ci allontana da una visione formale dell'ordinamento giuridico, basata sulla centralità della legge quale unico elemento di valutazione della conformità di un atto o di un fatto all'ordinamento.

L'art. 21-*octies* ci spinge verso una valutazione sostanziale che guarda agli interessi e al raggiungimento dello scopo prefissato quale mezzo per misurare finanche la legalità degli atti e dei fatti di rilievo giuridico.

Anzi, la non brillante formulazione dell'art. 21-*octies*, co. 2, che solo nella sua seconda parte si riferisce al processo, fa pensare che, addirittura, l'atto non conforme a legge che raggiunge lo scopo non solo non è annullabile ma addirittura nasce valido; tutto questo non deve scandalizzare, è una scelta legislativa già predicata in altri ordinamenti, solo che è una scelta incoerente con il sistema del diritto penale.

A ben vedere, la qualità delle regole non è solo un problema di linguaggio, di tecnica di costruzione della fattispecie: è un problema di coerenza del sistema, di esigenze di sistematizzazione, di passaggio insomma dal particolare al generale (il percorso esattamente inverso a quello intrapreso dal legislatore).

Il riferimento al solo vizio della violazione di legge venne introdotto nel 1997 e mirava a limitare la discrezionalità del giudice penale nella

<sup>22</sup> Il principio della offensività va inteso come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa in materia penale: cfr. Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2064, e Corte cost. 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, 4.

valutazione della fattispecie amministrativa (specie nella valutazione penale del vizio dell'eccesso di potere<sup>23</sup>). Il giudice è oggi tenuto a questa valutazione? Anch'egli dovrà chiedersi se la violazione è influente?

Oppure anche qui bisognerà ritenere che un atto non annullabile in diritto amministrativo possa costituire fonte di responsabilità penale? Perché se così fosse vi sarebbe un'ulteriore lesione del principio di offensività, giacché verrebbe prevista una responsabilità penale per l'emana-zione di un atto che non lede né pone in pericolo gli interessi pubblici come considerati dal diritto amministrativo.

<sup>23</sup> «L'art. 323 c.p., nel prevedere come elemento del reato di abuso d'ufficio la «violazione di norme di legge o di regolamento», se, da una parte, ha voluto evitare che il controllo esercitato dal giudice penale possa estendersi fino a sindacare, sotto il profilo dell'eventuale eccesso di potere, i comportamenti rientranti nell'ambito di discrezionalità della p.a., dall'altra non ha però escluso che detta violazione possa esser riscontrata in relazione all'elemento teleologico della norma di riferimento, al di là del mero tenore letterale, logico o sistematico della medesima, assumendo le caratteristiche dell'infedeltà rispetto allo specifico fine che ad essa è stato assegnato dal legislatore» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, in *Riv. pen.*, 2002, p. 203).