

IL CONTROLLO DI LEGALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E L'ABUSO D'UFFICIO¹

di Antonella Merli

SOMMARIO: 1.- Magistratura e potere politico-amministrativo. 2.- Sindacato penale e abuso d'ufficio. 3.- Sindacato penale e sindacato amministrativo. 4.- Origini ed evoluzione del sindacato del giudice penale. 5.- La legge sul contenzioso amministrativo. 6. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere. 7.- La riforma del '90. 8.- La riforma del '97. 9.- Abuso d'ufficio e merito amministrativo: aspetti problematici del sindacato in relazione alla discrezionalità amministrativa.

1. Magistratura e potere politico-amministrativo.

Il tema del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa investe da vicino la teoria dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo. La linea di confine fra l'attività esecutiva e quella giudiziaria passa attraverso il più generale problema di stabilire in quali termini ed entro quali limiti, rispetto al potere esecutivo, possa parlarsi di "riserva", cioè di uno spazio di competenza specifica dell'amministrazione all'interno del quale è fatto divieto per i giudici di prendere decisioni che interferiscano con l'autonomia della funzione amministrativa, che la Costituzione vuole imparziale ma anche efficiente. Il controllo dei giudici sull'attività amministrativa può avere infatti effetti espansivi che vanno oltre il rapporto "giudice-singolo amministratore", e coinvolgere il più generale rapporto "magistratura-pubblica amministrazione". Il tema s'inquadra perciò nella più ampia prospettiva del ruolo che deve avere la magistratura nel sistema istituzionale². L'invadenza giudiziale, paventata dietro la formula del sindacato, che ad alcuni è parsa essere espressione del mutamento della posizione rivestita dalla magistratura nella società contemporanea e del ruolo incisivo che essa sta assumendo nella *governance* di molti paesi democratici³, pone quindi il problema

¹ Il presente scritto è il testo rielaborato, con l'aggiunta della bibliografia essenziale, della relazione introduttiva svolta al convegno "Magistratura e potere esecutivo. I controlli di legalità dell'azione amministrativa", organizzato dall'Università di Camerino nei giorni 11 e 12 ottobre 2012 a Camerino e Osimo, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

² Sui rapporti tra giudice penale e pubblica amministrazione, cfr. G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e Giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana*, Milano, 1990; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, p. 326 ss.; A. BALDASSARRE, *Pubblica amministrazione e Giudice penale: analisi e prospettive*, in *Studi in onore di Crisafulli*, Padova, 1985, II; P. TANDA, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 48 ss.; ID., *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. pen.*, 1998, 2951 ss.; ID., *Abuso d'ufficio, eccesso di potere e violazione di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2119 ss.

³ Sul punto cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, p. 44 ss. e p. 51.

della limitazione dell'intervento giurisdizionale in una prospettiva che fa emergere esigenze di equilibri costituzionali. Pur costituendo una prerogativa imprescindibile di ogni sistema democratico, è necessario perciò limitarlo per evitare di trasformarlo di fatto in un potere di indirizzo dell'attività amministrativa. Un controllo giurisdizionale, esteso fino a sindacare l'opportunità, mette in crisi i rapporti tra politica e diritto, principio democratico e vincoli di legalità, portando disastri sui complicati equilibri tra poteri.

La riflessione sul sindacato oscilla quindi tra due esigenze radicalmente eterogenee e tendenzialmente opposte, ma entrambe rilevanti e degne di tutela: da una parte, quella di predisporre un efficace sistema di controllo della legalità e dell'imparzialità dell'azione amministrativa; dall'altra, quella di garantire che la pubblica amministrazione non subisca alcuna limitazione nei suoi poteri istituzionali, preservando quell'area tradizionalmente riservata alla sua discrezionalità, dove si manifesta la preminenza del potere amministrativo di fronte agli organi del potere giudiziario. Il controllo dei giudici è dunque uno strumento ambivalente: una garanzia di legalità dell'azione amministrativa, e, al tempo stesso, un rischio per l'autonomia dell'amministrazione, ove i giudici abusino delle loro funzioni e superino i limiti della giurisdizione, assumendo il ruolo di una figura ibrida, quale quella del giudice-amministratore, assente nel nostro ordinamento.

Tutta la storia del sindacato è storia dei tentativi, spesso non riusciti, di conciliare questi due poli antitetici, il cui confine è particolarmente sottile e delicato. Assicurare il mantenimento di equilibrati rapporti tra magistratura e potere esecutivo - due poteri i cui confini non sono immutabili nel tempo ma al contrario ciclicamente si spostano - costituisce quindi il più profondo e il più preoccupante di tutti i problemi istituzionali per evitare che questo equilibrio si rompa, e tutta la potestà pubblica sia accentrata nelle mani di un solo potere. Guardando questo aspetto del problema, che riflette il fenomeno della espansione della conflittualità tra giurisdizione e potere esecutivo, favorito dalla c.d. supplenza giudiziaria, conseguente, a sua volta, al fallimento dei normali meccanismi interni autocorrettivi del sistema, si capisce che il problema del sindacato non è soltanto di rilievo tecnico-giuridico (non ha una sola soluzione tecnica, e per così dire neutra), ma ha a che fare con questioni che hanno una forte implicazione politica. Del resto, il problema del sindacato non nasce in un contesto di carattere giuridico ma originariamente in un contesto politico⁴ (anche se la stessa scienza giuridica è stata costantemente in bilico su questo incerto ma cruciale confine tra la difesa della politica e la difesa del diritto). Controllo dei giudici sull'attività amministrativa e autonomia del potere politico-amministrativo, sono stati per oltre un secolo i termini di confronto di due diverse e per molti aspetti perfino antagoniste linee politiche: quella favorevole ad estendere i poteri di accertamento del giudice penale alla discrezionalità amministrativa, in considerazione del fatto che proprio la sfera discrezionale dell'amministrazione pubblica rappresenta l'ambito più

⁴ Cfr. C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires, en matière administrative*, Editions Monchrestien, 1962, p. 238 ss.

esposto agli abusi, e quella che pone barriere e ostacoli al controllo penale dell'operato discrezionale (anche abusivo) dei pubblici amministratori⁵.

L'opzione della riforma del '97 verso una formula fortemente riduttiva dell'area di punibilità dell'abuso d'ufficio, il cui dichiarato obbiettivo era quello di escludere il sindacato penale di un particolare vizio di legittimità dell'atto amministrativo (l'eccesso di potere), al fine di evitare l'incursione dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri in settori riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione, rappresenta appunto l'esito della storica tendenza del potere esecutivo a restringere i poteri di sindacato dell'autorità giudiziaria: dunque una precisa scelta politico-criminale del legislatore, e non già un'opzione squisitamente tecnico-giuridica. La riforma del '97 vide infatti la politica impegnata in una vera e propria crociata per impedire una eccessiva concentrazione di potere nelle mani dei giudici e garantire l'autonomia dell'amministrazione. La sua ragione ispiratrice era l'idea che la pubblica amministrazione non possa subire alcun controllo da parte della magistratura nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, sul presupposto che la discrezionalità amministrativa costituisce un ambito interamente riservato all'amministrazione e quindi inattaccabile da parte degli altri poteri. Questo dimostra che il problema del sindacato si pone anche come problema di rapporti tra giurisdizione e legislazione, cioè di limitazione della discrezionalità giudiziale attraverso la legge.

Più in particolare, il tema del sindacato riguarda la funzione e i limiti del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa. Meglio dire sulla "violazione di legalità", per enunciare fin dall'inizio verso quale svolgimento si intende dirigere la nostra indagine. La funzione della giurisdizione, correttamente intesa, si muove infatti nella prospettiva di ricerca della patologia -della violazione di legalità appunto; non interviene per esercitare controlli preventivi sulle deviazioni nell'esercizio del pubblico potere. La magistratura penale, cioè, interviene sempre dopo, quando il danno ormai è irreparabile, e resta solo da accertare fatti di reato e responsabilità individuali. Questo va detto perché, a volte, si insinua l'idea di una funzione "preventiva" del controllo giurisdizionale di legalità, intesa non come ricostruzione della legalità violata, ma come verifica che la legalità non sia stata per caso violata, per cui avviene che i pubblici ministeri agiscano non sulla base di una notizia di reato ma per ricercare un reato⁶. Il pensiero volge inevitabilmente al problema -noto quanto a lungo controverso- di quale incidenza può avere il diritto penale ai fini di una corretta funzionalità dell'amministrazione, e quanto possa contribuire in maniera soddisfacente alla moralizzazione della vita pubblica. E' un dato ormai acquisito che il controllo di legalità dovrebbe passare innanzi tutto attraverso canali interni alla pubblica amministrazione. Efficaci controlli amministrativi

⁵ Per una più ampia trattazione dei rapporti tra magistratura e potere esecutivo, si rinvia a A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012, p.11 ss.

⁶ Così L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 162 ss.

(preventivi) sulle deviazioni nell'esercizio del pubblico potere ridurrebbero il pericolo di invasione del potere giudiziario in settori specifici di stretta competenza della pubblica amministrazione, e quindi il rischio penale dei soggetti pubblici, con conseguenti rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

La mancanza di strumenti e rimedi all'interno della pubblica amministrazione, idonei a prevenire devianze e malformazioni, è stata segnalata da tempo dalla dottrina⁷. Tuttavia, sulla imponente crescita degli interventi penali in materia di illeciti dei pubblici amministratori e sul potenziamento del ruolo dei giudici e il conseguente inasprirsi dei rapporti fra magistratura e classe politica, hanno certamente influito la deresponsabilizzazione e la perdita di credibilità del potere politico⁸. E anche il fatto che l'azione e l'impegno della pubblica amministrazione si è allargato sempre di più in diversi settori della vita sociale senza che, per l'appunto, si provvedesse a una efficace ristrutturazione dei controlli extrapenalistici che rendessero più efficienti gli strumenti per prevenire e reprimere i possibili abusi all'interno dell'apparato pubblico. Alla mancanza di altre forme di controllo giuridico e alla scarsa funzionalità dei meccanismi di controllo interni autocorrettivi del sistema, ha corrisposto così un eccezionale attivismo dei magistrati che ha prodotto una sorta di modificazione della posizione del giudice non solo nei rapporti fra legislativo e giudiziario (con un forte spostamento del peso della bilancia dal politico sul giuridico)⁹, ma anche nei confronti del potere esecutivo. Al tempo stesso, la degenerazione del costume politico ha fatto sì che l'opinione collettiva si schierasse contro i politici e che i giudici assumessero l'aureola di ultimo argine difensivo della legalità costituzionale, di ultima autorità o di "decisori finali"¹⁰. La crescita del potere dei giudici¹¹ ha finito così per riproporre il problema della indebita sovrapposizione tra sindacato penale e merito politico-amministrativo¹².

⁷ Cfr., ad es., G. BERTI, *Strutture politico-giuridiche dell'amministrazione e responsabilità dei funzionari*, in *Giust. e cost.*, 1984, 39. ss.

⁸ Sul potenziamento del ruolo dei giudici, come conseguenza di una sorta di delega della politica, cioè della rinuncia della politica all'esercizio delle proprie responsabilità formulando la legge in modo generico senza indicazioni di criteri-guida e attribuendo così alla cultura, alla preparazione, alla discrezionalità del magistrato il potere di risolvere questioni particolarmente spinose (una per tutte, i casi in cui si può autorizzare l'aborto della minorenne), cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit. p. 44 ss.

⁹ Come osserva L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 43, "in quella fase, la guida del rinnovamento dell'ordinamento giuridico non era nelle mani del Parlamento, bensì in quelle della magistratura ordinaria e della Corte costituzionale": norme assai importanti del testo unico delle leggi di polizia, del codice penale e del codice di procedura penale furono cancellate o modificate in modo coerente con la Costituzione "per iniziativa non del Parlamento, ma dei giudici", che sollevavano eccezioni di costituzionalità che la Corte costituzionale accoglieva. Su altri profili del potenziamento del ruolo dei giudici, cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit. p. 44 ss.

¹⁰ Cfr., sul problema in generale, C. F. MENDER, *Moderner Staat und Rechtsprechung*, Tübingen, 1968.

¹¹ Sui fatti storici che hanno accresciuto il potere della magistratura, cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit. p. 76 ss.

¹² In maniera assai sintetica, si può ricordare che è agli inizi degli anni Novanta, quando alcuni uffici giudiziari prendono l'iniziativa di controllare direttamente alcuni settori dell'attività amministrativa, con un tipo di controllo che a volte si prestava ad essere interpretato politicamente, che il conflitto tra magistratura e politica raggiunge i toni più accesi ed esplode il problema del sindacato, mettendo in evidenza anche un problema di "contenimento" dell'invasione investigativa, delle modalità di esercizio dei poteri di indagine, che naturalmente riguarda un piano diverso da quello dei limiti del sindacato. Ma,

E a rafforzare l'idea di privilegiare, a garanzia della legalità e correttezza dell'operato dei soggetti pubblici, accanto alla responsabilità penale¹³ (e a quella politica), strumenti di controllo meramente 'interni' di natura amministrativa e contabile¹⁴. La scarsa funzionalità, o collusiva indisponibilità, della pubblica amministrazione a esercitare dei controlli interni (preventivi) sulla legalità dell'operato dei soggetti pubblici, che è, forse, oggi il problema più urgente, è tuttavia un aspetto della questione che esula dalla nostra indagine, trattandosi di tutt'altro ordine di problemi rispetto a quello sollevato dal rapporto tra sindacato penale e atto amministrativo, e merita di essere condotto in sede apposita in modo approfondito.

2. Sindacato penale e abuso d'ufficio.

Il sindacato penale riveste un carattere di centralità nell'ambito del diritto penale sostanziale, assumendo un ruolo decisivo nell'interpretazione e applicazione di numerose fattispecie incriminatrici. Tuttavia, tra i reati che attengono al tema del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa, il delitto di abuso d'ufficio assume certamente un ruolo preminente, e si pone come osservatorio privilegiato del rapporto fra magistratura e potere esecutivo.

L'abuso di ufficio, nel suo archetipo di rilievo penalistico, dal Codice Zanardelli ad oggi si presenta nel nostro ordinamento in quattro varianti: dal vecchio abuso d'ufficio disciplinato dal codice del 1889 all'abuso innominato in atti di ufficio di cui all'originario art. 323 c.p., alla prima riforma avutasi con la legge n. 86 del 1990, seguita dopo solo sette anni da una integrale modifica della norma ad opera del legislatore del '97, che ha trasformato la fattispecie incriminatrice da reato a consumazione anticipata e a dolo specifico in reato di evento, prevedendo specifiche modalità di realizzazione del fatto punibile. Un delitto, dunque, sempre rinnovato e costantemente reincarnato in fattispecie strutturalmente diverse, accusate tutte, in un modo o nell'altro, di un insufficiente grado di tassatività, avendo necessariamente in sé elementi di ambiguità (suscettibili di manipolazione in sede interpretativa) tali da determinare fatalmente una eccessiva estensione dell'area della punibilità e un conseguente sconfinamento del

ancora oggi, in tutt'altra temperie culturale e politica, l'intero rapporto tra potere esecutivo e magistratura appare in movimento.

¹³ Del resto, come ha osservato la Corte costituzionale, "le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono (...) nella eventuale tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni; che anzi l'incriminazione costituisce un'*estrema ratio* cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza di altri mezzi di tutela" Corte cost., 28 dicembre 1998, n. 447, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1373, n. 631.

¹⁴ Sulla opportunità di adeguati controlli preventivi, cfr. R. FINOCCHI, *I codici di condotta*, in M. D'ALBERTO e R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, p. 79 ss.; P. DAVIGO, *I limiti del controllo penale sulla corruzione e i necessari rimedi preventivi*, ivi, 49 ss.; C. GALLUCCI, *La riforma degli appalti pubblici*, ivi, 97 ss.; BATTINI, *La riforma dei controlli amministrativi*, ivi, 86 ss.; S. C. DE BRACO-R. PENNONI, D. NAPOLITANO, S. DE BRACO, *Le responsabilità del pubblico impiegato-civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare e dirigenziale*, Padova, 2003.

controllo penale. Trasformazioni che non seguono un percorso continuo e rettilineo, ma complesso e variegato, pieno di svolte, ipotesi nuove e ritorni improvvisi al passato. Il suo assetto normativo appare ancor oggi tutt'altro che appagante, sì che non pochi profili di riflessione suggeriscono un nuovo intervento legislativo e lasciano supporre che sia destinato a cambiare ancora¹⁵. E' il segno delle storiche difficoltà nella ricerca di un soddisfacente equilibrio nelle relazioni tra il potere esecutivo e quello giudiziario, e delle alterne sorti della teorizzata preminenza dell'uno sull'altro.

La storia dell'abuso d'ufficio è un lungo confronto con il problema del sindacato. Il principio che il potere esecutivo deve sottostare al controllo di legalità da parte dei giudici ha avuto, infatti, un ruolo decisivo nella nascita e nello sviluppo del reato di abuso d'ufficio, che nasce come limitazione legale del potere esecutivo, come antitesi del governo arbitrario. In tutte le sue fasi successive, la rilevanza penalistica della condotta è subordinata ad un illegittimo esercizio di poteri funzionali e, quindi, alla rilevabilità di eventuali vizi di legittimità che inficiano l'atto in cui tale esercizio si attua. L'intreccio con i profili processuali, nei termini di una complessa interazione tra sindacato e requisiti di fattispecie, è sempre presente in quanto intrinseco alla stessa storia ormai secolare dell'abuso d'ufficio, la quale ci dimostra che struttura della fattispecie e sindacato del giudice penale si influenzano reciprocamente in modo costante. Del resto, in un sistema fondato sulla separazione dei poteri e una magistratura politicamente irresponsabile, la struttura della fattispecie di abuso deve essere in accordo con i limiti del potere di controllo dei giudici sulla legalità amministrativa. Se l'ampiezza della fattispecie non può eccedere i limiti del sindacato, la questione del sindacato finisce così per condizionare i contorni e il contenuto della fattispecie di abuso. La questione del sindacato rappresenta perciò un filo rosso attraverso cui si può leggere in maniera unitaria tutta la sua storia, diventa cioè una chiave di lettura illuminante ed estremamente efficace per capirne il fondamento e le sue trasformazioni successive. Sono questi i motivi che ci inducono a coniugare il tema del sindacato con quello dell'abuso di ufficio e dei loro reciproci nessi.

3. Sindacato penale e sindacato amministrativo.

Naturalmente i giuristi che si occupano del sindacato dal versante penale hanno un approccio molto diverso dall'amministrativista: oggi nessuno mette in dubbio l'assoluta autonomia di accertamento per mezzi, per tipo di interessi, per finalità che c'è nel processo penale rispetto a quello amministrativo. Nondimeno, è il diritto amministrativo che fornisce conoscenze chiare sui vizi dell'atto amministrativo e, quindi, sui dati costitutivi dell'istituto del sindacato. Lo stesso reato di abuso d'ufficio, in tutte le sue formulazioni, risulta strutturato in modo da tenere sempre aperto e vivo

¹⁵ Sul punto cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1219 ss.

l'interscambio della prospettiva penalistica con quella amministrativistica¹⁶. Anziché puntare su una sola carta interpretativa, l'indagine qui proposta mette in campo una complessa strategia ermeneutica che sovrappone sguardi diversi, quello del penalista e quello dell'amministrativista. Anche se, nei due ambiti normativi, i vizi del provvedimento svolgono, rispettivamente, due compiti diversi, e a volte forniscono risposte contrastanti agli stessi problemi o allo stesso tipo di problemi. I vizi dell'atto amministrativo, infatti, trasportati nell'abuso di ufficio, rilevano non in relazione all'atto (come nel processo amministrativo), bensì nel contesto di un comportamento umano carico di conseguenze per il diritto penale. Sicché il penalista deve costruirli su principi strettamente e rigorosamente penalistici, perché è l'ottica penalistica a risultare decisiva e costitutiva, con le garanzie ed i valori sostanziali suoi propri¹⁷. Per esempio, deve chiedersi sino a che punto le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, basate su presunzioni, siano compatibili con il principio di tassatività della fattispecie penale e con i principi processuali della libera ricerca della verità e del libero convincimento del giudice. Nel diritto, del resto, è quasi un luogo comune che una nozione, un concetto giuridico, vive sempre in un contesto. E tuttavia molti concetti amministrativi e penali, pur provvisti di senso proprio, ricevono ogni volta un significato più preciso dal paragone reciproco, che ne svela nuovi aspetti nei diversi contesti. L'ibrido territorio tra la discrezionalità sindacabile e quella non sindacabile, l'eccesso di potere, il merito amministrativo, ne offrono svariati esempi.

4. Origini ed evoluzione del sindacato del giudice penale.

Il problema del sindacato affonda le sue radici nella filosofia politica dell'Illuminismo¹⁸. Nella visione illuministica si afferma per la prima volta un principio che segna un punto di svolta decisivo della cultura politica e giuridica europea: il primato della legge, e l'obbligo di sottomissione alla legge anche per la pubblica

¹⁶ Non può non essere significativo, a questo proposito, che autorevole dottrina ha lamentato che "è finora mancato un approfondito confronto scientifico tra 'penalisti' e 'amministrativisti' sul problema del sindacato": G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Questione giustizia*, 1996, p. 319 ss.

¹⁷ Cfr. sul punto M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico*, Milano, 2008, p. 45; M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, p. 273 e 259. L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e soc.*, 1978, p. 679. Lo stesso concetto di 'pubblica amministrazione', ad esempio, sulla cui definizione nell'ultimo cinquantennio sono aumentati profondamente i riferimenti giuridici, ha in diritto penale la sua autonomia, dovendosi intendere in senso più ampio da quello elaborato dalla dottrina amministrativistica: vi si devono includere, ad esempio, oltre ai soggetti tradizionali (amministrazioni statali e locali), i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1 l. 241/1990) e tutti quei soggetti che svolgono attività di rilievo pubblico. Cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, (IV ed.), p. 256 ss. Per una nuova configurazione dei reati in materia di pubblica amministrazione, cfr. G. CASTELLUCCI, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'Alberti e R. Finocchiaro, p. 231 ss.

¹⁸ Per notizie storiche sulle origini del sindacato, cfr. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, cit., ed Autori ivi citati.

amministrazione. Possiamo dire perciò che il sindacato sull'attività amministrativa è un chiaro prodotto della dottrina della separazione dei poteri, e muove dall'idea che ogni potere non controllato tende all'abuso. Trae cioè la sua origine storica, e parte del suo fondamento sistematico, dall'idea di uno Stato dotato di poteri divisi e contrapposti al fine di garantirsi vicendevolmente dall'abuso. Lo Stato moderno di diritto, che appare in Europa con la nascita dello Stato nazione, ribadisce il primato della legge, cioè l'idea che siano le leggi, non gli uomini a governarci, inaugurando l'era, davvero nuova, di un potere esecutivo non più privo di limiti e sciolto da vincoli giuridici ma soggetto alla legge, mantenuto nei limiti da essa previsti e sottoposto alla verifica dei suoi atti al dettato della legge. La netta separazione del potere esecutivo da quello giudiziario apre quindi la strada ad un processo di radicali mutamenti nell'assetto istituzionale dello Stato. Il più rilevante fu, appunto, la finale costruzione di una amministrazione responsabile per l'attività posta in essere, e responsabile non soltanto innanzi alla legge ma innanzi ai giudici ormai liberi dal controllo dell'esecutivo.

5. La legge sul contenzioso amministrativo.

Nel nostro ordinamento il sindacato, come strumento di controllo dei giudici sull'esercizio del potere esecutivo, trova la sua origine nella legge n. 2245 del 1865, meglio nota come legge abolitrice del contenzioso amministrativo¹⁹, che, sebbene inserita in un contesto ordinamentale oltre che storico-sociale ben diverso da quello attuale, è tuttora in vigore²⁰. Con essa prende forma una tematica di lunghissimo periodo: la garanzia giurisdizionale della inapplicabilità dell'atto amministrativo illegittimo²¹. La legge sul contenzioso introduce, dunque, per la prima volta nel nostro

¹⁹ Sulla legge abolitrice del contenzioso, cfr. P. GOTTI, *Considerazioni su recenti orientamenti in tema di sindacato giudiziario di legittimità sugli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1981, p. 200 ss; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 4; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, 1950, Milano, p. 115 ss.; F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, p. 4 ss. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 6 ed., 2011, Tomo II, p. 2677 ss.; E. CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, 10 ed., p. 442 ss. Cfr. inoltre, tra gli altri, per gli opportuni approfondimenti, U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, II, 464 ss.; G. BERTI, Art. 113, 86 ss., in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987; E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; M. S. GIANNINI, *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 201 ss.; M. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della p.a.*, voce in *Enc. dir.*, XIX, 229 ss.

²⁰ Sul carattere di attualità della legge, cfr. L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 454.

²¹ Sul tema, P. TANDA, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, cit., p. 48 ss.; ID., *Giudice penale e disapplicazione*, cit., p. 2951 ss.; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e Giudice penale*, cit.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 326 ss.; A. BALDASSARRE, *Pubblica amministrazione e Giudice penale: analisi e prospettive*, cit., 13 ss.

ordinamento, il principio che la legge deve avere la preminenza sull'atto amministrativo (principio di legalità), e che gli atti dell'amministrazione sono soggetti al controllo dei giudici. Oltre alla legge sul contenzioso, va presa in considerazione, come ultimo referente legislativo, la nostra Costituzione, il cui art. 101, comma 2, secondo cui *"i giudici sono soggetti soltanto alla legge"*, oltre a garantire l'indipendenza istituzionale dei giudici, esprime il principio di legalità nella giurisdizione, vincolando i giudici a negare applicazione non solo ad ogni atto, diverso dalla legge, cui la legge non faccia rinvio, ma, altresì, agli atti che, sebbene formalmente fondati sulla legge, siano tuttavia materialmente incompatibili con la legge o difformi da essa. E tutto questo in una linea di continuità con l'art. 5 della legge sul contenzioso²².

Conformemente a queste premesse teoriche di fondo, e con argomentazioni fondate sul diritto positivo (la legge sul contenzioso, appunto), il codice Zanardelli del 1889, con l'incriminazione dell'abuso d'ufficio, tutelava (soprattutto) i diritti individuali minacciati dalle usurpazioni del potere esecutivo. Con il codice Rocco si assiste ad una sorta di metamorfosi della fattispecie che, pur involgendo nel suo ambito di tutela i diritti individuali (tuttavia la prospettiva individualistica si stagliò solo sullo sfondo, come oggetto del dolo specifico), estende la tutela penale al regolare funzionamento della pubblica amministrazione (punisce infatti, al tempo stesso, l'abuso del pubblico ufficiale volto a procurare un vantaggio-patrimoniale o non patrimoniale-a se stesso o al privato). Attraverso tale innesto, il sindacato compie il suo principale salto di qualità. Il controllo di legalità, infatti, non è più in funzione esclusiva della storica tutela delle posizioni giuridiche dei privati contro gli abusi di potere dell'autorità, ma anche, e in primo luogo, in funzione di garanzia del corretto esercizio delle pubbliche funzioni (a tutela dell'interesse pubblico e della realizzazione di tale interesse). Tant'è che, dal codice Rocco in poi, è un uso improprio quello di designare con il nome di *"disapplicazione"* il sindacato del giudice penale quando è chiamato a verificare un abuso punibile, giacché il relativo giudizio non ha lo scopo di verificare la legittimità-illegittimità dell'atto in sé, al fine di disapplicarlo se illegittimo, bensì di accertare la liceità-illiceità della condotta del soggetto pubblico che lo pone in essere²³.

²² Per gli opportuni approfondimenti, cfr. G. ROEHRSEN, *La giustizia amministrativa nella costituzione*, Milano, 1988; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 68 ss.; U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e Pubblica Amministrazione*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, 1982, p. 269 ss.; M. P. CHITI, A. PIZZI, *La giustizia amministrativa nelle leggi e nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, Bulzoni, 1972, p. 25 ss. Sulle problematiche collegate all'art. 113 cost., cfr. V. BACHELET, *L'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, p. 44 ss.

²³ Sulla distinzione tra sindacato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, v. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa*, cit., p.116 ss., e la dottrina ivi citata.

6. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere.

A partire dalla riforma del '97, la riflessione sul sindacato ha finito per concentrarsi sulla questione se i casi di eccesso di potere appartengono ancora alla giurisdizione del giudice penale, o restano soltanto un problema di competenza del giudice amministrativo, e dunque se è configurabile l'abuso d'ufficio per eccesso di potere, che ha coinvolto molti autori, una parte a favore e una parte contro.

La definizione di eccesso di potere è assai più complessa di quanto non possa essere la nozione di violazione di legge in senso stretto, perché, a differenza della violazione di legge, non riguarda l'atto in sé e per sé considerato, bensì la funzione dell'atto, nel senso che è la potestà nel suo complesso a non essere esercitata correttamente. Come vizio funzionale, è essenzialmente ancorato a parametri di legittimità sostanziale, e consiste nella violazione dei c.d. limiti interni-non scritti-della discrezionalità amministrativa, risolvendosi, in definitiva, in un cattivo esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione. Invero, al di là del principio di legalità, inteso come conformità formale alla legge, esiste quello della legalità sostanziale, in forza del quale l'amministrazione è anche tenuta a perseguire il fine pubblico da essa espressamente indicato. L'eccesso di potere, quindi, si incentra tipicamente in un contrasto non con la lettera (non infrange nessun espresso requisito di legge), bensì con lo spirito della legge. Con il concetto di eccesso di potere si vuole fare riferimento perciò all'esercizio di quello che-con semplificazione tanto drastica quanto necessaria-si chiama potere arbitrario, ossia la deviazione dell'atto dal suo fine istituzionale, sempre possibile pur nel rispetto formale delle legge. E siccome l'eccesso di potere, inteso come sviamento della funzione amministrativa dal suo fine tipico, quindi come esercizio della discrezionalità per uno scopo diverso da quello assegnato dalla legge all'atto²⁴, è concetto che suppone l'uso di un potere discrezionale, in realtà dietro questa vecchia disputa sull'eccesso di potere sta la questione della sindacabilità dell'azione discrezionale della pubblica amministrazione.

La discrezionalità amministrativa è quindi il perno attorno al quale ruota tutto il problema del sindacato. La questione centrale che oggi si discute è dunque se, alla luce dell'ordinamento italiano e dei suoi principi costituzionali, al giudice penale sia riconosciuta la potestà (il potere-dovere), ed entro quali limiti, di controllare il suo esercizio, e quindi di accertare il delitto di abuso d'ufficio non solo quando l'abuso concerne un atto vincolato, o un aspetto vincolato dell'atto, ma anche quando investe un atto, o un suo aspetto, discrezionale. E, in caso affermativo, come separare e distinguere, agli effetti penali, le scelte e le opzioni riconducibili all'esercizio della discrezionalità sindacabile da ciò che invece appartiene al merito (alla discrezionalità insindacabile) delle decisioni amministrative. In campo penale, si fa talvolta l'errore di

²⁴ Sui profili storici dell'eccesso di potere, cfr. G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, p. 60; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 264. Sulla nozione, in generale, di tale vizio, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989; E. CARDI-S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. publ.*, Torino, 1990, p. 341.

pensare che discrezionalità amministrativa significhi merito. Ma non è così, perché la discrezionalità amministrativa afferisce anche all'eccesso di potere, che è un vizio di legittimità.

7. La riforma del '90.

Una prima novella del delitto di abuso d'ufficio fu operata, nell'ambito di una più ampia riforma²⁵, e in una prospettiva di razionalizzazione dell'intervento penale in materia di reati contro la pubblica amministrazione, dall'art. 13 della l. 26 aprile 1990, n. 86²⁶. La formula prescelta è ancora incentrata sul concetto (normativo) di abuso²⁷ e sul dolo specifico²⁸, ed è svincolata da un evento determinato²⁹. Resta invariata l'area della repressione penale in quanto vengono ad esservi ricomprese anche ipotesi qualificabili come eccesso o sviamento di potere. Tuttavia, la vera novità del nuovo

²⁵ Per un commento alla riforma del 1990, cfr. G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it.*, 1990, II, 637; C. F. GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 319; I. CARACCIOLI, *Abuso d'ufficio e controllo del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Nuova Rass.*, 1994, 189; G. FERRARI, *Sindacato penale e sindacato amministrativo in tema di abuso di ufficio*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1995, 1 ss.; S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 562; A. DE ROBERTO, *Abuso ed eccesso di potere: giudice penale ed amministrativo a confronto*, in *Nuova rass.*, 1994, 2367; A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 707; A. SESSA, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Arch. Pen.*, 1993, 356; A. TRABACCHI, *Giudice penale e funzione amministrativa: auspicato un confine limpido tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Nuova rassegna*, 1995, 1209; G. TABASCO, *Primi orientamenti interpretativi del reato di abuso di ufficio*, in *Giust. Pen.*, 1994, II, 473; P. SEVERINO, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. Giur.*, Roma 1991, vol. XXV, 3 ss.; P. M. LUCIBELLO, *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994; G. IADECOLA, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Note di commento alla legge 26 aprile 1990, n. 46*, Torino, 1991; V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio*, in *AA.VV., Reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. Coppi. 1993, 191; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I. *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008, p. 223; G. P. DEMURO, *Note in tema di abuso d'ufficio e dolo specifico*, in *Giust. pen.*, 1992, II, 621; P. PISA, voce *Abuso di ufficio*, in *Enc. Giur. Aggiornamento*.

²⁶ La nuova norma sottoponeva a sanzione penale, a condizione che il fatto non costituisse più grave reato, "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio". Il capoverso prevedeva la pena della reclusione da due a cinque anni "Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale".

²⁷ Il nuovo testo dell'art. 323 c.p., nato dalla riforma del '90, pone così come elemento centrale della fattispecie l'abuso di ufficio, che subisce una sorta di fenomeno espansivo, giacché nel nuovo assetto esso è chiamato a ricomprendere in sé i fatti rientranti nelle altre figure codicistiche abrogate come reati autonomi nel contesto della stessa riforma, che saranno puniti ai sensi del più grave reato del riformato art. 323 c.p.

²⁸ Sottolineava il ruolo delimitativo della fattispecie svolto dal dolo specifico (ad es. nel caso in cui risulti voluto, oltre all'interesse privato, anche quello pubblico), G. P. DEMURO, *Note in tema di abuso d'ufficio e dolo specifico*, cit., 620 ss.

²⁹ Così come nella formulazione originaria, l'abuso di ufficio, sotto il profilo oggettivo, è identificato con i vizi dell'atto amministrativo: la rilevanza penalistica della condotta è subordinata-sia pure implicitamente-ad un illegittimo esercizio di poteri funzionali e, quindi, alla rilevanza di eventuali vizi di legittimità che inficiano l'atto in cui tale esercizio si attua, compreso l'eccesso di potere.

abuso d'ufficio è il mutato contesto funzionale e sistematico nel quale esso si inserisce. Tale contesto ha completamente ribaltato il ruolo della fattispecie in esame: da fattispecie residuale-di chiusura-a fulcro del sistema politico-amministrativo³⁰. Prima coesisteva con alcune figure tipizzate di abuso, quali il peculato per distrazione, la malversazione a danno di privati e l'interesse privato in atti di ufficio. Cadute tali norme contigue al vecchio abuso innominato³¹, la riforma inglobava le figure criminose abrogate nel testo novellato dell'art. 323; rispetto ad esse, quindi, solo in parte eliminava l'area di illiceità penale, confluita, per il resto, nella riformulata fattispecie dell'abuso di ufficio³². Le ampie modifiche, delle quali si è detto, mostrano chiaramente come l'area di previsione di tale nuova disposizione era di gran lunga maggiore di quella della precedente, giacché le ipotesi abrogate del peculato per distrazione e dell'interesse privato e quella modificata dell'omissione di atti di ufficio, 'selettivamente' sostituite dalla nuova fattispecie di abuso d'ufficio, ne allargavano notevolmente l'ambito di rilevanza applicativa. Essa, dunque, nel nuovo assetto post riforma 1990 (e 1997), non è più residuale, diventando, viceversa, una figura cardine del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, nel cui ambito risulta destinata ad assumere un ruolo primario di tutela³³.

³⁰ T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio. La nuova struttura dell'art. 323 c.p. e l'eredità delle figure criminose abrogate*, in *Atti del 1° Congresso Nazionale di Diritto Penale su: "I delitti contro la Pubblica Amministrazione dopo la riforma. Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore"*, Napoli, 1991, 79 ss. (il quale osserva che il legislatore con la riforma del '90 fece dell'abuso di ufficio una figura cardine se non addirittura il baricentro del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione); F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, ivi, 1990, p. 822; M. PARODI GIUSINO, *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. I, 1987, p. 587, ed Autori ivi citati.

³¹ Nonostante la ricordata abrogazione espressa delle fattispecie "sostituite", non di *abolitio criminis* si è poi parlato, ma soltanto di un fenomeno di successione cosiddetta 'impropria' fra norme penali diverse: istituto, questo, che si presenta ogni qual volta l'area dei fatti già penalmente illeciti, alla stregua di incriminazioni formalmente abrogate, non diviene per intero penalmente irrilevante, ma ricade in parte sotto la previsione di nuove o riformulate disposizioni incriminatrici, che 'perpetuano', senza soluzione di continuità, un ambito più o meno vasto di illiceità penale. Cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2010, p. 87 ss.

³² Secondo Cass., sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, la modifica legislativa dell'art. 323 c.p. ad opera della riforma del '90 non comportò l'abolizione generalizzata della fattispecie criminosa di abuso di ufficio, ma la successione ad essa di una norma incrimnatrice che ha escluso la rilevanza penale di alcune ipotesi già punite come reato, e conservato tale rilevanza rispetto ad altre.

³³ Con la riforma del 1990, viene riprodotta la tradizionale distinzione tra condotta favoritrice o prevaricatrice, e condotta affaristica. Convivevano così nell'abuso d'ufficio due fattispecie, che davano vita a due autonome figure di reato: da un lato, l'abuso commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio per procurare un ingiusto vantaggio non patrimoniale a sé o ad altri o per arrecare ad altri un danno ingiusto, dall'altro, quello commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale. Cfr. S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incrimnatrice di abuso d'ufficio*, in *"Reati contro la pubblica amministrazione". Studi in memoria di A. R. Latagliata* (a cura di F. Coppi), 1993, 129.

8. La riforma del '97.

Con la riforma del '97, il delitto subisce una radicale trasformazione: la formula sintetica "abuso dell'ufficio" viene sostituita con una formula descrittiva che ne svolge il contenuto³⁴. Nell'intento di migliorare la tassatività e determinatezza della fattispecie, la condotta è ora descritta attraverso il riferimento alla violazione di legge o di regolamento. Al tempo stesso, da reato di pericolo a dolo specifico (e a consumazione anticipata) diviene reato di danno³⁵.

Le ragioni di un'ulteriore modifica di formulazione della fattispecie sono invero molteplici, nondimeno la questione del sindacato diventò il tema ispiratore della riforma³⁶. Il nuovo cambiamento di paradigma fu motivato in sede parlamentare con l'obiettivo di impedire una indebita penetrazione del giudice penale nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione³⁷. E siccome il controllo penale della legalità dell'azione amministrativa, attraverso il sindacato dell'eccesso di potere, è in grado di trascendere il piano della sola legalità formale, e di investire in termini più complessi e articolati anche la 'bontà' intrinseca dell'atto, riguardata sotto il duplice punto di vista della conformità ai requisiti stabiliti dalla legge e al suo scopo tipico³⁸, la via più breve per eliminare qualsiasi interferenza del potere giudiziario nella discrezionalità amministrativa era quella di sottrarre al sindacato penale l'eccesso o sviamento di potere (configurato come manifestazione di sostanziale violazione della

³⁴ Cfr. sul punto A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 1996, p. 1405 ss.; G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, p. 91.

³⁵ Nel senso che la formula attuale ha specificato il contenuto della condotta antiggiuridica, la quale esprime meglio che in passato, quelle esigenze di tipicità e tassatività che devono caratterizzare il precetto delle norme incriminatrici, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 2008, p. 366 ss.; E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, trattato diretto da Fiore, Torino, 2004, p. 261 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997, p. 169; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, cit., p. 254 ss.; G. IADECOLA, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Fortuna, Torino, 2002, p. 99 ss.; T. PADOVANI, *Commento alla l. 16 luglio 1997, n. 234*, cit., p. 744 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 240 ss.

³⁶ Per la ricostruzione dell'iter parlamentare di approvazione della legge n.234 del 1997 e sui progetti di riforma avanzati in precedenza, cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma*, cit., p. 1202 ss., nonché A. CHIZZONITI, *Abuso d'ufficio. Il Senato volta pagina*, in *Queste istituzioni*, XXV, 1997, p. 95 ss.

³⁷ Cfr. l'intervento dell'on. Marotta, in *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di A.A. DALIA, in AA.VV., *Modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento*, Milano, 1997, p. 325: "Uno dei motivi che ci hanno indotto ad aderire alla proposta di modifica dell'art. 323 del codice penale era quello di evitare che il giudice penale potesse sottoporre a controllo l'attività discrezionale della pubblica amministrazione [...] si è voluta, cioè, ribadire l'esclusione della possibilità che il giudice penale sottoponga ad esame l'eccesso di potere, per evitare che possa invadere il campo della pubblica amministrazione".

³⁸ L'uso legittimo della discrezionalità presuppone la razionalità della scelta, e la scelta è in accordo con la ragionevolezza che costituisce un limite interno della discrezionalità-se è conforme allo scopo dell'atto. Sul concetto di discrezionalità, cfr. G. BARONE, voce *Discrezionalità*, I, *Diritto Amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 165; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

legge nel rispetto del suo contenuto formale), assumendo il vizio di violazione di legge come unico o assorbente parametro di riferimento del sindacato di legittimità.

Senonchè, la violazione di legge, quale vizio tipico dell'atto amministrativo, ha una portata molto ampia (comprende ad esempio le mere irregolarità, attinenti al soggetto, al contenuto, alla forma, al procedimento)³⁹, e finisce per identificare l'abuso penalmente rilevante con un concetto di illegittimità meramente formale, incapace di esprimere, sotto il profilo sostanziale, il disvalore del fatto⁴⁰. Sicchè, una volta intesa la violazione di legge come vizio residuale dell'atto, con la riforma del '97, non solo non vi sarebbe stata l'auspicata drastica riduzione dell'area della tipicità; la nuova formulazione, paradossalmente, secondo un'eterogenesi dei fini che genera effetti non previsti e non desiderati dall'autore, avrebbe dilatato il campo della rilevanza penale entro confini forse più estesi di quelli consentiti dall'utilizzazione del vizio di eccesso di potere. D'altra parte, un atto che il p.u. pone in essere nel rispetto della legge, quindi formalmente o apparentemente legittimo sul piano amministrativo, talvolta sottintende una insidia al corretto funzionamento della p.a., e rappresenta la migliore copertura di un "abuso", patrimoniale o meno che sia. Perciò, **l'ampliamento dei margini di controllo del giudice penale alla verifica dell'eccesso di potere** consente di punire le condotte più insidiose, che si realizzano nel rispetto dei requisiti formali della norma. Sicchè, in definitiva, la nuova formula, ponendo la violazione di legge (in senso stretto) quale presupposto dell'abuso punibile, da un lato apre il varco a possibili lacune di tutela, lasciando impuniti i comportamenti più gravi posti in essere dagli agenti pubblici attraverso l'uso distorto della discrezionalità amministrativa⁴¹, dall'altro rischia di far leva su un concetto di illegittimità meramente formale identificabile con la mera irregolarità, pervenendo in tal modo a soluzioni addirittura più formalistiche di quelle prima adottate dalla giurisprudenza⁴². Per cui, in definitiva, l'attuale formula legislativa, nel suo tenore letterale-conforme, del resto, alla volontà dichiarata dal legislatore nel corso dei lavori parlamentari⁴³, oscilla tra mancanza di tassatività ed eccessiva limitatezza⁴⁴.

³⁹ Il vizio di violazione di legge, a differenza dell'eccesso di potere, che è da ricondurre ad una violazione di legge in senso ampio, è intesa come vizio residuale, e si verifica quando vi sia una violazione puntuale delle norme giuridiche che disciplinano l'atto. E' questo l'orientamento della prevalente dottrina pubblicistica contestato però da alcuni autori: P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 135; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 585. Cfr. sul punto C. BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 87 ss.

⁴⁰ Fa giustamente rilevare che con la nuova norma si è passati dalla logica dell'abuso di potere a quella della violazione del dovere, G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 1634, n. 805.

⁴¹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 242; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., p. 336 ss.

⁴² Nel senso che l'ambito di previsione del nuovo abuso di ufficio potrebbe addirittura essere più esteso di quello della fattispecie precedente, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, n. 4, p. 910, nota 84.

⁴³ Cfr. Resoconto stenografico dei lavori della Camera dei deputati, Seduta n. 180 del 15 aprile 1997. Come affermato testualmente dall'on. Marotta nell'intervento alla Camera dei deputati del 15 aprile 1997, in *Resoconto stenografico dei lavori della Camera dei deputati, Seduta n. 180 del 15 aprile 1997*: "...i vizi di legittimità dell'atto sono tre, secondo la triplice tradizionale ripartizione: incompetenza, violazione di legge ed

Tuttavia, se diamo scarso rilievo e tanto meno rilievo decisivo alla volontà (subbiettiva) del legislatore storico, e attribuiamo rilievo, questo sì decisivo, al testo della legge, così come esso obbiettivamente è, non è azzardata l'idea che si tratti soltanto di una diversità di formulazione linguistica e che nulla è cambiato rispetto al passato. Dobbiamo concludere cioè, malgrado qualche opinione contraria in dottrina, che l'obbiettivo che ha voluto perseguire la riforma del '97 di escludere dall'ambito normativo condotte viziate da eccesso di potere e di limitare il sindacato penale all'attività vincolata della pubblica amministrazione, sottraendo ad esso il controllo sugli atti tipicamente discrezionali, questo obbiiettivo non è stato centrato⁴⁵. E, dunque, che il nucleo dell'abuso di ufficio, la sua *ratio essendi* esclusiva, il più persistente e il più duraturo dei caratteri essenziali della fattispecie, resta ancora quello che era all'inizio: la strumentalizzazione per finalità extraistituzionali, ossia fatti di doloso e arbitrario sviamento di potere. La locuzione "violazione di norme di legge", contenuta nel novellato art. 323 c.p., infatti, può essere interpretata, anziché come violazione di legge *in senso stretto* (come *species*), come violazione di legge *in senso lato* (come *genus*), in grado di ricomprendere ogni possibile vizio dell'atto e, quindi, anche quello dell'eccesso di potere: essa, cioè, può riguardare anche l'elemento teleologico della norma⁴⁶, ed essere valutata sotto il profilo finalistico⁴⁷. Frustrare le finalità di una disposizione legislativa, è già violazione di legge⁴⁸.

eccesso di potere. Il Legislatore ha voluto escludere l'eccesso di potere, menzionando i primi due...Questo è uno degli scopi che hanno indotto il nuovo Legislatore a rivedere e modificare questa norma"

⁴⁴ Così, ad es., A. MANNA, *Abuso*, cit. p. 29 ss., il quale ha parlato di una autentica "sterilizzazione" della fattispecie.

⁴⁵ C'è chi dubita che il legislatore storico abbia davvero voluto escludere l'eccesso di potere: ad es. A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 1, p. 107; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, I, Milano, 1997, p. 52. Cfr. anche Cass., sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Studium Juris*, 1998, 1389; ID., in *Guida al dir.*, con commento di O. FORLENZA, *La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere formale*; Cass. 10 novembre 1997, Marconi, in *Cass. Pen.*, 1999, 497.

⁴⁶ Nel senso che la violazione di legge agli effetti della disciplina di cui all'art. 323 c.p. non coincide con il vizio di violazione di legge di cui all'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. l. C.d.s.), cfr. Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, Tosches, cit., p. 2333. In dottrina, cfr. M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla 'violazione di norme di legge' nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)* ed in *Foro it.*, 1998, II, p. 258, con nota di A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*; ID., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p. 276 ss.; A. ALBAMONTE, *Dal teorema della disapplicazione degli atti amministrativi alla novella n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia illegittima*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 645; E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 261 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, t. I, I delitti dei pubblici ufficiali*, 2001, p. 552 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema*, cit., p. 106; ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 240 ss.; C. PINELLI *Profili costituzionalistici del reato di abuso di ufficio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1095; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 1253; P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 2110. Per una coincidenza tra violazione di norme di legge e violazione di legge, cfr. CAMAIONI, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, collana diretta da Giarda-Spangher-Tonini, 1998, p. 49 ss.; LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., p. 23 ss.

⁴⁷ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti Problematici*, cit., 91 ss.

⁴⁸ Nel senso che la illegittimità, intesa come violazione di qualunque norma che disciplini lo schema tipico del provvedimento, era detta inizialmente "violazione di legge", cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 1993, p. 312. Analogamente P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, 2001, p. 12 ss., per i quali tutti e tre i vizi di legittimità rientrano nella violazione di legge.

L'abuso penalmente rilevante, anche nella formulazione attuale, è dunque ontologicamente legato all'eccesso o sviamento di potere, e alla possibilità di un controllo su di esso da parte del giudice penale⁴⁹. In tal caso, il giudice penale non valuta se l'atto abbia raggiunto nel modo migliore il fine pubblico che la legge gli assegna, ovvero se una diversa scelta sarebbe stata, a suo parere, più conveniente e idonea (questo sarebbe un entrare nel merito dell'atto); rileva che il potere discrezionale non è stato affatto esercitato, che il funzionario ha violato le regole che lo disciplinano, i limiti entro i quali poteva legittimamente esercitarlo. Il pubblico funzionario, in effetti, non è chiamato a rispondere della violazione di legge in sé (anche se si tratti della violazione di una norma legislativa o regolamentare precisa e dettagliata, cioè specificamente mirata ad inibire o prescrivere la condotta del soggetto pubblico)⁵⁰: è lo sviamento di potere-l'esercizio di un potere che contrasta con il fine e la giustificazione dell'atto, il nucleo essenziale di ogni possibile abuso penalmente apprezzabile⁵¹. Questa (tradizionale) ricostruzione della condotta di abuso, come abuso funzionale, come distanza tra fini normativamente predisposti e fini realmente conseguiti, continua a essere recepita, nella sostanza, nell'ultima formulazione del reato. A ben vedere, perciò, fino ad oggi, la formula che pone dei confini più definiti all'illecito penale, e sembra più idonea a tipizzare adeguatamente il disvalore sostanziale dell'abuso, evitando di incentrarlo in via esclusiva sulla illegalità formale

⁴⁹ Nel senso che l'abuso di potere in un atto discrezionale si traduce sempre in un atto viziato da eccesso di potere, in quanto l'abuso di potere in un atto discrezionale comporta sempre uno sviamento di potere dalla causa tipica dell'atto, cfr. A. PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 244.

⁵⁰ Non interessa qui tanto puntualizzare i confini formali e contenutistici delle "norme di legge" nella cui violazione si sostanzia l'abuso penalmente rilevante: compito, questo, la cui urgenza è stata peraltro immediatamente avvertita in dottrina, la quale ha messo in rilievo che, avendo la 'norma di legge' il compito di specificare e di chiarire la parte precettiva dell'art. 323, indicando il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio deve tenere od omettere, la stessa dovrà presentarsi formulata in modo tale da rispettare i parametri di determinatezza, tassatività e precisione propri di una vera e propria disposizione penale, pertanto dovrà essere contenutisticamente conforme ad un autentico precetto, non potendo essere caratterizzata da un *minus* di precisione rispetto ai normali canoni di strutturazione interna dello stesso (cfr., ad es., G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol I, cit., p. 246 ss; G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio*, cit., p. 1634; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 240 ss.; SEMINARA, *Il nuovo delitto*, cit., p. 1252 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in Cass. pen., 1998, p. 2332 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge"*, cit., p. 258 ss; interessa, piuttosto, sottolineare la non sovrapponibilità della locuzione "violazione di legge", adottata dall'art. 323 per indicare il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico esercizio deve tenere od omettere, con il vizio di violazione di legge dell'atto amministrativo: interessa insomma sottolineare che la condotta posta in essere "in violazione di norme di legge o di regolamento" non equivale, di per sé, all'esercizio arbitrario e strumentale dei poteri, non assume un valore sostanziale sul piano degli interessi protetti, altrimenti ogni atto amministrativo illegittimo per violazione di legge integrerebbe gli estremi dell'abuso punibile, laddove, invece, un provvedimento che appare viziato per contrasto con una norma potrebbe essere valutato positivamente per avere osservato i principi di efficienza ed economicità.

⁵¹ Cfr., in tal senso, T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 90.

dell'atto⁵², è proprio la storica dizione di “abuso d'ufficio”⁵³, inteso come esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, come uso strumentale della funzione pubblica; ossia, appunto, come eccesso o sviamento di potere, che la dottrina ha sempre considerato il nucleo essenziale dell'abuso punibile, incentrandone l'essenza nell'uso distorto dei pubblici poteri, o arbitrario non uso. Di essa ne è rimasta traccia solo nella rubrica, quale mero *nomen iuris*, malgrado si tratti di un elemento che riveste una evidente e persino dirompente rilevanza interpretativa.

9. Abuso d'ufficio e merito amministrativo: aspetti problematici del sindacato in relazione alla discrezionalità amministrativa.

In questo pur ampio panorama, l'aspetto che è rimasto più in ombra o, comunque, quello meno approfondito, è indubbiamente dato dal problema del merito amministrativo, inteso sia come spazio non sindacabile sia come preclusione all'esercizio di poteri di amministrazione attiva, e la cui nozione non è una nozione giuridica di diritto positivo, ma una nozione dogmatica e di teoria generale, risultando la sua costruzione dall'elaborazione congiunta di dottrina e di giurisprudenza⁵⁴. Qui ci spostiamo dal terreno delle legittimità a qualcosa di indefinito, a un terreno davvero scivoloso. Ridotto in modo estremamente succinto, che naturalmente non dà minimamente conto della complessità del problema, si può dire che al momento il quadro dottrinale propende a configurare il merito amministrativo come sfera di attività non soggetta alla legge, e quindi sottratta, per questo, al sindacato dei giudici, ordinari e amministrativi: un ambito nel quale non vi è giurisdizione, salvo i casi eccezionali di giurisdizione di merito.

In quanto non soggetto alla legge, il processo decisionale dell'amministrazione si ispira a criteri di equità, o di imparzialità, o di giustizia, e culmina in una scelta che, tra più soluzioni legittime, tutte ragionevoli, è ritenuta più opportuna. Esser l'atto viziato nel merito, vuol dire perciò che non è illegittimo: non è affetto né da incompetenza, né da violazione di legge, né da eccesso di potere. Nell'ottica del diritto amministrativo, non si tratta però di criteri a cui l'attività degli organi pubblici deve conformarsi per essere valida, perché le regole del merito oltrepassano e sovrastano la sfera del diritto. Esse costituiscono, perciò, limiti politici, non giuridici, limiti cioè che, non avendo forza di legge, vincolano solo sul piano politico il concreto esercizio del potere discrezionale, per cui ampi spazi di scelta sono affidati dalla legge

⁵² Nel senso che l'esclusione dell'eccesso di potere comporterebbe una ingiustificata restrizione dell'area del penalmente rilevante e che “enfaticamente in via esclusiva la legalità formale, il premio va al fariseo e la sanzione al pubblicano”, T. PADOVANI, *Commento*, cit., p. 747.

⁵³ Nel senso che il concetto di abuso di ufficio è l'unico comportamento che produce un vero e proprio abuso-strumentalizzazione dell'ufficio, cfr. I. CARACCIOLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 233.

⁵⁴ Sul concetto di merito amministrativo v. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3 ed., Padova, 1937, p. 37 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 53.

all'amministrazione, anche al prezzo di dover accettare soluzioni non ottimali, o insoddisfacenti, e perfino arbitrarie. L'insindacabilità del merito amministrativo implica, dunque, che non tutta l'attività dell'amministrazione è meramente "esecutrice" della legge, e soggetta a controllo di legalità. Per questo il merito va interpretato come opzione ideologica sul primato del potere esecutivo sugli altri poteri. Non a caso il potere esecutivo viene definito oggi potere amministrativo, e non più "esecutivo".

Il concetto di merito elaborato dalla dottrina amministrativa non è che un modo sintetico per indicare un aspetto di un particolare potere dell'amministrazione di deliberare nel modo che ritiene più opportuno per il pubblico bene, senza la prescrizione della legge, bensì sulla base dei criteri di equità, di giustizia, e di tutti quelli suggeriti dal pubblico interesse che la norma aveva affidato alla sua cura. Resta però il problema se, per il penalista, questo concetto di merito può ritenersi adeguato per tracciare il discrimine tra sfera d'intervento riservata all'amministrazione e discrezionalità soggetta a controllo giurisdizionale.

Secondo uno schema che dominerà tutta la storia del sindacato, il merito viene opposto alla legittimità, che sono poi i due requisiti dell'azione amministrativa indicati nell'art. 97 della Costituzione, ove la legalità e la buona amministrazione rappresentano i parametri cui deve ispirarsi l'operato della pubblica amministrazione.

Tuttavia si ha l'impressione che, almeno in campo penale, la divisione tra legittimità e merito è assai meno netta che in passato. All'abuso d'ufficio per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere (legittimità) non si contrappone più una zona insindacabile ben definita (merito). Tanto è vero che una parte della dottrina ha messo in guardia dall'irrigidire questa partizione e separazione, osservando che è proprio nella componente discrezionale dell'attività amministrativa che, di regola, si annida l'abuso di autorità. Insomma, la vecchia dicotomia tra legittimità e merito comincia a mostrare, sul terreno penale, più di un punto debole, dal momento che l'agire discrezionale si configura, per esempio, anche nell'ambito delle leggi, sicché pure la legittimità, al pari del merito, può essere in stretto rapporto con la discrezionalità. Probabilmente essa va corretta spostando l'obiettivo del problema dalla polarità legittimità-merito a quella discrezionalità sindacabile-discrezionalità non sindacabile, così da poterla rimodulare con strumenti concettuali diversi più adeguati alle esigenze proprie del diritto penale. Per cui c'è da chiedersi se, invece di avere un concetto uniforme di merito, abbiamo a che fare con un concetto che cambia a seconda dei punti di vista: quello del penalista e quello dell'amministrativista. E, quindi, se, rispetto alla bipartizione "legittimità-merito", la polarità "discrezionalità sindacabile-discrezionalità insindacabile" sia quella che meglio visualizza, perlomeno agli affetti penali, l'area soggetta a sindacato e l'area riservata all'amministrazione. Con la conseguenza che, rimpiazzata una polarità con un'altra, i problemi non sono né di legittimità né di merito, bensì di discrezionalità sindacabile-discrezionalità insindacabile, a seconda che si prestino o meno a univoca soluzione.

La questione, dunque, è se, agli effetti penali, debba assumersi una nozione autonoma di merito, e individuare al suo interno, da un lato, un ambito di

discrezionalità insindacabile, che presuppone l'attribuzione di uno spazio decisionale libero all'autorità amministrativa, in quanto la mancanza di criteri obbiettivi utilizzabili come parametro comporta un accertamento (inammissibile) tendente a sostituire l'apprezzamento opinabile dell'amministrazione con un altro apprezzamento parimenti opinabile del giudice; dall'altro un ambito regolato da regole certe e parametri oggettivi di giudizio, che, anziché comportare scelte squisitamente soggettive, e quindi la sostituzione di una valutazione soggettiva dell'amministrazione con altra propria, che non lo è di meno, rimanda a un valore di verità obbiettiva, consente certezze, per cui si è, in un certo senso, fuori da ogni discrezionalità, e non si pone alcuna esigenza di garantire e tutelare la funzione amministrativa dalle interferenze del giudice penale, che si muove in tal caso nei limiti e con gli effetti compatibili con lo spazio riservato alla discrezionalità dell'amministrazione. Dunque una quota di merito sindacabile, che, del resto, anche in campo amministrativo si è potenziato in questi ultimi anni nella direzione di un merito sempre più oggettivo e meno soggettivo⁵⁵.

Certo è una linea davvero sottile quella che separa i due ambiti. Del resto, nelle questioni giuridiche ci misuriamo sempre con il vago, siamo costantemente alle prese con problemi di confini. E' l'antico problema della vaghezza, l'antica e perenne incertezza dei nostri giudizi sui confini, che investe ovviamente non solo questioni logiche e metafisiche, morali e politiche, ma anche giuridiche. La difficoltà di stabilire confini, porre limiti, che, tuttavia, come avvertivano già Platone e Aristotele contro i Megarici (gli scopritori della vaghezza) non significa affatto rinuncia a separare ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, che non c'è torto né ragione, spiega probabilmente una certa attrattiva per la soluzione radicale della sottrazione del giudice penale a qualsiasi limite di sindacato, trasformando tale giudice in una specie di organo di controllo a tutto campo dell'attività amministrativa⁵⁶. Qualcuno si è spinto a dire che il problema del sindacato deve essere espulso dal dibattito penalistico, perché appare come estraneo e superfluo ai fini dell'accertamento penale che, per sua natura, non è passibile di limitazioni legali⁵⁷, ipotizzando così un potere di controllo assoluto da parte della magistratura, con conseguente assunzione di una posizione di totale preminenza rispetto al potere esecutivo⁵⁸. Per altri tale assunto appare in sostanziale

⁵⁵ Cfr., sul punto, A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi Capaccioli*, Milano, 1988, p. 603.

⁵⁶ Ritiene ad esempio che il problema della sindacabilità del merito sia irrilevante ai fini penali, L. CAPALDO, *Osservazioni sul reato di abuso generico di ufficio*, in *Riv. pen.*, 1969, II, p. 929.

⁵⁷ T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 88. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, 1979, p. 179 ss.; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 42, 1991, p.113 ss.; ID., *Giustizia penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 59, 1992, p. 174 ss.

⁵⁸ Nel senso che il sindacato del giudice penale possa estendersi pienamente anche al merito, cfr. R. VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1964, 1147 ss; ID., *Il sindacato del Giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 31 ss. e 44 ss.; F. MISIANI, *Il sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.* 1995, p. 186, il quale sostiene che il sindacato dell'atto, a differenza dalla "disapplicazione dell'atto", consente al giudice penale, dinanzi

antitesi con il principio democratico, in forza del quale è inammissibile che un potere essenzialmente tecnocratico, quale risulta essere quello giurisdizionale, immune da responsabilità politica, possa interferire in una sfera nella quale le scelte dei soggetti pubblici elettivi non possono essere ispirate che a criteri soggettivi. Una riserva di competenza a favore del potere esecutivo è un'esigenza che ha a che fare con la democrazia, con il circuito dell'indirizzo politico dal quale i giudici sono esclusi. Del resto, il carattere di pura e neutrale attività di realizzazione del diritto obbiettivo, che la Costituzione conferisce all'attività giurisdizionale, sembra un chiaro ostacolo alla commistione di giurisdizione e amministrazione, e configura una riserva di competenza a favore del potere esecutivo, un'area in cui esso è immune da controlli e censure del potere giudiziario. Un margine di libertà sarebbe quindi coesistente alla struttura stessa dell'attività discrezionale amministrativa e, più in generale, alla fisionomia costituzionale del potere esecutivo, cui è attribuito uno "spazio legittimo e custodito" di azione, nel quale ha il potere di operare autoritativamente ed autonomamente per la soddisfazione del bene comune.

Detto questo, occorre chiedersi se la pubblica amministrazione goda davvero di una immunità assoluta nell'esercizio dei poteri c. d. di merito, che finirebbe con l'assumere una funzione di copertura proprio degli abusi più gravi; in altre parole, se il merito amministrativo debba ridursi interamente ad ambito non regolato da regole certe, oppure se, come si accennava più sopra, sia possibile individuare una quota di merito collocabile nell'ambito della legalità o discrezionalità sindacabile (o se si vuole della legittimità), senza con questo spingersi oltre il tracciato garantista della distinzione tra il potere giudiziario e quello amministrativo; se, insomma, dentro i confini del merito vi siano materie rispetto alle quali sono possibili conoscenze e, dunque, soluzioni di problemi secondo parametri che, pur essendo diversi dalla legge, consentano la raffrontabilità dell'azione amministrativa a criteri oggettivi, dunque secondo regole non dipendenti da una valutazione meramente soggettiva.

Non mi nascondo che la risposta positiva a questa domanda, che sottende e implica la preferenza per la ricostruzione di un modello speciale di merito amministrativo aderente alla natura e alle caratteristiche dell'accertamento penale, può apparire ad alcuni particolarmente inquietante alla luce di quanto si è spesso denunciato circa il rischio di sconfinamento da parte della magistratura nell'attività amministrativa di diretta valutazione e propria solo dell'amministrazione. In realtà, le molte difficoltà che derivano dall'impiego di termini ambigui come "discrezionalità" e "merito" fanno sì che l'applicazione di tali criteri ai casi concreti lasci inevitabilmente ai magistrati uno spazio di cui essi ben possono servirsi per estendere i loro interventi e pronunciarsi su questioni che potrebbero coinvolgerli in affari appartenenti alla sfera di competenza di un altro potere dello Stato. Sicchè, in definitiva, sulla questione incide, in maniera decisiva, la cultura professionale dei giudici e, prima ancora, dei pubblici ministeri (un

ad un'ipotesi di strumentalizzazione di pubbliche funzioni per fini illeciti, di rilevare tutti i vizi di legittimità o di merito-dell'atto. In senso analogo, E. CANNADA-BARTOLI, *Ente pubblico e immunità: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in *Foro amm.*, 1967, 26.

tema che chiama in campo il problema del rapporto tra legislazione e prassi interpretative-applicative della giurisprudenza). In ultima analisi, solo un uso contenuto, appropriato, del sindacato da parte dei giudici e, in particolare, dei pubblici ministeri, può consentire di trovare il punto di equilibrio in situazioni in cui è possibile sbagliare per eccesso o per difetto e dunque assicurare il mantenimento di equilibrati rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo.