

QUESITI

ANTONELLA MERLI

Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma

Il reato di abuso d'ufficio non trova pace: introdotto per la prima volta nell'ordinamento dal codice penale Zanardelli, è alla quarta modifica (non l'ultima, a quanto pare). Il risultato dell'impulso semplificatorio che si è impadronito del legislatore d'urgenza – sottrazione dei casi di abuso collegati all'esercizio del potere discrezionale dall'abuso d'ufficio, restrizione del sindacato penale nello spazio stretto dell'attività vincolata, drastica riduzione delle fonti extrapenali del precetto penale – espone il reato al rischio di abrogazione sul piano applicativo. Oggetto del contributo, è il tentativo di riportare il testo legislativo alla “normalità” per via interpretativa, attribuendo rilevanza penale all'abusivo esercizio della discrezionalità amministrativa, e introducendo nell'area applicativa della nuova formulazione dell'art. 323 c.p. uno spazio di sindacabilità nelle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, assumendo il principio di ragionevolezza come parametro per delimitarne i confini. Senza trascurare il perdurante conflitto tra controllo penale di legalità e riserva di amministrazione, tra potere giudiziario e potere esecutivo, e l'impatto delle indebite ingerenze della magistratura nel merito amministrativo sui delicati equilibri politico-istituzionali tra i due poteri, di cui l'abuso d'ufficio si pone come osservatorio privilegiato.

Some reflections about the crime of abuse of office after the last reform

The abuse of office crime finds no peace: introduced for the first time in the legal system by the Zanardelli penal code, it is in its fourth amendment (apparently not the last). The result of the simplification impulse - removal of cases of abuse connected to the exercise of discretion from the abuse of office, restriction of the criminal union in the narrow space of the restricted activity, drastic reduction of extra-criminal sources - exposes the art. 323 to the risk of abrogation. The paper is focused on the attempt to bring the legislative text back to “normality” by interpretation, attributing criminal relevance to the abusive exercise of administrative discretion, assuming the principle of reasonableness as a parameter to define its boundaries. Without neglecting the continuing conflict between criminal control of legality and administrative reserve, between the judiciary and the executive power, and the impact of the undue interference of the judiciary on the administrative merits on the delicate political-institutional balance between the two powers for what the abuse of office represents a privileged observatory.

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte con la riforma. - 2. Le cause della c.d. burocrazia difensiva e le ragioni delle modifiche apportate alla riforma del '97. - 3. Le indebite ingerenze della giurisdizione penale nel merito amministrativo e le ricadute sul ruolo della magistratura nel sistema istituzionale. - 4. La congenita difficoltà di tipizzazione della fattispecie di abuso. - 5. L'esclusione dei regolamenti dalle fonti normative. La “specificità” della regola di condotta e “l'assenza di profili di discrezionalità”. - 6. La soppressione della discrezionalità amministrativa e del sindacato del giudice penale dall'area dell'abuso d'ufficio. - 7. Abuso di ufficio, eccesso di potere e discrezionalità amministrativa. - 8. Considerazioni conclusive. Il controllo del giudice penale sull'uso del potere discrezionale dei soggetti pubblici e l'abuso d'ufficio per abuso del potere discrezionale: il ruolo del principio di ragionevolezza.

1. *Le novità introdotte con la riforma.* Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. de-

creto-semplificazioni¹, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 ha per oggetto vari temi. Sul versante strettamente penalistico, contiene una revisione della fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323, comma 1, c.p.² La figura di reato, giunta alla sua terza ri-edizione³ (oltre ad una modifica con la l. 180/2012 concernente il trattamento sanzionatorio), è tornata all'attenzione del legislatore dopo l'esito ritenuto deludente della riforma introdotta dalla l. 16 luglio 1997, n. 234⁴, che pure aveva delimitato con un profondo intervento riformatore il testo introdotto dalla l. 26 aprile 1990, n. 86⁵ caratterizzato da evidente indeterminazione e per questo fortemente a rischio di dichiarazione di incostituzionalità⁶.

¹ Il decreto è stato pubblicato sulla G.U. n. 178 del 16 luglio 2020 - S.O. n. 24/L.

² Sulla necessità di una nuova formulazione dell'abuso d'ufficio, tra gli altri, ERRANI-FRANZESE, *Cantone: si deve limitare il reato di abuso d'ufficio*, 8 settembre 2017, in *Il Messaggero*. Cfr. la proposta di riforma c.d. Castaldo-Naddeo, in CASTALDO, *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico-finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2018, 89 ss.; NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in Castaldo (a cura di) *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 34.

³ Per un commento alla riforma, tra i primi contributi, PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, 28 luglio 2020, in www.giurisprudenzapenale.it; STORTONI, *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura, Salcuni, Pisa, 2020, 649 ss.; ROMANO, *La continua riforma dell'abuso d'ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, 28 luglio 2020, in *Il Penalista*; GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, 2 dicembre 2020, in www.sistemapenale.it; PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, 23 ottobre 2020, in www.laegislazionepenale.eu, 5 ss.; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, 29 luglio 2020, in www.sistemapenale.it, 138; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, 20 novembre 2020, ivi; COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, 18 giugno 2020, in www.archiviopenale.it, 13 ss.; NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma" - Sanzioni penali*, 24 ottobre 2020, in *GD*, 76 ss.; SINISCALCHI, *L'abuso di ufficio e le improbabili "semplificazioni"*, 9 luglio 2020, in *Il Mattino*.

⁴ Sull'abuso d'ufficio dopo la riforma del luglio 1997, cfr. tra gli altri, DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.* 2000, II, 140; GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. Pen.*, 2000, 353; MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 1201; ID., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004.

⁵ Per un commento alla riforma del 1990, cfr., tra gli altri, 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; GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 319; SEVERINO, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, 3 ss.

⁶ Sul fallimento dei precedenti interventi legislativi, cfr. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 2; MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, 17 dicembre 2020, in www.laegislazionepenale.eu, 2.

Il quadro della fattispecie appare nuovamente mutato e stavolta in modo veramente radicale. Il testo novellato segna infatti un netto distacco dalla formulazione precedente, una vera e propria frattura, anzi – vien fatto di dire – ambisce ad essere (ed è) un rovesciamento della formulazione della norma introdotta con la l. n. 234/1997, per quanto già allora abbiamo assistito ad una metamorfosi drastica dell'originario testo codicistico e a forti elementi di discontinuità rispetto alle stesse mutazioni (di più ampio respiro sistematico) della riforma del 1990.

Ancora una volta, come in occasione delle precedenti riforme, l'obiettivo politico-criminale della novella è quello di restringere l'area del penalmente rilevante definendo in modo più preciso la fattispecie legale. Ma – soprattutto – di porre un argine all'abnorme dimensione del sindacato penale per difendere amministratori e politici dalle lamentate interferenze dei magistrati sul merito delle scelte discrezionali.

Del precedente abuso d'ufficio sopravvive la condotta di mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. L'intervento normativo ha modificato la prima tipologia di condotta che ne esce radicalmente ridisegnata; resta invariato solo l'evento (l'ingiusto profitto patrimoniale per sé o per altri o il danno ingiusto altrui) e l'elemento soggettivo (il dolo intenzionale). Integrano la condotta del nuovo abuso d'ufficio le sole violazioni di leggi o di atti aventi forza di legge che prescrivono una regola di condotta espressa e specifica e priva di contenuto discrezionale. Sparisce la violazione di norme regolamentari, le quali non hanno "forza di legge" sia che si tratti di regolamento statale⁷ che adottato dagli enti territoriali⁸.

Nelle intenzioni del legislatore, salvo a vedere cosa accadrà nella prassi applicativa⁹, restano fuori dalle fonti rilevanti *ex art.* 323 c.p. le violazioni di norme generalissime o di principio (per esempio l'art. 97 Cost.) e, più in generale, le violazioni di norme di legge che prevedono una regola di condotta non vincolante, ovvero (secondo il testo letterale della norma) il cui contenuto lascia al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio «margini di discrezionalità»¹⁰. Di conseguenza la discrezionalità amministra-

⁷ Disciplinato dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400.

⁸ L'esercizio della potestà regolamentare degli enti locali è disciplinato dall'articolo 7 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁹ Così MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 5, ove con riferimento al principio di imparzialità, ad esempio, si osserva: «che il legislatore sia riuscito nel suo intento non è da scommetterci».

¹⁰ La condotta di violazione «di norme di legge e di regolamento» è sostituita da quella posta in

tiva, meglio, il cattivo o abnorme esercizio del potere discrezionale, è sottratto dalla riforma alla fattispecie di abuso d'ufficio e al sindacato penale. Rafforza questo intento l'obbiettivo del legislatore di escludere dall'area di operatività del reato l'abuso per eccesso di potere; una restrizione (ulteriore) della condotta tipica dell'attuale fattispecie di abuso che sovverte un principio ri-affermato di recente dalla giurisprudenza nell'interpretazione della norma di cui alla precedente riforma.

Come emergerà dall'esame del nuovo testo dell'art. 323 c.p., la riforma ha creato, all'interno della fattispecie, una sorta di schermi dentro cui ingabbiare la sua applicazione ridimensionando fortemente il perimetro dell'abuso punibile, in linea con l'obbiettivo di una radicale restrizione del controllo penale sull'operato dei pubblici amministratori. Se sia riuscito davvero nel suo intento, lo vedremo nei paragrafi che seguono.

2. *Le cause della c.d. burocrazia difensiva e le ragioni delle modifiche apportate alla riforma del '97.* Le ragioni della riforma sono invero molteplici, ma possono essere così sintetizzate. In primo luogo, la presa di coscienza anche a livello di opinione pubblica che il sindacato dei giudici penali sull'attività amministrativa incombe come costante "spada di Damocle" sul capo di funzionari e operatori pubblici. La convinzione di molti, non del tutto infondata, è che il c.d. "sciopero della firma", correlato direttamente al timore di un'incombente possibile responsabilità penale e ancor più per danno erariale¹¹, ha dato luogo a quella che, con espressione suggestiva e diffusa oramai nell'uso comune, viene definita "burocrazia o amministrazione difensiva"¹², una difesa indirizzata alla tutela di amministratori e politici

essere in violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

¹¹ La responsabilità erariale (o amministrativo-contabile) dei pubblici dipendenti – come opportunamente ricorda Gian Luigi Gatta – «è particolarmente temuta, a differenza della responsabilità disciplinare, raramente affermata, e della responsabilità penale, che ha spesso il volto di una tigre di carta, scontando elevati tassi di ineffettività in buona parte imputabili alla mannaia della prescrizione del reato»: GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, 17 luglio 2020, in www.sistemapenale.it. La riforma l'ha ancorata, per le condotte attive, ancorché in via temporanea, ai casi di dolo, con esclusione della responsabilità per colpa grave. Da un'altra parte di questo messaggio, osserva Gatta (*ivi*), dove si afferma che con la nuova normativa ci saranno «più rischi per il funzionario che tiene fermi procedimenti e opere, non per quello che li sblocca», emerge un invito lanciato ai funzionari e operatori pubblici «a 'fare', anche superficialmente e maldestramente, piuttosto che a 'non fare', rischiando di risponderne».

¹² Sul tema, cfr. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure con-*

rispetto ai rischi derivanti dall'assunzione di decisioni (c.d. rischi della "firma"), con conseguenti rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa e politico-amministrativa. Anzi, amplificando in maniera esponenziale il fenomeno, s'è detto che la c.d. "sindrome della firma" avrebbe finito per *paralizzare* l'operatività della macchina burocratica¹³, imbrigliando il Paese nell'*immobilismo*¹⁴.

Quanto ai rapporti (di fatto) tra giurisdizione e legislazione, e tra potere giudiziario e potere esecutivo, c'è, da un lato, il tentativo della politica di limitare gli sconfinamenti del giudice penale nel merito amministrativo riducendo in misura estrema l'area dell'abuso d'ufficio (due piani che, ad avviso del legislatore, s'intrecciano e si condizionano)¹⁵ e, dall'altro, l'obiettivo dell'amministrazione di difendere i confini del proprio territorio per stare al riparo dalle arbitrarie ingerenze degli interventi giudiziari nella discrezionalità amministrativa.

Tuttavia, la riduzione dell'area dell'abuso d'ufficio alla sola attività vincolata, e il rifiuto generalizzato e indiscriminato di ogni controllo sugli atti amministrativi discrezionali, che segna un decisivo cambio di passo rispetto alle precedenti riforme, è una reazione irragionevolmente sproporzionata, il risultato di un impulso semplificatorio che si è impadronito del legislatore d'urgenza. Sconcerta, e non poco, fra l'altro, l'impressione che si passi «dal volto feroce della legge 'spazza-corrotti'» al «più mite e comprensivo decreto-semplificazioni», cioè «da un eccesso – di *penalizzazione* – [...] a un altro – di *depenalizzazione*»¹⁶.

Eppure, fin dall'inizio, il progetto di riforma aveva incontrato molti ostacoli all'interno delle stesse forze di maggioranza, politicamente molto distanti tra loro. Senonché, ben presto, la maggioranza di governo è giunta, compatta, all'approvazione del decreto-legge e della legge di conversione. Non per convinzione, per mero opportunismo politico. Per evitare una crisi e lo

trattuali, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 35 ss.; MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018, 148; CLARICH-MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, 22 maggio 2020, in *Il Sole 24Ore*. In prospettiva penalistica, MANES, *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm"*, 15 luglio 2020, in www.illòglio.it; SEVERINO, *La burocrazia difensiva*, 30 maggio 2020, in *La Repubblica*; FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?* in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 108 ss.

¹³ BOERI, 20 luglio 2020, in *La Repubblica*.

¹⁴ PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, 14 giugno 2020, in *La stampa*.

¹⁵ Non è così, come vedremo (*infra*, par. 6).

¹⁶ GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 2.

scioglimento anticipato del Parlamento. Complice la “semplicità” delle soluzioni proposte, adottate senza una chiara logica se non quella di sciogliere normativamente il legame tra abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa, “depenalizzando” una delle preesistenti (e prevalenti) modalità di condotta previste dalla norma incriminatrice.

La (anomala) *voluntas legis* di confinare il sindacato penale nello spazio stretto dell’attività vincolata, e di escludere da ogni forma di controllo le valutazioni discrezionali dei soggetti che agiscono nello svolgimento delle funzioni o del servizio, rappresenta l’esito della storica tendenza del potere legislativo a restringere i poteri di sindacato dell’autorità giudiziaria. Dunque, è una tendenza risalente. Accentuata però, fino all’estremo, da quest’ultima riforma, che pone barriere e ostacoli al controllo penale dell’operato discrezionale (anche arbitrario) di funzionari ed amministratori pubblici, mostrando, nel contempo, il livello a cui è giunto lo spirito di diffidenza e di risentimento della politica verso i giudici. Un ingenuo e acritico approccio a una questione affrontata superficialmente e sbrigativamente data per risolta, nella convinzione (e illusione) che la riduzione del sindacato all’attività vincolata sia un modo facile per risolvere un problema complesso che, come vedremo, è la ricerca di un limite, non la cancellazione del controllo sulla discrezionalità.

Non si sfugge alla sensazione che l’esclusione *in toto* del controllo penale, in relazione all’esercizio discrezionale dell’attività amministrativa, non sia soltanto frutto di improvvisazione e superficialità (a levarsi contro questa distorsione sono state molte voci)¹⁷, ma espressione di una scelta di politica criminale appositamente radicalizzata, e perfettamente coerente, con lo scopo di garantire all’amministrazione libertà assoluta da vincoli giuridici, in antagonismo col principio costituzionale del controllo reciproco tra i diversi poteri dello Stato¹⁸. Una bizzarra che, da un lato, ha come effetto di “depenalizzare”, nei fatti, l’abuso d’ufficio¹⁹ e, dall’altro, di incentivare l’insofferenza latente di funzionari e operatori pubblici per qualsiasi intro-

¹⁷ V. *infra*, par. 6.

¹⁸ È di questa opinione PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in Romano (a cura di), *Il “nuovo abuso di ufficio*, Pisa, 2021, 124, il quale osserva che la soppressione dalle fonti normative dei regolamenti è in linea con il ‘vero’ intento del legislatore che «perseguiva in realtà l’obiettivo di rendere immune l’agente pubblico».

¹⁹ Nel senso che «la contrazione della condotta ha come effetto di ridurre a tal punto l’ambito di applicazione della fattispecie da tradursi nella sostanziale abrogazione dell’art. 323 che già la riforma del 1997 aveva significativamente delimitato», PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in Bartoli-Pelissero-Seminara (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 518.

missione esterna, quella penale in particolare, rafforzata da un messaggio di rassicurazione del legislatore d'urgenza nel cui contenuto implicito c'è un insieme di simbologia e di (pretese) scelte strategiche, per fermare lo "strapotere" dei giudici, e dei pubblici ministeri in particolare. Il Presidente del Consiglio lo ha sintetizzato con un annuncio nel corso di una conferenza stampa tenuta subito dopo l'approvazione del decreto-semplificazioni per spiegare le ragioni della novella: «basta paura», con la riforma dell'abuso d'ufficio «stop alla paura della firma»²⁰. Da qui il sospetto, neanche tanto velato, che agli autori della novella nell'incalzare dell'emergenza Covid-19 importasse più il valore simbolico che il contenuto della nuova normativa²¹. Che, come vedremo più avanti, resta in buona parte una innovazione legislativa solo retorica – peggio, che ha reso la fattispecie legale di abuso attualmente vigente «una fattispecie depotenziata [...] che non ha senso mantenere in vita»²².

Un'altra motivazione che ha portato il legislatore del 2020 a ridisegnare i confini del nuovo abuso d'ufficio è costituita dall'esigenza (affrontata con scarsi risultati, come si vedrà) di un più puntuale rispetto dei principi costituzionali di determinatezza e di tassatività della fattispecie incriminatrice.

La ricerca di una più corretta definizione della condotta tipica è un'idea che periodicamente ritorna nelle paranoie del legislatore (cioè della politica)²³. Nella «tormentata storia normativa» dell'abuso d'ufficio²⁴, lo abbiamo ricordato, si è assistito per ben tre volte, a partire dal testo originario del 1930, ad una metamorfosi radicale della fattispecie di abuso sempre allo scopo di circoscrivere l'area del penalmente rilevante e di limitare le ingerenze giudiziali.

Ma la (presunta) mancanza nella fattispecie novellata di una cornice legale "specificata" lamentata ancora una volta dal legislatore in occasione

²⁰ Cfr. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 3.

²¹ È ben noto che la storia del diritto penale, più di altri settori dell'ordinamento, è fatta (e soffre) di momenti simbolici ricorrendo allo strumento penale al fine (simbolico, appunto) di offrire alla pubblica opinione un messaggio rassicurante sulla volontà del legislatore (e quindi della politica) di contrastare con pene severe questo o quel fenomeno sociale, avvertito come gravemente dannoso per la collettività. Con la riforma del 2020 abbiamo vissuto uno di tali momenti simbolici, ma per dare un segnale in senso opposto.

²² Così MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 16.

²³ Per analogo rilievo, FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, 24 giugno 2020, in *Il Foglio*, 1: «La tentazione di riformare precedenti riforme, che come una coazione a ripetere rivela e comprova la grave e persistente nevrosi politica italiana, riemerge ciclicamente appunto anche rispetto a questo controverso reato».

²⁴ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, 2019, Milano, 350.

dell'attuale riforma non é – perlomeno sotto l'aspetto della eccessiva dilatazione del sindacato penale – il cuore del problema. Per due motivi.

Il primo è che quel testo era largamente condivisibile. È vero: si era radicata, presso alcuni, l'idea che la nuova formulazione dell'articolo 323 c.p. introdotta dalla legge n. 234/1997 manifestasse un *deficit* notevolissimo di specificità²⁵. Fino al punto che si è arrivati ad affermare che, rendendo difficile ai suoi destinatari trovare il giusto orientamento, «sparge il terrore anche tra amministratori locali e dirigenti pubblici ispirati dalle migliori intenzioni»²⁶.

Tuttavia a differenza della formulazione del reato di cui alla discussa disposizione risalente alla legge n. 86 del 1990²⁷ che, per opinione pressoché unanime, non era in grado di assicurare alla fattispecie un sufficiente margine di determinatezza²⁸, sollevando un serio sospetto di illegittimità costituzionale per incompatibilità con il principio di tassatività di cui all'articolo 25 Cost.²⁹, il testo rimodellato dalle modifiche apportate dalla riforma varata nel 1997 attenuava non di poco i problemi di genericità della fattispecie. Con la nuova norma, infatti, con la quale peraltro la fattispecie incriminatrice da reato a consumazione anticipata e a dolo specifico è diventato reato di evento, l'ambiguo e non meglio precisato concetto di “abuso d'ufficio” (su cui era incentrato il vecchio «abuso innominato di ufficio» contenuto nel codice Rocco, ancora presente nella formulazione del 1990 dal quale dipendeva la illiceità della condotta, e nella quale rientrava tendenzialmente la generica “strumentalizzazione” dei poteri inerenti la funzione dell'ufficio o il pubblico servizio)³⁰ fu sostituito con «violazione di legge o di regolamento»: una formula descrittiva che ne svolge il contenuto, preve-

²⁵ Sulla riforma del 1997, cfr. LI VECCHI, *Art. 323 c.p.: una norma ancora in cerca di una sua identità*, in *Riv. Pen.*, 1998, 132, e, più di recente, PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, cit., 13 ss.

²⁶ BOERI-PEROTTI, in *La Repubblica del 6 luglio 2020*.

²⁷ Sul ribaltamento del ruolo della fattispecie in esame operato dalla riforma del '90, cfr. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991, I, 79 ss. Sui diversi progetti di riforma, cfr. 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, 1202 ss.

²⁸ Così, tra gli altri, GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola e Zagrebelsky, Torino, 1996, 269.

²⁹ Cfr., tra le altre, l'ordinanza di rimessione alla Corte del Tribunale di Milano, 21 giugno 1996, Crusco, rimasta senza esito a causa del sopravvenire della novella.

³⁰ Sul «proliferare di pronunce giudiziarie spesso fra di loro contraddittorie e frutto di un mero intuizionismo piuttosto che di un'analisi approfondita dei dati normativi», RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in Grosso-Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, 2015, 348.

dendo specifiche modalità di realizzazione del fatto punibile. Sì che con riferimento ad essa sarebbero dovute venir meno le censure di scarsa tipizzazione della fattispecie³¹.

Credo che non si potesse fare di più. E, se il legislatore ha ottenuto il massimo del possibile, deve fermarsi. Diversamente, il rischio è di rendere la fattispecie ancora più indeterminata³². Perciò sarebbe stato meglio mantenere inalterata la precedente formulazione della norma. Lo prova il fatto che, secondo un'eterogenesi dei fini, l'esito della riforma avvolge l'abuso d'ufficio di una evanescenza ancora maggiore che in passato. Infatti, le due formule contenute nell'enigmatico testo riscritto dal legislatore del 2020, attinenti rispettivamente al carattere di «specificità» della legge o dell'atto avente forza di legge e alla violazione di «regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità», rendono i confini della nuova fattispecie del tutto indefiniti, dai contorni imprecisati, sollevando prevedibilmente controversie interpretative destinate a superare quelle che avevano caratterizzato l'esperienza applicativa della vecchia normativa.

Il secondo motivo per cui non convince la tesi che il fallimento della riforma del '97 sia da attribuire al *deficit* di tipicità della fattispecie, consiste nel fatto che non è un eccesso di genericità dell'abuso punibile, nè l'incertezza dei confini tra lecito e illecito, che si traduce in indebiti sconfinamenti della magistratura in campi di materia riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione. Il processo è ai giudici, e soprattutto ai magistrati di alcuni settori della magistratura inquirente. Ai quali, evidentemente, sono sembrati (e sembrano) troppo angusti i margini entro cui deve muoversi il sindacato del giudice penale (sul punto, ci fermeremo più avanti).

In conclusione, è assai dubbio che la nuova (e qualsiasi altra) modifica della fattispecie di abuso riesca davvero a sottrarre l'azione amministrativa alle spericolate intrusioni della magistratura. In realtà le ingerenze dei giudici nel merito delle scelte amministrative è un tema che chiama in campo il problema del rapporto tra legislazione e prassi interpretative-applicative.

³¹ Così, tra gli altri, APRILE, *Una riforma in controtendenza: l'abuso di ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, Torino, 2020, e già prima PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 76; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 240 ss.

³² Così PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8, il quale osserva che: «Inesausto, il legislatore ribatte tuttavia lo stesso chiodo impiantato nel 1997 e, dichiarando l'intento di meglio precisare e definire il contenuto della fattispecie, la snatura e la trasforma - come si vedrà - in un irrocervo dalle fattezze mostruose». Sul punto, v. anche GATTA, *Da "spazza-corruttori" a "basta paura"*, cit., 3.

Quanto al rapporto tra sindacato del giudice penale e requisiti di fattispecie, non va trascurato un tratto tipico del reato di abuso d'ufficio (non solo, però, perché esso riguarda tutte le norme del Titolo II del Libro II c.p. che puniscono attività di natura discrezionale)³³: l'intreccio tra profilo sostanziale (lo spazio di operatività della norma) e quello processuale (la misura del sindacato del giudice penale). Due aspetti differenti ma affini, paralleli e connessi, che si influenzano reciprocamente in modo costante: l'espansione dell'uno implica l'ampliamento dell'altro, e viceversa. L'intreccio è particolarmente stringente nell'area della discrezionalità amministrativa che gravita ad un tempo sul versante sostanziale e su quello processuale.

Tuttavia, è la misura del sindacato in conformità al principio della divisione dei poteri che circoscrive l'area dell'abuso punibile, non viceversa. Questo ci fa comprendere la superficialità dell'argomento che, disegnando in modo più adeguato la fattispecie, si delimita il campo del sindacato penale e si contiene l'invasione dei giudici. Lo dimostra il fatto che – comunque formulata – essa non ha avuto l'effetto di indebolire, nella fase applicativa, il potere di controllo esercitato dal giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa³⁴.

Certo, l'indeterminatezza ed elasticità della fattispecie offre più spazio a letture giurisprudenziali estensive, e quindi a possibili abusive "ingerenze" dei magistrati nel merito amministrativo. Tuttavia, pur ammesso che la condotta di abuso d'ufficio nella sua innovativa formulazione introdotta dall'attuale riforma è più completa e definita, è vano sperare – semplificando oltre misura una materia complessa – che la descrizione del fatto punibile con una (supposta) maggiore precisione definisca con chiarezza il confine costituzionale che separa il potere di controllo giudiziale dall'autonomia dell'amministrazione. Alle intrusioni improprie della magistratura, nel campo della discrezionalità amministrativa, nessun legislatore potrà mai porvi riparo. Né, tanto meno, la riforma in commento. Perché, se non può prevedersi con certezza, non è escluso che, nella prassi applicativa, la giurispru-

³³ Ad esempio, l'art. 319 c.p., come pure l'art. 328 c.p. di cui appare però controversa la sua applicabilità agli atti discrezionali (cfr., sul punto, MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 14).

³⁴ Che non sia risolutivo il fatto che la fattispecie non sia ben definita è opinione, tra gli altri, di un attento osservatore il quale dopo la riforma del '97 faceva rilevare come «credere [...] di trovare la soluzione del problema nella sola corretta individuazione della condotta tipica punibile, costituisce un approccio alla tematica in esame sotto alcuni profili ingenuo e sotto altri fuorviante», TANDA, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1990, II, 48 ss.

denza riconduca il testo della norma, benché (apparentemente) totalmente disancorato a quello novellato, «in direzione opposta, creando ‘un diritto vivente’ analogo al precedente»³⁵. Che, cioè, con una sofisticata lettura del dettato normativo, la giurisprudenza, recuperando quella pregressa, persista nel collegare la condotta tipica agli atti e alle attività di natura discrezionale, ampliando (si spera nella giusta misura) la portata e l’ambito applicativo del nuovo abuso d’ufficio³⁶. Come sembra auspicabile, visto che il testo attuale, per le ragioni già illustrate, comporta una eccessiva selezione delle condotte punibili.

Tornando in termini più generali al tema del sindacato, si comprende a questo punto – dovrebb’esser chiaro – che il conflitto tra controllo di legalità e autonomia della sfera decisionale pubblica è un tema che non attinge (almeno, a livello teorico) ai rapporti tra *giurisdizione e legislazione*. Ragione per cui è illusorio che sia risolto per legge, ad esempio (ne abbiamo appena parlato), riducendo fortemente l’area di punibilità dell’abuso d’ufficio. Anche perché è assai difficile negare che il dichiarato obbiettivo del legislatore di ridurne la portata è destinato ancora una volta al fallimento. A dimostrarlo, se non altro, sta il fatto che si è giunti alla quarta versione della figura di reato rispetto a quella originaria del codice Rocco (e la quinta dalla prima disposizione normativa, l’art.175 del codice Zanardelli del 1889, con cui il nostro sistema giuridico ha regolato la figura in esame)³⁷ e «ci ritroviamo (apparentemente immemori) sempre allo stesso punto di partenza»³⁸.

3. *Le indebite ingerenze della giurisdizione penale nel merito amministrativo e le ricadute sul ruolo della magistratura nel sistema istituzionale*. Nello Stato moderno di diritto, come sappiamo, il potere esecutivo non è più privo di limiti e sciolto da vincoli giuridici ma sottoposto da parte dei giudici

³⁵ GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 162. Una eventualità messa in conto da Fiancada (FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell’abuso d’ufficio?*, in *Quest. giust.*, 1996, 320), con riferimento alla riforma del ’90, il quale richiamava l’attenzione sul fatto che «il persistere di una cultura giurisprudenziale iper-penalistica, favorevole a sfruttare tutti gli spazi del controllo penale [può continuare] anche in futuro a rinnegare o sabotare eventuali modifiche testuali della norma incriminatrice ispirate a intenti delimitativi dell’area della punibilità dell’abuso».

³⁶ Auspicava che il Parlamento convertisse il decreto-legge con emendamenti «volti a ri-ampliare la portata applicativa dell’incriminazione, ad es., tornando a dare rilievo ai regolamenti e alle regole di condotta caratterizzate dall’esercizio di discrezionalità», GATTA, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”*, cit., 11.

³⁷ Esclusa quella del 2012 che ha solo aumentato le pene previste.

³⁸ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 2.

alla verifica della conformità dei suoi atti al dettato della legge – salvo lo spazio di sua stretta competenza.

L'esercizio del controllo penale sull'attività amministrativa è una prerogativa imprescindibile di ogni sistema democratico per garantire che si svolga nel rispetto delle leggi e – ma è il punto in discussione, c'è chi non è d'accordo, a cominciare dal legislatore della novella – per contrastare o almeno limitare l'abusivo esercizio del potere discrezionale da parte dei soggetti pubblici. Di conseguenza, il potere politico-amministrativo è obbligato a uno scambio di quote di discrezionalità in cambio di quote di legalità. Una prerogativa che, tuttavia, deve cedere il passo al principio che ad essa sia affiancato uno spazio di autonomia dell'amministrazione: “una zona franca”, fuori dalla portata della magistratura, allo scopo di evitare che il controllo dei giudici si trasformi in un potere di indirizzo dell'attività amministrativa, innescando una progressiva commistione di ruoli, con conseguenti dissesti sui delicati equilibri tra i due poteri dello Stato³⁹. Si tratta, insomma, di operare un bilanciamento tra due principi di pari rango costituzionale: quello di legalità e quello di autonomia dell'amministrazione.

Il controllo penale sull'attività amministrativa s'inquadra, perciò, nella più ampia prospettiva del principio costituzionale della separazione dei poteri, che trovano una stabilità nel contenimento reciproco.

Quanto all'interferenza dei magistrati nel merito delle scelte amministrative, di cui il delitto di abuso d'ufficio si pone come osservatorio privilegiato, essa produce effetti espansivi che vanno ben oltre il rapporto “giudice-singolo amministratore”, coinvolgendo il più generale rapporto “magistratura-pubblica amministrazione”⁴⁰. Per questo motivo, il conflitto tra sindacato del giudice penale e autonomia amministrativa – e più in generale tra potere giudiziario e potere politico – è un problema non solo di rilievo tecnico-giuridico, ma ha a che fare con questioni che hanno una forte implicazione politica, mettendo in crisi il difficile equilibrio tra politica e giustizia, principio democratico e vincoli di legalità, e il sistema complesso di reciproca limitazione dei poteri⁴¹. Con le potenziali implicazioni a cui inevitabilmente

³⁹ Sui rapporti tra giudice penale e pubblica amministrazione, cfr. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana*, Milano, 1990; CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 326 ss.; BALDASSARRE, *Pubblica amministrazione e Giudice penale: analisi e prospettive*, in *Studi in onore di Crisafulli*, Padova, 1985, II; TAN-DA, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale*, cit., 48 ss.; ID., *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2119 ss.

⁴⁰ Cfr. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 40 ss.

⁴¹ FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, parte terza, Bologna, 2013, *passim*.

porta la diffusione generalizzata di questa somma di fattori apparentemente così eterogenei che, se sviluppati fino alle estreme conseguenze, aprono la strada ad un processo di radicali mutamenti nell'assetto istituzionale dello Stato.

Le invasioni del sindacato e del controllo penale nell'attività discrezionale di operatori e funzionari pubblici, ma anche, e forse soprattutto, nelle scelte degli organi politici che esercitano poteri amministrativi, è un fenomeno che riflette le (anomale) dinamiche tra i poteri dello Stato. E affonda le sue radici nella crescita del potere dei giudici per il ruolo incisivo che la magistratura è venuta assumendo nella *governance* di molti paesi democratici⁴².

L'espansione della conflittualità tra giurisdizione e potere politico-amministrativo è il segno delle storiche difficoltà nella ricerca di un soddisfacente equilibrio nei rapporti tra potere esecutivo e potere giurisdizionale, costantemente in bilico sull'incerto ma cruciale confine tra la difesa della politica e la difesa del diritto, e delle alterne sorti della teorizzata preminenza dell'una sull'altro⁴³, che genera un campo di tensioni calato in contesti storici assai mutevoli.

Ai primi degli anni Novanta, la vicenda "Tangentopoli"⁴⁴, ancora oggi oggetto di rivisitazioni critiche e reazioni divergenti, ha segnato una delle fasi più tese dello scontro tra potere esecutivo e giurisdizione penale⁴⁵. A causa delle gravi degenerazioni del sistema dei partiti, e in seguito alla diffusione di fe-

⁴² Così VIOLANTE, *Magistrati*, 2009, 44 ss. e 51, il quale accenna anche ad altri profili del potenziamento del ruolo dei giudici, ad esempio come conseguenza di una sorta di delega della politica alla magistratura «del potere di risolvere questioni particolarmente spinose, sulle quali non si era riusciti a trovare l'intesa del parlamento». E, aggiungo, di delega alla Corte costituzionale com'è avvenuto di recente in materia di aiuto al suicidio (ord. 207/2018; sent. 242/2019). Sul tema e per un commento alla sentenza, cfr. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, 8 gennaio 2020, in www.sistemapenale.it.

⁴³ Cfr. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires, en matière administrative*, Editions Monchrestien, 1962, 238 ss. Fa parte di questa alternanza la disciplina della c.d. garanzia amministrativa che condizionava l'esercizio dell'azione penale nei confronti di determinati funzionari pubblici ad una previa autorizzazione e quella delle questioni pregiudiziali amministrative (art. 20 c.p.p.). Due istituti che sancivano il prevalere del potere esecutivo sull'intervento del diritto penale, mentre la successiva cancellazione del primo e la profonda modifica del secondo da parte rispettivamente della Corte costituzionale e del codice Vassalli del 1998, vanno in opposta direzione e segnano «un accresciuto ambito di intervento della magistratura penale». Cfr., sul punto, ROMANO, *L'abuso innotinato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il "nuovo abuso di ufficio"*, cit. 7ss., a cui si rinvia per un più ampio esame sul punto.

⁴⁴ Per ampie considerazioni sulla vicenda, cfr. BARBACETTO-GOMEZ-TRAVAGLIO, *Mani pulite. La vera storia, 20 anni dopo*, Milano, 2012; GILARDI, *Tangentopoli e processo penale*, in *Quest. giust.*, 1994, 691.

⁴⁵ Per un'ampia trattazione dei rapporti tra magistratura e potere politico-amministrativo, si rinvia a VIOLANTE, *Magistrati*, cit., passim.

nomeni di vera e propria corruzione sistemica, iniziati già prima dell'insorgere, imprevisto e repentino, di "Mani Pulite", prese consistenza e si sviluppò un forte antagonismo nei rapporti tra politica e magistratura, l'una sprezzante delle regole l'altra dell'autonomia della politica, che diventò un conflitto giudiziario senza precedenti⁴⁶.

Non si mancò di denunciare, da più parti, la tendenza dei giudici a invadere la sfera di autonomia dell'Amministrazione e, in particolare, del potere politico-amministrativo del quale sono investiti i pubblici ufficiali elettivi, esercitando una funzione c.d. di "supplenza giudiziaria" rispetto alle inefficienze e ai ritardi della p.a.⁴⁷, attraverso l'assunzione del discusso ruolo di "giudice-amministratore", una figura ibrida, assente nel nostro ordinamento⁴⁸. La magistratura, il bersaglio polemico, veniva inoltre delegittimata come portatrice di istanze politiche: si avanzarono illazioni sulla volontà dei magistrati di perseguire fini politici con mezzi giudiziari: una "giustizia politica" che è l'esatto opposto del concetto stesso di giustizia.

Questa presunta dimensione, fortemente politica, del sindacato di legalità, derivava dal fatto che le inchieste "Mani Pulite" davano l'impressione che si alimentassero a vicenda l'obbiettivo dei magistrati di contrastare fatti di reato e responsabilità individuali e un irresistibile impulso all'uso (improprio) dello strumento penale, per contribuire alla auspicata e pressante esigenza di "moralizzazione" della vita pubblica a fronte di gravi devianze e malformazioni all'interno dell'Amministrazione e nella gestione del potere politico. Ciò implicava l'esercizio di un controllo "preventivo" di legalità, che avrebbe spinto i pubblici ministeri ad avviare le indagini non sulla base di una notizia di reato ma per accertare un reato⁴⁹. Un sospetto che sembrava confermato

⁴⁶ Esponenti di spicco della classe dirigente furono più volte indagati per fatti di abuso d'ufficio e corruzione e utilizzo improprio di denaro pubblico.

⁴⁷ La scarsa funzionalità dei normali meccanismi di controllo interni alla pubblica amministrazione, volti a prevenire condotte affaristiche o anche solo prevaricatrici negli uffici amministrativi e nei più diversi settori della vita sociale, da tempo sempre più coinvolti dall'attività e dall'impegno della pubblica amministrazione (VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 164), è stata segnalata da tempo dalla dottrina. Cfr., ad es., BERTI, *Strutture politico-giuridiche dell'amministrazione e responsabilità dei funzionari*, in *Giust. e Cost.*, 1984, 39 ss. Denuncia ancora oggi che «il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso», per cui «quella che dovrebbe essere l'ultima Thule del controllo di legalità - e cioè l'intervento del giudice penale - è così divenuto, in realtà, la sua prima (e talvolta unica) istanza...e in questo contesto suona stridula la denuncia, ricorrente e reiterata, che addebita agli interventi giudiziari un'arbitraria ingerenza nella discrezionalità amministrativa, per la quale si rivendica una franchigia dal sindacato del giudice», PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14.

⁴⁸ VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 71

⁴⁹ Così, VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 164.

dal fatto che, in un breve periodo, si registrò un elevato divario tra le numerose indagini avviate per il delitto di abuso d'ufficio e il numero estremamente esiguo dei procedimenti conclusi con una sentenza di condanna⁵⁰. Se ne attribuiva la causa all'uso improprio dell'art. 323 c.p. come «norma civetta», o «fattispecie spia»⁵¹: uno strumento d'indagine (se vogliamo definirlo così) per accertare, «tramite il 'cavallo di Troia' dell'abuso di ufficio»⁵², più gravi fattispecie criminose⁵³. Uso scorretto, si disse, perché la convinzione dei magistrati di stare dalla parte della ragione (e molte volte di essere per davvero dalla parte della ragione) faceva dimenticare le regole del processo e l'abuso veniva contestato senza una verifica preliminare di una sia pur minima consistenza della *notitia criminis*⁵⁴.

A uscire trasformato dai più o meno presunti “abusi” commessi dalla magistratura durante quella stagione, in una misura ritenuta esasperata e devastante, fu il quadro politico⁵⁵. Con effetti di lungo periodo e conseguenze destabilizzanti nell'intero sistema dei partiti⁵⁶.

Negli ultimi anni, il sindacato dei giudici penali sulla discrezionalità amministrativa è continuato a dilatarsi in modo abnorme, spalancando alla politica nuove opportunità di cavalcare rancore e diffidenza nei confronti del potere giudiziario, sì che ancora oggi l'intero rapporto tra potere esecutivo e magistratura appare in movimento.

Ed invero una parte minoritaria (ma non c'è affidabilità statistica) della magistratura inquirente avvia con estrema facilità le indagini (fra l'altro) per abuso d'ufficio, sulla base del semplice sospetto e di controlli che vanno oltre la misura consentita, quindi in assenza di qualsiasi probabilità di esito

⁵⁰ «Nel giro di cinque anni (dal 1990 al 1995) si passò da 1311 denunce a 9583, di cui però solo il 3 per cento conclusosi con sentenze di condanna». Così, VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 164.

⁵¹ L'utilità dell'abuso di ufficio come norma civetta, naturalmente fuori dei casi di uso improprio di questo strumento di indagine, viene segnalata dalla dottrina come una delle ragioni che si oppongono alla proposta di abrogazione del reato. Cfr. MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., 16.

⁵² ROMANO, *L'abuso inominato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il "nuovo abuso di ufficio"*, cit., 11.

⁵³ Spesso, com'è noto, l'abuso d'ufficio a vantaggio di terzi nasconde un accordo corruttivo tra soggetto pubblico e quello avvantaggiato configurandosi se provato, in forza della clausola di riserva di cui all'art. 323, solo il delitto di corruzione.

⁵⁴ Sui presupposti per l'iscrizione di una *notitia criminis* nel c.d. modello 45 relativo alla c.d. preinchiesta e nel registro degli atti costituenti notizie di reato, cfr. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, 9 ss. e 45 ss.

⁵⁵ Al riguardo, cfr. PADOVANI, *Il problema tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, 461 ss.

⁵⁶ Quella vicenda portò al totale disfacimento del sistema dei partiti e alla dissoluzione di alcuni partiti storici italiani.

positivo – lo dice l’alta (anomala) percentuale di archiviazioni e assoluzioni⁵⁷. Che tuttavia non evitano risvolti umani e politici: segnatamente, il rischio di compromettere reputazione e carriera dei funzionari inquisiti, in ragione del clamore mediatico e del discredito sociale (e istituzionale) connesso al semplice invio di una «informazione di garanzia». Che, a dispetto del nome, favorisce la tendenza a equiparare l’inizio di un’indagine a una sentenza di condanna, in particolare per chi ricopre un incarico pubblico, accentuata dall’influenza esercitata dai *mass media* nell’immaginario collettivo.

Naturalmente molto è cambiato rispetto alla fase precedente. Oggi, gli sconfinamenti indebiti sulla discrezionalità amministrativa non sono paragonabili con quelli di un’epoca trascorsa, anche se sono facce diverse della stessa storia. Sicché non sembra che il quadro attuale possa giustificare la *centralità* che ha assunto nel dibattito politico la c.d. “burocrazia difensiva”, e tanto meno l’immagine (ardita e non pertinente) della politica perseguitata dall’invasione giudiziaria. Perciò, noto per inciso, andrebbero attenuati i toni catastrofici e mitigata l’esasperata retorica allarmistica – forse necessaria in quella fase.

4. *La congenita difficoltà di tipizzazione della fattispecie di abuso.* Non può essere sottaciuta una peculiarità del delitto di abuso d’ufficio, una caratteristica – per dir così – “genetica” presente fin dal suo comparire sulla scena giuridica: l’oggettiva difficoltà, qualunque sia la soluzione “tecnica” escogitata dal legislatore, di riassumere, con una formula sintetica, la variegata tipologia di abusi sottesi alla struttura della fattispecie che potrebbero, almeno astrattamente, acquisire rilevanza ai fini dell’ipotesi criminosa⁵⁸, e al contempo tracciare con sufficiente chiarezza il nucleo di illegalità da colpire «con la sanzione penale al posto di quella amministrativa»⁵⁹. Cioè la linea di confine

⁵⁷ Per questi dati, v. GATTA, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”*, cit., 5; MANES, *Semplificare l’abuso d’ufficio. “Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm”*, cit. Naturalmente la spiegazione degli eccessi dei procedimenti avviati rispetto alle condanne ha anche a che vedere con le difficoltà di accertamento del reato di abuso d’ufficio e con altri fattori non conteggiati nei dati statistici.

⁵⁸ È opinione diffusa in dottrina: così, tra gli altri, MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi*, cit., 12 (il quale, con riguardo alla formula introdotta dalla riforma del ’97, parla di «endemico difetto di tipicità» insito nella nozione di abuso); CUPELLI, *La riforma del 1990*, in *Il “nuovo” abuso di ufficio*, cit., 32 (secondo cui: «L’avvicinarsi delle riforme – che tuttavia riportano sempre ai *problemi di partenza* – evidenzia allora come il *deficit* di precisione sia probabilmente congenito alla figura stessa dell’abuso d’ufficio»). Cfr. anche MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Torino, 2018, *passim*.

⁵⁹ MANNA, *Luci ed ombre sull’abuso d’ufficio*, in *Ind. Pen.*, 1998, 20.

che separa l'illiceità dall'illegittimità, l'abuso penalmente rilevante dall'abuso (antigiuridico) extrapenale⁶⁰. E ciò al netto delle fattispecie incriminatrici costituenti «un più grave reato», che insieme all'abuso d'ufficio esprimono diversi livelli di aggressione ad un medesimo bene, stante il ruolo dell'art. 323 di norma di “chiusura” del sistema repressivo a tutela della p.a. che contribuisce a rendere la fattispecie ulteriormente indefinita⁶¹.

Né va trascurato un altro lato debole della fattispecie *de qua*: l'incertezza della disciplina amministrativa che regola le modalità di esercizio del potere, a cui è affidato il contenuto precettivo della norma penale sull'abuso, che «si presenta molto spesso (e in effetti per lo più) contorta, confusa, slabbrata...»⁶². Cioè la indeterminatezza dei parametri di riferimento normativo che attribuiscono poteri o impongono doveri funzionali su cui precariamente poggia l'abuso d'ufficio, che rende difficile individuare e interpretare le norme di legge rispetto alle quali la violazione o lo sviamento dalla causa di attribuzione del potere si concreta in un comportamento abusivo penalmente rilevante⁶³.

Resta il fatto che è proprio la difficoltà di descrivere con sufficiente (se non con rigorosa e puntuale) precisione la fattispecie normativa a costituire il punto prospettico della riflessione sulle ragioni del costante fallimento di ogni tentativo di conferire maggiore determinatezza al cosiddetto elemento oggettivo del reato⁶⁴. Che per quanto rinnovato e reincarnato in fattispecie

⁶⁰ Sui tratti differenziali tra i due illeciti, cfr. Cass., Sez. II, 11 dicembre 2000, in *Cass. Pen.*, 2010, 3402, con nota di RENZETTI; Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2005, 12769. In dottrina cfr., tra gli altri, PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88 ss.; GAMBARDELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. Pen.*, 1997, 3552 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 231 ss.

⁶¹ Sul punto cfr., tra gli altri, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 351.

⁶² Così PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in *Il “nuovo abuso di ufficio*, cit., 122: «La prima e più efficace difesa dall'amministratore e dal politico — osserva l'A. — dovrebbe esser rinvenuta nelle norme che essi applicano: nitide e precise; e nei modi conseguenti dalla loro applicazione: congrui e trasparenti. Solo a queste condizioni le iniziative giudiziarie basate su fattispecie incriminatrici incentrate sulle modalità di esercizio del potere possono (e debbono) trovare un argine ‘naturale’ in un percorso altrimenti ondivago e pericolante». In argomento, cfr. anche DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *questa Rivista*.

⁶³ Cfr. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 15, il quale richiama l'attenzione sul fatto che «per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico».

⁶⁴ Come è noto, la disciplina dell'abuso d'ufficio è stata a più riprese investita da censure di illegittimità

diverse, non ha sottratto la formula prescelta all'accusa di un insufficiente grado di tassatività⁶⁵ e di una eccessiva estensione dell'area del penalmente rilevante, come ha segnalato la dottrina, unanime, nell'avvicinarsi delle modifiche normative intervenute negli anni. Non solo – occorre notare – con riguardo alla estrema genericità della nozione di “abuso di potere” contenuta nella versione originaria dell'art. 323 c.p. che, malgrado gli sforzi della dottrina di una maggiore tipizzazione della fattispecie, configurandola ad esempio come sviamento del potere dalla causa tipica per la quale il potere stesso è conferito⁶⁶, si è ritenuto che lasciasse comunque ampi margini all'intervento penale in sede applicativa⁶⁷. Ma anche in riferimento alle versioni diversamente modellate in occasione degli interventi modificativi delle successive riforme del '90 e del '97⁶⁸ che, ad avviso di larga parte della dottrina, non erano riuscite a ridurre in modo significativo i confini del fatto tipico, e che peraltro non mancarono di sollevare serie difficoltà nel chiarire i controversi rapporti con le figure criminose abrogate dalla legge del 1990 e assorbite nel testo novellato dell'art. 323 c.p. (peculato per distrazione, malversazione a danno di privati e interesse privato in atti d'ufficio)⁶⁹.

Ma la difficoltà di tipizzazione connaturata alla figura dell'abuso d'ufficio trova consistenti conferme soprattutto nell'attuale versione della norma che – riformulati in maniera assai incisiva (e incautamente) i termini di quella precedente – sollecita, anzi impone, come si vedrà, sostanziali interventi di correzione ermeneutica. Non solo, infatti, non ha prodotto gli effetti sperati, ma, come da più parti osservato, è meno appagante di quella previgente,

costituzionale sotto il profilo (tra altri) della determinatezza, ma le questioni di costituzionalità sono state sempre rigettate dalla Corte costituzionale: cfr., tra le altre, Corte cost., n. 177 del 2016, su cui GALDI, *Un'anomala ordinanza della Consulta in tema di abuso d'ufficio e di eccesso di potere*, in www.giustanm.it.

⁶⁵ Certo, anche «alla luce delle accresciute esigenze di determinatezza nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità». ROMANO, *Premessa in Il “nuovo abuso di ufficio*, cit., 1.

⁶⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 236.

⁶⁷ ROMANO, *L'abuso immoninato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il “nuovo abuso di ufficio*, cit., 12. Sulla nozione di abuso di potere v., tra gli altri, STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 11 ss.

⁶⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Bologna, 2012, 250, i quali con riguardo alla riforma del '97 hanno sostenuto che «nella formulazione legislativa vigente persistono elementi di ambiguità tali da consentire future interpretazioni giurisprudenziali di segno sia restrittivo, sia ancora una volta estensivo». A conclusione analoga erano pervenuti nella precedente edizione del manuale rispetto alla riforma del '90.

⁶⁹ Sui rapporti tra l'abuso di ufficio e le fattispecie (abrogate) di peculato per distrazione, malversazione a danno di privati e interesse privato in atti di ufficio, cfr. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio*, cit., 267 ss.; PAGLIARO, *Commento all'art. 1 l. 86/1990*, in *Leg. Pen.*, 1990, 267 ss., e, con riferimento al nuovo abuso d'ufficio, PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 127 ss.

anche se non ancora alla prova dei fatti. Sicché non è azzardato supporre che sia destinata a cambiare ancora.

Non è, dunque, a quanto pare, l'ultima mutazione dell'assetto normativo delineato dall'art. 323 c.p. Non pochi profili dell'ultima modifica, infatti, suggeriscono – è convinzione diffusa – un nuovo intervento modificativo. Che, credo, nessuno pensa (se non ingenuamente) che sia risolutivo⁷⁰. Se è vero che la tassatività della descrizione normativa è da verificare sul terreno dell'interpretazione concreta della norma incriminatrice, ossia nella prassi applicativa della regola scritta, che – per usare un'espressione abusata – vive in concreto non nell'astratta formulazione della norma, tuttavia i precedenti fallimenti lasciano supporre, in base a una previsione improntata a una certa dose di realismo, che l'attuale ri-strutturazione della fattispecie di abuso è condannata ancora una volta a un esito deludente, allo stesso modo delle precedenti riforme. Anche, ovviamente, sotto il profilo dell'auspicata restrizione del controllo penale sull'operato degli amministratori pubblici.

Tuttavia, se proprio si vuole modificare dopo un lungo e tormentato percorso di riforma la struttura normativa impressa dalla legge del 2020 all'attuale fattispecie di abuso d'ufficio, mi sembra, alla luce delle precedenti considerazioni, che la ritenuta indispensabilità di una riscrittura del reato avrebbe un senso e una portata pratica, laddove il legislatore si proponesse l'obiettivo di ri-valutare un modello normativo dotato di una certa flessibilità, così da lasciare alla elaborazione scientifica la precisazione dei profili normativi della fattispecie e alla “prassi” (al procedimento ermeneutico di dottrina e giurisprudenza) quel che non può definire la “teoria”⁷¹. Una formula normativa, cioè, “moderatamente” elastica, equilibrata, che, riesaminato e sviluppato il principio di determinatezza⁷² con spirito pragmatico abbandonando un atteggiamento dogmatico e chiuso che lo identifica in una rigida descrizione, in termini puntuali e tassativi, di ogni minimo aspetto della condotta tipica, potrebbe collocarsi nell'area tracciata dai confini ‘costituzionali’ della fattispecie penale, quanto meno con riferimento alla sua “so-

⁷⁰ Così FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire?*, cit., 3: «Una ulteriore modifica del testo dell'art. 323 del codice parrebbe sconsigliabile: nulla può infatti garantire in anticipo che una nuova riscrittura del reato di abuso non venga tradita da future letture giurisprudenziali a carattere manipolativo».

⁷¹ Si è osservato che proprio in tale ambito «si mostra in tutta la sua latitudine l'imprescindibilità della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione». TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2115.

⁷² Considerando ad esempio che esso «anche nella sua più rigorosa espressione, non presuppone affatto che il profilo strutturale della fattispecie criminosa sia dettagliatamente previsto e regolato in ogni suo minimo aspetto». Così TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2115.

glia minima”⁷³. D'altronde, è l'unica soluzione per evitare il rischio di abrogazione, per via giurisprudenziale, di una nuova formulazione dell'abuso d'ufficio. È quanto teme larga parte della dottrina riguardo alla versione oggi vigente, in alternativa all'abolizione secca dell'abuso in via legislativa (come si vedrà)⁷⁴.

Una siffatta tecnica di strutturazione della fattispecie è largamente preferibile a una formulazione normativa che la regoli in ogni suo minimo aspetto (e, ancor peggio, con una elencazione eccessivamente analitica delle condotte punite) che, come è stato efficacemente osservato, può condurre il legislatore a scrivere «leggi farraginose, contorte, piene di lacune ed in definitiva prive di certezza rispetto all'oggetto reale della disciplina, che è un rapporto sociale, e non un rapporto naturalistico»⁷⁵. Lo dimostra, senza ombra di dubbio, la formula introdotta dalla riforma del 2020. La quale, come vedremo, nonostante una più ricca descrizione delle modalità di realizzazione del fatto⁷⁶, anzi, proprio per questo, appare contorta, confusa, tutt'altro che certa e univoca, sì che può autorizzare le letture più difformi o deformanti. Sulla riforma, autorevole dottrina si è espressa con una frase lapidaria che riassume bene le sue rilevanti criticità: il legislatore «dichiarando l'intento di meglio precisare e definire il contenuto della fattispecie, la snatura e la trasformazione [...] in un ircocervo dalle fattezze mostruose»⁷⁷, e con un'altra il suo prevedibile fallimento: la «riformulazione della fattispecie [...] appare, in sostanza, come un'abrogazione grottescamente mascherata»⁷⁸.

⁷³ Dunque, una formula sintetica non eccessivamente indeterminata, come quella scelta dal Codice Rocco e sostanzialmente riprodotta nella riforma del '90.

⁷⁴ L'abolizione secca dell'abuso in via legislativa, come è stato rilevato, suscita perplessità perché «se persistesse anche in futuro (come sembra, allo stato, prevedibile) la tendenza a esercitare il cosiddetto controllo di legalità sull'esercizio dei pubblici poteri in forme intense e pervasive, diventerebbe concreto un rischio: vale a dire, che il vuoto repressivo lasciato dall'abolito reato di abuso venga riempito attraverso una reinterpretazione in chiave estensiva di fattispecie ben più gravi, come ad esempio il reato di corruzione». FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire?*, cit., 3.

⁷⁵ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 236. Cfr., sul punto, i rilievi adesivi di TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2115, il quale concorda sul punto che «il principio di legalità anche nella sua più rigorosa espressione, non presuppone affatto che il profilo strutturale della fattispecie criminosa sia dettagliatamente previsto e regolato in ogni suo minimo aspetto».

⁷⁶ Nel senso che una più ricca descrizione del fatto punibile non «sia anche idonea a delimitare in misura davvero rilevante l'area della punibilità a titolo di abuso», e comunque che «non può [...] essere dato per sicura in partenza», cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, p.s.*, cit., 250.

⁷⁷ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

⁷⁸ PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 123. Così anche, tra gli altri, PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 512, a cui avviso: «L'esito a cui da ultimo sono giunte le scelte legislative [...] ha comportato una contrazione così forte dell'ambito di applicazione della fattispecie da segnarne,

In conclusione. Una volta assodata, per caratteristiche e storia, ossia con riguardo a ogni diversa (e possibile) opzione ipotizzabile⁷⁹ e alle sue vicende normative e applicative, che riportano sempre alla casella di partenza la congenita difficoltà di tipizzazione della fattispecie di abuso; e, per altro verso, considerato che c'è una componente culturale nella irriducibile resistenza di alcuni settori della magistratura ai limiti costituzionali del sindacato penale, viene da pensare, ed è opinione di larga parte della dottrina⁸⁰, che la più sicura garanzia per frenare o almeno attenuare le ingiustificate invasioni del potere giudiziario nel merito delle scelte amministrative e la rinnovata conflittualità tra i due poteri, è affidata alla preparazione, alla sensibilità e al senso di responsabilità dei giudici e, prima ancora, dei pubblici ministeri. Senza illudersi di incidere più di tanto sul regresso o anche solo sulla decelerazione di un fenomeno politico-culturale che per sua natura segue un percorso largamente incontrollabile e dagli esiti incerti⁸¹, nondimeno si può sperare, con cauto ottimismo, anche perché è una tendenza non condivisa in maniera omogenea all'interno della magistratura, che un contributo per invertire la rotta può essere offerto da un forte investimento sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei giudici⁸². Un'adeguata e puntuale conoscenza dei confini costituzionali del controllo penale sull'attività dei pub-

de facto, la futura disapplicazione».

⁷⁹ Al punto che, come è stato detto, «è davvero molto difficile trovare una disposizione normativa caratterizzata da tanti giudizi contrastanti come l'abuso d'ufficio». TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2115. Forse proprio per questo parte della dottrina, con riferimento all'art. 323 c.p. riscritto dal legislatore del '97, ha ritenuto di assegnare alla disposizione legislativa la qualifica di norma penale in bianco composta da un precetto indeterminato. Cfr. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 38; TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 261.

⁸⁰ Che il problema riguardi, soprattutto, l'atteggiamento culturale di una parte della magistratura e in particolare di quella inquirente, è opinione di più di un autore. Cfr., tra gli altri, PADOVANI, 30 maggio 2020, in *Il riformista*; GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, 22 luglio 2020, in www.giustiziainsieme.it, (secondo cui «il superamento della cd. "amministrazione difensiva" postula ben più incisivi interventi a livello culturale e sociale»); FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, p. s.*, cit., 247 (dove, con riferimento al testo introdotto dalla riforma del '97, si osserva che, pur prestandosi di meno ad applicazioni estensive, sul successo o l'insuccesso della seconda riforma dell'abuso inciderà «in misura peraltro non secondaria, la cultura dei giudici e — prima ancora — dei pubblici ministeri»).

⁸¹ Si è osservato al riguardo che «verosimilmente, pretendere inversioni di tendenza motivate da sopravvenuto — per dir così — ravvedimento ermeneutico, a vantaggio di un più equilibrato rapporto tra i poteri e di un più efficace funzionamento della pubblica amministrazione, è a tutt'oggi illusorio». FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire?*, cit., 4.

⁸² Va da sé che la prospettiva di sanzioni disciplinari (o anche civili) per comportamenti deontologicamente vietati peraltro di non facile e improbabile applicazione, non può certo aiutare a incentivare una maggiore disponibilità dei magistrati a un uso contenuto, appropriato, del potere di controllo della legalità amministrativa, nel rispetto di ruoli e competenze.

blici amministratori potrebbe favorire una politica di *autolimitazione* dei magistrati e orientare la funzione giurisdizionale alla leale osservanza di quel principio del limite attorno al quale la Costituzione disciplina il rapporto tra i diversi poteri dello Stato.

5. *L'esclusione dei regolamenti dalle fonti normative. La «specificità» della regola di condotta e «l'assenza di profili di discrezionalità».* Con la sostituzione della formula violazione «di norme di legge e di regolamento» con violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge dalle quali non residuino margini di discrezionalità», la riforma per un verso ha escluso *tout court* i regolamenti⁸³ dall'area applicativa dell'abuso d'ufficio riducendo una porzione assai rilevante delle condotte incriminate⁸⁴, per altro verso, introducendo una complessa modifica «che tocca il nucleo della fattispecie legale, risultante dalla precedente riforma del 1997»⁸⁵, ha sottratto alla fattispecie incriminatrice l'abuso per violazione di legge in ambiti di discrezionalità amministrativa restringendo ancora di più il campo dell'abuso punibile. Quanto alla abolizione dell'abuso d'ufficio per violazione di norme di regolamento⁸⁶, le criticità sono molte⁸⁷. Ma ce n'è una che, a ben vedere, è dominante: il paradosso di escludere dal novero delle fonti normative – oltre ai regolamenti autonomi frutto dell'iniziativa della p.a. sulla cui esclusione si potrebbe forse non obbiettare dubitandosi di un rigoroso rispetto del principio di legalità⁸⁸ – anche i regolamenti di attuazione (e numerosi

⁸³ Sulla categoria dei regolamenti come fonte del diritto e sulla nozione di regolamento, cfr. BATTINI-FRANCHINI-PEREZ-CASSESE-VESPERINI, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2009, 20; SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2007, 233 ss. Sulla nozione di regolamento richiamato dal precedente art 323 c.p., cfr. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 361.

⁸⁴ In senso critico prima della riforma, DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 94 ss.

⁸⁵ GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 4.

⁸⁶ Sulla sottrazione dal testo della norma del riferimento alla violazione dei regolamenti, cfr. la recente sentenza della Cassazione: Cass., Sez. Fer., 25 agosto 2020, n. 32174, in *Il Penalista*, con nota di ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolito crimine parziale*, 11 dicembre 2020, *ibidem*.

⁸⁷ Cfr., GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 5 ss.; CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in Romano-Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, 291 ss.; MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 6 ss.; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 6 ss.:

⁸⁸ Analogo rilievo vale da un lato per i c.d. regolamenti delegati del governo che sostituiscono la disciplina regolamentare a quella legislativa, che viene abrogata secondo il noto fenomeno della delegittimazio-

altri analoghi) che assumono (e ai quali la giurisprudenza riconosce)⁸⁹ rilevanza ai fini della configurabilità del delitto di abuso d'ufficio in quanto fonti del diritto riconducibili alla legge o ad atti aventi forza di legge e, quali atti di normazione secondaria, necessariamente non in contrasto con esse⁹⁰. Una fonte normativa la cui funzione tipica è quella di integrare il precetto, non auto-applicativo, delle citate fonti primarie con una regola di condotta volta a precisare «moduli operativi, limiti specifici, contenuti necessari dell'attività amministrativa»⁹¹ – a definire, per esempio, «dal punto di vista tecnico il contenuto di elementi di fattispecie già delineati in sede legislativa»⁹².

Dunque, una fonte normativa in cui si rinvengono regole di condotta «espresse e specifiche», di immediata applicazione, «più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori»⁹³, quindi in accordo con il disegno legislativo «di voler assicurare la tassatività della condotta tipica (che è di regola appannaggio proprio del regolamento)»⁹⁴. E tuttavia – ecco il paradosso – regolamento non utilizzabile come parametro di riferimento agli effetti della norma novellata in quanto esclusa dall'area applicativa dell'abuso d'ufficio per effetto della restrizione dell'area del punibile che ha ispirato la riforma⁹⁵. È prevedibile, però, che, in sede applicativa, la giurisprudenza riconduca la violazione dei regolamenti, perlomeno quelli attuativi, al concetto di «violazione di legge» di cui al nuovo art. 323 c.p., in virtù del fatto che il contenuto precettivo è predisposto e regolato dalla legge e da esso non residuano

ne e, dall'altro, per i regolamenti che assumono il nome di ordinanze, decreti, bandi, ecc. e numerosi altri, la cui natura regolamentare è controversa. In proposito, cfr. PADOVANI, *Commento alla L.16/7/1997 - Modifica dell'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio*, in *Leg. Pen.*, 1997, 744 ss.

⁸⁹ Giurisprudenza citata in MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, 56 ss., in *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit.

⁹⁰ Sulla inapplicabilità della disposizione regolamentare che sia in contrasto con la norma legislativa, cfr. Cons. St., Sez. V, 26 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1993, III, 653 ss., con nota di CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*.

⁹¹ Così PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 124.

⁹² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, p. g.*, Bologna, 2019, 56, cui si rinvia per un ampio esame della questione e per riferimenti dottrinari.

⁹³ GATTA, *La riforma del 2020*, in *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 70.

⁹⁴ PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 124.

⁹⁵ Sulla irragionevole esclusione dal novero delle fonti normative dei regolamenti per cui suggeriva «un auspicabile passo indietro, in sede di conversione in legge del decreto», cfr. GATTA, *Da "spazzacorrotti" a "basta paura"*, cit., 6. Così anche MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 9.

marginari di discrezionalità amministrativa⁹⁶.

Quanto alla seconda modifica⁹⁷, dal combinato disposto dei due accennati requisiti, che si completano a vicenda e si tengono insieme in rapporto di condizionalità reciproca, deriva che la riforma sottrae all'abuso d'ufficio le regole di condotta (le leggi e gli atti aventi forza di legge e gli atti e le attività amministrative)⁹⁸ di contenuto discrezionale⁹⁹. Il risultato (apparente)¹⁰⁰ della riforma è l'esclusione della discrezionalità amministrativa dall'ambito del penalmente rilevante¹⁰¹. La nuova formulazione pretende, infatti, che la condotta del soggetto autore dell'abuso sia disegnata dalla legge con regole specifiche ed espresse, in termini completi e puntuali, per cui nel riformato abuso d'ufficio trovano (troverebbero) spazio le sole leggi vincolanti.

Il concetto di legge vincolante (e di atti e attività e potere vincolati) presenta punti oscuri e un vasto spazio di opinabilità. Sono fin troppo note le obiezioni mosse in campo amministrativo alla teoria del potere vincolato e ai successivi correttivi, per essere in questa sede anche solo accennate¹⁰². Però è certo che una categoria di leggi *interamente* vincolanti non è realisticamente prospettabile, se non in casi eccezionali. Per due ragioni.

⁹⁶ Sulla complessa questione del significato e la portata da attribuire alla violazione di «regolamenti» cui faceva riferimento la fattispecie del 1997, cfr. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 43 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁹⁷ Cfr., tra gli altri, GATTA, *La riforma del 2020*, cit., 71; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7 ss.

⁹⁸ È pacifico che l'abuso può concretarsi tanto in provvedimenti amministrativi quanto in attività materiali. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 1° febbraio 1995, n. 2797, in *Riv. Pen.*, 1995, 1026.

⁹⁹ Gli atti (e le attività) da cui «non residuino margini di discrezionalità» equivalgono all'attività vincolata della p.a. richiamata dall'art. 31, co. 3, cod. proc. amm., a cui evidentemente ha attinto il legislatore nel distinguere tra attività vincolata e attività connotata da discrezionalità (così GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 87). Il testo dell'art. 31, co. 3, cod. proc. amm., in tema di «azione avverso il silenzio», è il seguente: «Il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità...».

¹⁰⁰ V. *infra*, par. 6.

¹⁰¹ E quindi la violazione, tra l'altro, di principi generali, ad esempio quelli sanciti nell'art. 97 Cost. (su cui vedi *infra*, 18 ss.) e di norme a carattere meramente procedimentale. Così sotto la norma previgente, Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Foro it.*, 1998, II, 258 ss., con nota di TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della cassazione* e di MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*; GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, nota a Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, 2338.

¹⁰² Cfr. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 697, secondo cui «il potere è vincolato nelle ipotesi in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermini in tutti i suoi aspetti il contenuto dei provvedimenti amministrativi».

La prima consiste nel fatto che anche la legge c.d. vincolante (un'astrazione spesso inafferrabile) può essere variamente *interpretata*, lasciando all'amministrazione uno spazio di autonomia nella scelta tra più interpretazioni astrattamente possibili.

Il secondo ostacolo è rappresentato dal fatto che quasi mai l'attività amministrativa è regolata interamente dalla legge. Certo, ciò vale soprattutto per l'attività discrezionale, la quale si caratterizza proprio per il contenuto aperto del modello normativo attributivo del potere all'operatore e al funzionario pubblico. Ma vale anche per l'attività disciplinata dalla legge c.d. vincolante che, per definizione, direi per vocazione, per la funzione cui è istituzionalmente destinata la legge in generale, stabilisce le regole sul piano astratto, lasciando al pubblico amministratore un ambito più o meno ampio di possibilità di decisione, di libertà di scelta tra i diversi modi di realizzare l'interesse pubblico o di comporre e bilanciare gli interessi in gioco. Se a ciò si aggiunge che è oramai un dato condiviso che il problema delle valutazioni discrezionali della p.a. (il profilo della "scelta") attiene non tanto «all'astratta lettura e interpretazione delle norme», quanto piuttosto «al concreto amministrare»¹⁰³, all'agire del soggetto pubblico, condizionato da fattori contingenti e legato alle specificità dei casi, a volte insospettati e inediti, ai quali adattare il precetto normativo, non è difficile arrivare alla conclusione che, come regola generale, l'azione amministrativa non è mai interamente «relegata nella sfera del "già deciso" dalla legge»¹⁰⁴ e di essa solo di rado è la mera esecuzione¹⁰⁵. Tutto questo mostra che anche la c. d. attività vincolata può essere (ed è nella maggior parte dei casi) intrinsecamente discrezionale. E quindi che in realtà, di norma, la discrezionalità è inseparabile dall'esercizio del potere. È, dunque, pura illusione che una disposizione normativa c.d. "rigida", che disciplini in modo puntuale ed esaustivo la regola di condotta imposta al funzionario pubblico, elimini la possibilità di visioni contrastanti nella sua interpretazione e applicazione (eccetto un numero di casi pressoché insignificante).

In conclusione. Si può dire, col conforto della dottrina dominante, che la categoria di leggi *interamente* vincolanti è raramente prospettabile, irrisoria

¹⁰³ GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 11.

¹⁰⁴ Cfr. PETRUZZELLA, *L'abuso d'ufficio e le trasformazioni della pubblica amministrazione*, relazione al Convegno dell'A.S.A.E.L., su «Pubblico amministratore e responsabilità penale. Quale riforma dell'abuso d'ufficio e del sistema della responsabilità», Palermo, 30 novembre 1996.

¹⁰⁵ Sull'identificazione dell'attività interamente vincolata con la mera esecuzione, cfr. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 207.

numericamente, quindi una fonte normativa scarsamente rilevante. Come osserva limpidamente Tullio Padovani: «In realtà, i casi in cui la legge determina il se, il cosa e il come di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell'attività amministrativa: quella di mera esecuzione»¹⁰⁶. Tutto questo significa, molto semplicemente, che di norma senza discrezionalità non c'è neppure abuso d'ufficio. Ne discende che limitare la responsabilità alla violazione di leggi (e di regole di condotta) da cui non residuino margini di discrezionalità, significa assegnare alla fattispecie incriminatrice un territorio assai ristretto, col rischio, o forse la certezza, come si è anticipato, di abrogare (di fatto) il reato di abuso d'ufficio. Va da sé, infatti, che, per la sopravvivenza di una norma penale, serve la fisiologia dei comportamenti incriminati, e non l'eccezione. Sotto l'aspetto politico-criminale, il suo legame (di origine o di ritorno) con l'abuso d'ufficio – un reato «posto al crocevia tra legalità e discrezionalità»¹⁰⁷ – trova la sua ragion d'essere nell'affermazione incontrastata che le forme più gravi e diffuse di abuso si realizzano attraverso l'uso distorto del potere nel campo della discrezionalità amministrativa. Per questo sottrarla all'ambito del penalmente rilevante e al controllo di legalità del giudice penale fa molti più danni di quelli procurati dalla sua presenza.

Quanto al requisito della specificità della regola di condotta, non va poi trascurato un tema che ha destato molto interesse e ha sollevato un lungo e acceso dibattito, ancora in corso.

Prima della riforma, si è posto il problema se la violazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.) rientrassero nella formula «violazione di legge» di cui al precedente testo dell'art. 323 c.p.¹⁰⁸. Una parte della dottrina era contraria in ragione del fatto che l'evanescenza di tali valori di rango costituzionale, generalissimi e di principio, non è idonea a integrare il precetto penale ponendosi in contrasto col principio di determinatezza, con conseguente eccessiva dilatazione della fattispecie¹⁰⁹. La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in

¹⁰⁶ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9. Prosegue l'A.: «In pratica, dunque, il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono - secondo la natura delle cose - nella condizione "ontologica" per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo».

¹⁰⁷ MANES, *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo"*, cit.

¹⁰⁸ Sulla questione, cfr. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, cui si rinvia per i riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

¹⁰⁹ In questo senso, tra gli altri, BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 97; SILVA,

maniera eterogenea. Dopo un primo orientamento che ne escludeva *tout court* la rilevanza¹¹⁰, la più recente giurisprudenza si è espressa in senso favorevole con riguardo al principio di imparzialità, in considerazione del fatto che da esso è possibile estrarre una regola di condotta espressa e ben definita (il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi) che impone al pubblico ufficiale (o all'incaricato di pubblico servizio) una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, la cui inosservanza rientra nella «violazione di legge»¹¹¹. Una regola di condotta di portata precettiva, doverosa e vincolante, che, ad avviso di larga parte della dottrina, assume rilevanza anche agli effetti della riformulata fattispecie dell'abuso d'ufficio¹¹². Non si può dire altrettanto del "buon andamento", un principio di natura *solo* programmatica finalizzato ad esigenze di natura organizzativa-gestionale della p. a.¹¹³. Come pure dei criteri in cui si articola: *in primis*, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa normativamente sanciti dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990 (legge generale sul procedimento amministrativo), che indicano all'amministratore i fini da perseguire nell'esercizio dei suoi poteri. Trattandosi di mere direttive che implicano ampi margini di scelta nell'adeguamento alla specificità dei casi concreti, e assegnano per questo all'organo amministrativo il compito di approvarne la versione finale entrando nel merito dei singoli criteri in sede applicativa, è difficile qualificare tali criteri come regole specificamente e puntualmente dirette a disciplinare la condotta dell'agente, e inquadrarli tra le regole di condotta connotate dal carattere della "specificità" ai sensi del nuovo art. 323 c.p., ancorché siano regole cogenti che il pubblico funzionario è tenuto a rispettare e la cui violazione rientra nel vizio amministrativo di violazione

Elementi normativi e sindacato del giudice penale, Padova, 2014, 147; DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in Bondi-Di Martino-Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 255 ss.; CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1843. Ritenneva che l'art. 97 Cost. rientrasse nell'art. 323 c.p., in quanto "norma di legge", PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, 240 ss.; ID., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 106; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 276 ss.; ID., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge"*, cit., 2341.

¹¹⁰ Tra le altre, Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, cit.; Cass., Sez. VI, 10 aprile 2007, n. 22702; id., 8 maggio 2003, n. 35108.

¹¹¹ Cass., Sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549. Nello stesso senso: Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096; Cass., Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816; Cass., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373.

¹¹² Cfr., tra gli altri, GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 5 ss.; AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al Dir.*, n. 34/35, 2020, 32 ss.

¹¹³ Così, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, in *Guida Dir.*, 2007, 28, 76.

di legge¹¹⁴.

6. *La soppressione della discrezionalità amministrativa e del sindacato del giudice penale dall'area dell'abuso d'ufficio.* La discrezionalità amministrativa non è sparita *tout court* dall'ordinamento, ma è semplicemente sparita dalla sfera di applicazione dell'abuso penalmente rilevante. La scelta del legislatore del 2020 di cancellare la punibilità dell'abuso d'ufficio per abusivo esercizio della discrezionalità amministrativa è di fatto il risultato di un ingenuo e acritico approccio a una questione complessa affrontata superficialmente e sbrigativamente data per risolta¹¹⁵. Che non abbia un lume di raziocinio al suo interno di questo nella dottrina penalistica c'è una pressoché totale unanimità.

Il tema della discrezionalità amministrativa – da tempo uno dei nodi più discussi nel dibattito penalistico sulle questioni che si agitano attorno al reato di abuso d'ufficio – è al centro della novella e, al tempo stesso, il vero punto debole della riforma. Concepita dal legislatore come libertà da ogni vincolo (autonomia assoluta) e gestita come se la discrezionalità non avesse niente a che fare con l'abuso d'ufficio mentre ne è alla base¹¹⁶ – raramente accade il contrario (lo abbiamo visto e lo vedremo meglio più avanti), sembra scomparire definitivamente dal nuovo articolo 323 del codice penale. Una scelta, clamorosa e discutibile, non solo perché lascia impunte forme di esercizio arbitrario della discrezionalità amministrativa – e già questo è più che sufficiente per prendere da essa le distanze senza esitazione; anche perché, ancora più radicalmente, suppone un abuso di ufficio senza discrezionalità – una pura astrazione.

In realtà una teoria dei rapporti tra discrezionalità amministrativa e abuso d'ufficio deve ancora trovare la propria definizione. Anche oggi, a ben guardare, molti dei problemi attuali sono collegati a questi nessi che hanno subito per effetto della riforma una revisione incisiva e profonda. Pertanto, insistere su questa problematica – oggi più che mai meritevole di sempre maggiore approfondimento – non sarà inopportuno. E un approccio alla problematica in oggetto non può prescindere da un breve accenno alla discre-

¹¹⁴ *Contra*, GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161.

¹¹⁵ Dopo la riforma del 1997, nel senso che «non è più consentito al giudice penale entrare nell'ambito della discrezionalità amministrativa, che il legislatore ha ritenuto, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato», cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 1163. Sul punto v. ampiamente, TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 5 ss.

¹¹⁶ È opinione diffusa che «gli abusi, quelli più pericolosi, si annidano spesso nelle maglie della discrezionalità», MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 10.

zionalità amministrativa¹¹⁷, visto che in essa si annidano quasi tutti i dilemmi dell'abuso d'ufficio.

Discrezionalità, nelle sue molteplici sfaccettature, significa facoltà di agire e decidere autonomamente sulla base di un proprio giudizio di opportunità. Opera in campi diversissimi: si rinvengono forme di discrezionalità nell'ambito di qualsiasi funzione pubblica – legislativa, amministrativa, giurisdizionale. Favorisce l'arbitrio: «chiunque abbia potere è portato ad abusarne», ammoniva Montesquieu¹¹⁸. La stessa parola discrezionalità è esposta al rischio di accogliere nel suo significato semantico l'idea di una libertà senza confini. Ma niente di più fuorviante che usarla come sinonimo di libertà assoluta. Negli ordinamenti costituzionali di matrice liberaldemocratica, come sappiamo, non esiste un potere pubblico privo di limiti ed espressamente sottratto a forme di controllo e responsabilità.

La discrezionalità, nel campo del diritto pubblico, si articola in diverse forme: discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità politica¹¹⁹. La discrezionalità amministrativa, nel nostro contesto, è definita come facoltà di scelta del modo migliore per il soddisfacimento dell'interesse pubblico fra più comportamenti conformi ad un modello di buona amministrazione¹²⁰. Non è mai libera nel fine¹²¹; solo, in tutto o in par-

¹¹⁷ Sugli aspetti fondamentali e i profili problematici della discrezionalità amministrativa, cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021, 287 ss.; BARONE, voce *Discrezionalità*, I, *Diritto Amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 165; BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

¹¹⁸ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. di Cotta, Torino 1952, II, XI, cap. 4, 274.

¹¹⁹ Tralascio in quanto non interessa ai fini del presente contributo la vera e propria discrezionalità politica nei cui confronti «è ragionevole escludere il sindacato del giudice penale», perché «ha carattere assoluto e riguarda il merito delle scelte di indirizzo» (GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 9). Così pure quella rigidamente vincolata ad accertamenti di ordine tecnico (non di ordine *tecnico-valutativo*, quale ad esempio il giudizio della commissione di concorso circa la preparazione del candidato), perché in relazione alle soluzioni tecnico-scientifiche a risultato incerto manca il profilo della "scelta" dell'amministrazione, non è cioè configurabile alcun altro tipo di valutazione che non sia sotto dettatura della scienza e della tecnica, la quale dunque non lascia spazio all'amministrazione per valutazioni discrezionali e quindi non si sottrae al pieno sindacato del giudice penale sotto il profilo della plausibilità della "scelta tecnica" con i principi di discipline tecniche specialistiche dettati dalla pertinente comunità scientifica o professionale, la quale è senz'altro sindacabile ponendosi al di fuori dell'ambito di opinabilità intesa in senso valutativo. Così, con riguardo al sindacato del giudice amministrativo, Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5519. Sul tema, v. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 304 ss.

¹²⁰ Così, tra gli altri, VIRGA, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1979; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 188 ss.; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, 27 ss. Per la dottrina più recente, cfr. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, IV, 1149 ss.

te, nei modi per conseguirlo.

La funzione specifica dell'attività discrezionale, nei numerosi contesti nei quali si dispiega, è l'*attuazione* della norma: un'attività di adattamento alle diverse e molteplici peculiarità dei casi concreti che riduce l'ineliminabile generalità delle prescrizioni normative: se la legge si dissocia dalla sua applicazione, non può che risultare una pura astrazione. A differenza di quanto si suole dire (a torto) dell'*attività vincolata*, la quale consisterebbe nell'*applicazione* della norma senza lasciare alcun margine di scelta al suo destinatario. Un assunto condivisibile in via tendenziale perché, come si è visto¹²², margini di discrezionalità si rinvengono nelle stesse *norme, e attività*, c.d. "vincolate", salvo casi specifici del tutto eccezionali.

Facendo un (lungo) passo indietro, la discrezionalità amministrativa, che ha cominciato ad affacciarsi nel reato di abuso d'ufficio fin dalla disciplina originaria del codice penale Rocco del 1930, in un contesto ordinamentale oltre che storico sociale ben diverso da quello attuale, è stata inserita nella fattispecie di abuso come strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei funzionari pubblici per contrastare le possibili degenerazioni dell'uso (cioè il cattivo uso) del potere discrezionale.

Questa coesistenza fra discrezionalità amministrativa e abuso d'ufficio è rimasta invariata (almeno nell'interpretazione giurisprudenziale) con le riforme del 1990 e del 1997, per quanto dichiaratamente orientate a rimediare ad una carenza di tipicità della condotta.

Dunque, c'è un nesso inscindibile tra discrezionalità amministrativa (e sindacato penale) e delitto di abuso d'ufficio¹²³, un tema che percorre come una costante tutta la sua lunga storia¹²⁴; e la discussione sul tema è continuata, naturalmente su basi più aggiornate. Nel ricco panorama dei delitti del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio contro la p.a. per nessun'altra fattispecie questo rapporto è pensabile in modo così radicale.

Il legame tra abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa, durato fino all'ultima discussa riforma, subisce con la novella una parabola davvero sorprendente, un sovvertimento radicale. A distanza di anni, infatti, si apre uno

¹²¹ Come invece l'attività del diritto privato, salvo che sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

¹²² *Supra*, 16 ss.

¹²³ Larga parte della dottrina è concorde sul punto. Così ad esempio GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 163: «Il binomio è indissolubile: abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme».

¹²⁴ Su cui v. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il "nuovo abuso di ufficio*, cit., 5 ss.

scenario senza precedenti: per la prima volta, dalla sua entrata in vigore, viene dato espresso riconoscimento normativo all'esclusione della discrezionalità dalla fattispecie incriminatrice e dal sindacato del giudice penale.

Col nuovo abuso d'ufficio – che ridisegnato dalla riforma con una discrezionalità amministrativa senza più confini presenta una dimensione ed un volto radicalmente nuovi rispetto alla sua fisionomia originaria – si entra, dunque, in una terra sconosciuta lungo percorsi inediti e inesplorati – forse molto più a fondo di quanto aveva pensato il legislatore. E ciò in ragione del fatto che la tipica modalità di realizzazione dell'abuso, ovvero quella attraverso la quale (a parte alcune ipotesi bagatellari) si realizzano «le forme più gravi e diffuse di sfruttamento dell'ufficio a fini privati»¹²⁵ è, ed è sempre stata, con differenze minime, l'uso del potere discrezionale per un fine privato. Sul fatto che rappresenti il modo “normale” di realizzazione del reato la dottrina può dirsi unanime.

Del resto, è lecito supporre – anche se non si dispone di statistiche oggettive al riguardo – che solo di rado lo sfruttamento dell'ufficio a fini privati abbia luogo attraverso la violazione di una regola di condotta precisamente formulata, disciplinata sotto tutti gli aspetti, senza lasciare alcun margine di scelta – dunque, facilmente accertabile così da esporre il pubblico dipendente a maggiori rischi di incorrere in responsabilità penale¹²⁶. Non a caso, anche in prospettiva criminologica, attenta dottrina «esprime perplessità sulla reale esistenza fenomenologica di ‘tipi d'autore’ per tali ‘tipi di condotte’»¹²⁷.

La verità è che, eliminando dalla fattispecie delittuosa la discrezionalità amministrativa si dà luogo (almeno in teoria, può riservare sorprese il cosiddetto diritto vivente in ragione di eventuali letture giurisprudenziali estensive) a un sostanziale svuotamento del reato e si mette a rischio la sua stessa sopravvivenza¹²⁸. Se è destinato a rapidamente scomparire¹²⁹, allora ha ragione

¹²⁵ Così, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 2000, 242.

¹²⁶ Scrive, a riguardo, PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 125: «In effetti, ancorando la tipicità ad una attività assolutamente vincolata, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*, lo sguardo normativo si è diretto alla zona più bassa e pressoché insignificante dell'amministrazione: quella della mera esecuzione, in cui l'illecito è immediatamente identificabile e, per lo più, agevolmente reprimibile in via gerarchica o col ricorso all'autorità di polizia».

¹²⁷ Così CASTALDO-COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. “Semplificazioni”*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 17 luglio 2020.

¹²⁸ La depenalizzazione del reato era stata proposta nel corso dei lavori parlamentari (Verbale seduta n. 186 del 4 agosto 2020 della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica).

¹²⁹ È la previsione ad esempio di MANNA-SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”*, cit., 16 ss., considerando appunto che «gli abusi d'ufficio più offensivi rispetto al buon andamento ed all'imparzialità della PA si nascondono proprio dietro l'uso improprio del potere discrezio-

chi suggerisce una eliminazione *tout court* dell'art. 323 c.p. (tranne l'ipotesi alternativa della violazione di un obbligo di astensione)¹³⁰.

Proprio per questi motivi si auspicava che in sede di conversione del decreto-semplificazioni (approvato "salvo intese" – una nuova fonte legislativa!) venisse eliminato dal testo della norma il riferimento ai *margini di discrezionalità*¹³¹ che la dottrina, in netta maggioranza, considerava inopportuno e discutibile¹³². Un auspicio che richiama e pone nella giusta prospettiva la stessa questione dei rapporti tra legittimità e merito amministrativo. Una questione che, a dire il vero, non si può dire che oggi sia tornata di attualità perché l'esclusione del merito dall'abuso d'ufficio, e dal sindacato del giudice penale, è sempre stata data per scontata.

Proprio per questo non può passare inosservata (anzi, va posta nel massimo rilievo) la critica radicale mossa da autorevole dottrina¹³³ nei riguardi di un'idea preconcepita: l'impossibilità di sindacare, e sanzionare con pena, lo stravolgimento dell'uso dei poteri discrezionali da parte dei soggetti pubblici, l'*arbitrio* nell'esercizio della discrezionalità amministrativa; una critica che era finora rimasta sepolta grazie alla perenne convinzione – rigidamente preconstituita, generalizzata e semplicistica – che si dovesse applicare, anche nel campo del diritto penale, la distinzione, propria del sistema di diritto amministrativo, tra legittimità sindacabile e merito insindacabile. Laddove – come ha ben sintetizzato la dottrina appena citata – lo stesso «merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale»¹³⁴. Per questo motivo la stessa dottrina, conseguentemente, avverte: «Il giudice penale non può e non deve arretrare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o

nale».

¹³⁰ La proposta di cancellazione del reato (versione 1997) era stata avanzata da PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, cit., 13 ss.; LI VECCHI, *Art. 323 c.p.: una norma ancora in cerca di una sua identità*, cit., 132; STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 117 ss. Contro "la soluzione abolizionista" perché «pur avendo alcune frecce nel suo arco, rischia comunque di provare troppo, ovvero, sguarnire di tutela alcuni settori sensibili dell'agire della PA in cui è utile e necessaria una forma di tutela avanzata», MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 16.

¹³¹ Cfr. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 9 ss.

¹³² Così tra gli altri GATTA, *La riforma del 2020*, cit., 73, il quale osserva che escludendo la discrezionalità dall'abuso d'ufficio si preclude di punire la violazione, ad esempio, di «regole specifiche ed espresse, contenute in fonti sublegislative...posta in essere con l'intento di perseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare un danno ingiusto... in una procedura di valutazione comparativa tra più candidati in un concorso universitario».

¹³³ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14.

¹³⁴ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14.

meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta»¹³⁵. Una funzione – cruciale, radicata e condivisa – che si colloca nel quadro del controllo che il giudice penale, nel proprio ambito e con riguardo al proprio ruolo istituzionale, deve assicurare soprattutto, appunto, sul versante dell'esercizio della discrezionalità da parte dei soggetti pubblici, che, in moderata dose, è uno dei cardini dello Stato costituzionale a difesa dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini, nei loro rapporti con i pubblici uffici messi in pericolo dallo sfruttamento del potere discrezionale a fini privati. Nè va trascurato che legare il sindacato, e l'abuso punibile, ai limiti angusti e circoscritti in cui lo trattiene la riforma cui consegue un indebolimento della repressione penale, non aiuta certo a diffondere la cultura della legalità nella pubblica amministrazione, a garanzia dei valori costituzionalmente rilevanti dell'imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.) e a stimolare i soggetti cui sono affidate funzioni pubbliche ad adempierle «con disciplina ed onore» (art. 54 Cost) e tanto meno li induce all'osservanza delle norme che regolano l'esercizio del potere, anzi, è un incentivo a violarle.

La *discrezionalità sindacabile* è un territorio di confine tra autonomia amministrativa e invadenza giudiziaria¹³⁶. Ho appositamente scritto discrezionalità sindacabile in corsivo per sottolineare come sia questa la parola chiave (e l'unica strada percorribile) per un "rientro" nel nuovo art. 323 c.p. dei casi di abuso legati all'esercizio del potere discrezionale – un'esigenza che emerge in misura sempre più pressante.

Come si può intuire dalla breve descrizione della problematica che ci troviamo di fronte, è un obiettivo difficile e complesso. Non escluderei però, come anticipato, che, in prospettiva futura, con una sofisticata lettura del dettato normativo, la giurisprudenza persista nel collegare la condotta tipica punibile, e il sindacato penale che vi è connesso¹³⁷, anche agli atti e alle attività di natura discrezionale¹³⁸.

¹³⁵ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14.

¹³⁶ Cfr., GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 12

¹³⁷ Nel senso che il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'azione amministrativa potrebbe sopravvivere alla nuova configurazione dell'abuso d'ufficio, tra gli altri, GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 119.

¹³⁸ Per il momento, non è però di questo avviso una recente sentenza della cassazione (Cass., Sez. Fer., n. 32174/2020, cit., 11 dicembre 2020, in *Il Penalista*, con nota di ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione*, cit.) che sottrae le scelte amministrative legate all'esercizio del potere discrezionale alla

Può andare in questa direzione una lettura della norma che, senza sostanziali innovazioni alla precedente disciplina, sottrae alla fattispecie di abuso di *sole* violazioni di leggi o di atti aventi forza di legge, e di regole di condotta, dalla cui applicazione residuino margini di discrezionalità “*insindacabili*”.

È un’opzione interpretativa che, evidentemente, fa riferimento alla norma extrapenale disciplinante l’agire dei pubblici poteri non in astratto, nel suo momento statico, bensì nel suo svolgersi, con riferimento alla specifica attività svolta in concreto dal soggetto pubblico o dall’organo amministrativo in applicazione della regola di condotta stabilita dalla legge. Emerge qui (per inciso) l’indissolubile nesso che lega i due profili, sostanziale e processuale, dell’abuso d’ufficio¹³⁹.

Certo, è una lettura non al riparo da critiche. L’inserimento nella norma dell’aggettivo «insindacabili», si potrebbe obiettare, dilata lo spazio dell’abuso punibile ai casi di violazione di leggi dalla cui applicazione residuino margini di discrezionalità “sindacabili”, quindi comporta un ampliamento del perimetro punitivo, in violazione del divieto di *analogia in malam partem*.

Tuttavia, si può replicare: la parola «insindacabili», che il legislatore non ha voluto e ritenuto di aggiungere al requisito inserito nella fattispecie («...dalle quali non residuino margini di discrezionalità»), pur non essendo indicata nella formula legislativa, deve ritenersi, interpretando la norma in contrasto con l’intenzione dichiarata del legislatore¹⁴⁰, compresa, in forma implicita e inespressa, nel suo tenore letterale, come requisito “*intrinseco*” al testo.

In quest’ottica il suo inserimento, contrariamente alle apparenze, non va “oltre” la letteralità del dettato normativo; non lo “integra” interpretativamente *contra reum*; non comporta insomma una lettura “estensiva” della fattispecie di abuso d’ufficio. Si limita ad attribuire un ragionevole significato linguistico-empirico all’equivoco testo letterale della disposizione incriminatrice, evitando lacune di tutela ed esiti irragionevoli. Un testo – a prima vista indecifrabile, semanticamente ambiguo¹⁴¹, dai contorni sfumati, che dà luogo

nuova formulazione dell’art. 323 c.p.

¹³⁹ *Supra*, 6.

¹⁴⁰ Ritiene che specie nelle leggi di recente introduzione all’intenzione soggettiva del legislatore debba attribuirsi il ruolo di «criterio interpretativo di primo piano, non decisivo in sé ma neppure facilmente ineludibile in assenza di chiare indicazioni contrarie», ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 355 ss. Indicazioni contrarie che ritengo di poter rintracciare, per le ragioni che ho detto nel testo, con riguardo all’introduzione della parola insindacabili nella disposizione normativa introdotta dalla riforma.

¹⁴¹ Considera la formula normativa «semanticamente ambigua», tra gli altri, GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 142.

a risultati assai incerti (l'ampio spettro delle posizioni critiche assunte a riguardo dalla dottrina è eloquente) – che senza quella aggiunta, assegnando rilevanza alla sola attività vincolata ed escludendo la configurabilità del reato in relazione all'esercizio discrezionale dell'attività amministrativa, come sembrerebbe desumersi dalla sua dizione letterale, comporterebbe l'abrogazione, di fatto, del reato, perché, lo ripeto per maggiore chiarezza, è estremamente difficile incontrare un abuso d'ufficio senza abuso della discrezionalità – una parte crescente della dottrina è d'accordo¹⁴².

In conclusione, quella che qui si propone è una lettura della norma non già imposta per adempiere in via interpretativa a pretesi obblighi di tutela (non desumibili dalla Costituzione neanche per il legislatore)¹⁴³ o a lacune da colmare (*contra reum*)¹⁴⁴. È una lettura doverosa perché conforme al significato (implicito) del testo *letterale* del nuovo art. 323 c.p.¹⁴⁵.

Naturalmente, questa scelta ermeneutica è più verosimile che sia accolta dalla giurisprudenza con riguardo alla fattispecie omissiva non modificata dalla riforma (la mancata astensione in presenza di un conflitto di interesse). Una soluzione che solleva, però, dubbi di costituzionalità per disparità di trattamento tra condotta attiva e condotta omissiva¹⁴⁶.

Quanto al connesso tema del controllo penale sui profili discrezionali degli atti e dell'attività dei soggetti pubblici, non si può certo mettere in dubbio che la dottrina appare tutt'oggi divisa sul punto. Ma il fatto che non abbia

¹⁴² Così, da ultimo, anche PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 518, il quale concorda che «una violazione di legge connotata da specificità ed assenza di discrezionalità [è] una situazione difficilmente riscontrabile, in quanto i fatti di abuso si annidano nella violazione di norme che attribuiscono ai decisori poteri discrezionali».

¹⁴³ Cfr. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 48 ss., cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia ivi citata sul punto.

¹⁴⁴ Come osserva DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 101: «Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*)».

¹⁴⁵ Su questa linea è sostanzialmente la dottrina quando afferma: «Si è modificata ancora una volta la configurazione dell'abuso d'ufficio, ma il risultato potrebbe essere sempre lo stesso: permane il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa. [...] Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale: ne rappresenta l'essenza», GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 163.

¹⁴⁶ Così GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit., 10, a cui avviso è verosimile che la giurisprudenza «per evitare lacune di tutela, ed esiti irragionevoli», potrebbe dare rilievo «alle regole di condotte caratterizzate da più o meno ampi margini di discrezionalità» valorizzando «la modalità alternativa dell'abuso d'ufficio, non interessata dalla riforma in commento», vale a dire l'«omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto "o negli altri casi prescritti"». Una soluzione, osserva l'A., che comporta però una diversità di disciplina tra condotta attiva ed omissiva sollevando dubbi di costituzionalità per la violazione del principio di parità di trattamento.

una posizione univoca di fronte a una tematica così complessa, non ha impedito che tante voci, sia pure con sfumature diverse, si siano pronunciate a favore di una discrezionalità sindacabile anche agli effetti della riformulata fattispecie dell'abuso d'ufficio¹⁴⁷. Ma è difficile negare che il nodo da sciogliere, la chiave di tutto, in tema di sindacato sulla discrezionalità, è delimitarne i confini. Si tratta dell'interrogativo sempre più pressante sul quale ci fermeremo nelle considerazioni conclusive.

7. Abuso di ufficio, eccesso di potere e discrezionalità amministrativa. - Per avere uno sguardo ancora più completo sul tema della discrezionalità amministrativa, si può aggiungere qualche riflessione sulla questione se i casi di eccesso di potere appartengono ancora alla giurisdizione penale o restano soltanto un problema di competenza del giudice amministrativo. E dunque se le condotte viziate da eccesso o sviamento di potere assumono rilevanza come comportamenti tipici ex art. 323 c.p. e sono sindacabili dal giudice penale.

La configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere, una figura incerta, nebulosa, dai contorni sfumati, che riguarda, a volte, l'atto in sé e per sé considerato ma, soprattutto, la funzione dell'atto (o dei compiti inerenti al servizio)¹⁴⁸, è un tema assai controverso sul quale per lungo tempo la giurisprudenza è intervenuta senza assumere una posizione univoca e fornire una risposta chiara. La Cassazione, in tempi recenti (prima della novella del 2020) ha mutato nuovamente indirizzo (come si dirà più avanti), confermando la linea di una perenne oscillazione. Per una parte della dottrina, l'eccesso di potere non è idoneo (e non lo era anche con riferimento alle precedenti formulazioni del reato)¹⁴⁹ a costituire oggetto della "violazione di legge" che può dar luogo al reato di abuso d'ufficio, e al tempo stesso è tale

¹⁴⁷ Cfr., tra gli altri, GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 6 ss.

¹⁴⁸ Sui profili storici dell'eccesso di potere, cfr. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1963, 60; BASSI, *Lo straripamento di potere* (profilo storico), in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 264. Sulla nozione, in generale, di tale vizio, cfr. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989; CARDI-COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. publ.*, Torino, 1990, 341.

¹⁴⁹ Così, in dottrina, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 350 ss; DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, coordinato da Dalia-Ferraioli, Milano, 1997, 70 ss.; BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., 87 ss. *Contra*, tra gli altri, GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 336; e, più di recente, MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 36 ss.

da precludere qualsiasi sindacato del giudice penale incidendo sulla discrezionalità (ritenuta insindacabile) dell'atto amministrativo¹⁵⁰.

Ciò detto, è bene ricordare che i giuristi che si occupano del sindacato dal versante penale hanno un approccio diverso dall'amministrativista, per l'assoluta autonomia di accertamento – per mezzi, per tipo di interessi, per finalità – che c'è nel processo penale rispetto a quello amministrativo, per cui «la diversità di *ratio* e di finalità del sindacato esercitato dai due ordini giurisdizionali [è] di per sé idonea a giustificare la definizione normativa di diverse “soglie” di ammissibilità del sindacato stesso»¹⁵¹. Inoltre, la dottrina penalistica, ormai da tempo, ha più volte avvertito che, sebbene sia il diritto amministrativo che fornisce conoscenze chiare sui vizi dell'atto¹⁵² (perciò da esso il penalista può prelevare strumenti utili a un maggior approfondimento nel proprio campo)¹⁵³, le nozioni amministrative, per quanto ineccepibili dal punto di vista scientifico, non sono vincolanti nel campo penale dove è l'ottica penalistica a risultare decisiva, con le garanzie ed i valori sostanziali suoi propri¹⁵⁴. Nei due ambiti normativi, infatti, i vizi del provvedimento (e il sindacato) svolgono due compiti diversi, e a volte forniscono risposte contrastanti agli stessi problemi o allo stesso tipo di problemi. Da qui, ad esempio, la necessità di separare la violazione di legge come vizio tipico dell'atto amministrativo¹⁵⁵ dalla violazione di legge rilevante ex art. 323 c.p., su cui concorda larga parte della dottrina¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Così, tra gli altri, BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., 97, a cui avviso l'inclusione nella fattispecie di abuso d'ufficio del vizio di eccesso di potere comporta il rischio dell'attribuzione «ad ogni singolo giudice del ruolo di “legislatore del caso per caso”, con ciò favorendo un «invitabile passaggio da uno “Stato delle leggi” ad uno “Stato dei giudici”, vulnerando la libertà e la sicurezza dei destinatari delle norme giuridiche». Nello stesso senso, SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 147.

¹⁵¹ GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”*, cit., 9.

¹⁵² Sulla necessità di un approccio interdisciplinare alla problematica in oggetto, cfr. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, cit., 319 ss., il quale già da tempo ha lamentato che «è finora mancato un approfondito confronto scientifico tra “penalisti” e “amministrativisti” sul problema del sindacato».

¹⁵³ Lo stesso reato di abuso d'ufficio in tutte le sue formulazioni risulta strutturato in modo da tenere sempre aperto e vivo l'interscambio della prospettiva penalistica con quella amministrativistica.

¹⁵⁴ Senza contare che in relazione ai meri comportamenti materiali posti in essere nello svolgimento delle funzioni o del servizio – nei quali ad avviso unanime di giurisprudenza e dottrina può legittimamente concretarsi l'abuso d'ufficio, indipendentemente dall'adozione di formali atti amministrativi – non è nemmeno configurabile uno specifico vizio di legittimità. Cfr. GRECO-NOCERA-ZEULI, *Codice penale illustrato*, 2006, 370.

¹⁵⁵ È il vizio di legittimità per violazione di legge (in senso stretto) di cui all'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. l. C.d.s.).

¹⁵⁶ Cfr., tra gli altri, PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 106; MARINUCCI-DOLCINI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, *I delitti dei pubblici*

Nelle definizioni della dottrina pubblicistica, esso incontra diverse sfumature. Alcune assumono l'eccesso di potere come vizio tipico dell'attività discrezionale della p.a.¹⁵⁷, sì che l'uno non può essere inteso senza l'altra¹⁵⁸. Questo spiega perché il legislatore della riforma ha ritenuto (come vedremo, ingenuamente) che insieme alla discrezionalità amministrativa si sottrae dal reato di abuso d'ufficio la responsabilità penale derivante da eccesso o sviamento di potere, assumendo il vizio di violazione di legge (in senso stretto) come unico parametro di riferimento del sindacato di legittimità¹⁵⁹. Altra parte della dottrina, invece, ravvisa nell'eccesso di potere un nesso inderogabile tra esercizio del potere e fine specifico che esso è destinato a perseguire, assegnando il vizio al profilo vincolato dell'attività amministrativa¹⁶⁰. Da questo punto di vista, quando si afferma che dietro la disputa sull'eccesso di potere sta la questione della sindacabilità dell'azione discrezionale¹⁶¹, il riferimento non è ai casi di distorsione funzionale del potere dall'obiettiva de-

ufficiali, 2001, 552 ss.; SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium Iuris*, 3, 1997, 1253; GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 333; PINELLI, *Profili costituzionalistici del reato di abuso di ufficio*, in *Giur. it.*, 2000, 1095; e più di recente, GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge»*, cit., 2336; ID., *Il controllo del giudice penale*, cit., 275. Per una coincidenza tra violazione di norme di legge e violazione di legge, cfr. CAMAIOLI, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, collana diretta da Giarda-Spangher-Tonini, 1998, 49 ss.

¹⁵⁷ Così LEVITA, *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione. Forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo*, Matelica, 2008, 109; CHIEPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in AA.VV., *Studi di diritto amministrativo*, a cura di Chieppa-Lopilato, Milano, 2007; CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 908 ss.; VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, nona ed., 1999, Milano, 124 (l'eccesso di potere comporta la violazione «di quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa che, pur non essendo consacrati in norme positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato»); e, più di recente, D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, § 5, secondo cui l'eccesso di potere è un vizio dell'atto collegato a una scelta discrezionale.

¹⁵⁸ Ma è soprattutto la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha elaborato l'eccesso di potere come vizio dell'atto per cattivo uso del potere discrezionale, come "strumentalizzazione" del potere d'ufficio per fini di danno o di vantaggio privati o anche pubblici diversi da quelli istituzionali assegnati dalla legge all'atto; una definizione attraverso la quale ha costruito la stessa teorica della discrezionalità amministrativa. Cfr., anche per riferimenti giurisprudenziali, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 484 ss.; CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 487 ss., e giurisprudenza ivi cit.

¹⁵⁹ Che il legislatore abbia davvero voluto escludere l'eccesso di potere dal nuovo art. 323 c.p. disancorando la discrezionalità dall'abuso d'ufficio è opinione diffusa. Cfr. tra gli altri, MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 5 ss.

¹⁶⁰ Sul nesso (inderogabile) tra esercizio del potere e fine specifico che esso è destinato a perseguire, cfr. nella dottrina di diritto amministrativo PALMA, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge*, cit. 71 ss.; BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 245 ss.

¹⁶¹ Così ad esempio l'On. Marotta nel corso dei lavori parlamentari che portarono alla riforma del 1997 [cfr. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in D'Avino (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme del diritto difesa*, Milano, 1997, 409 ss.], secondo il quale è proprio l'eccesso di potere a consentire l'indagine del giudice penale sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

stinazione alla quale è preordinato (qui l'eccesso di potere «muove necessariamente dall'idea di un nesso finalistico vincolato tra potere conferito dalla legge e funzione ch'esso è destinato a realizzare»)¹⁶², bensì agli elementi dell'atto non presidiati da vincoli normativi precisi, ossia regolati (normativamente) in modo da lasciare ambiti di discrezionalità al funzionario pubblico¹⁶³ – attinenti all'*an*, al *quomodo* o al *quando*, ovvero al soggetto, al contenuto, alla forma o al procedimento. Ontologicamente legati alla discrezionalità sono – ad esempio – i casi di eccesso di potere inquadrati sotto l'etichetta di figure c.d. sintomatiche del vizio¹⁶⁴.

A mio avviso (l'ho già detto: *supra*, par. 6), una lettura del nuovo art. 323 che sottrae all'incriminazione per abuso d'ufficio (e al sindacato del giudice penale) l'uso strumentale del potere in relazione ai suoi profili discrezionali è tutt'altro che convincente (nei limiti della discrezionalità sindacabile: *infra* par. 8)¹⁶⁵. Ma, anche ammesso che sia così, c'è un ambito nel quale l'eccesso di potere si colloca fuori dall'area della discrezionalità amministrativa, e ricade sicuramente nel c.d. sindacato di legittimità: è l'ambito di attività per legge doverosa dell'amministrazione dove la discrezionalità è presidiata da un vincolo normativo preciso: l'esercizio del potere in vista del fine di interesse pubblico in funzione del quale è attribuito. Se dunque l'atto (o più in generale il comportamento dell'agente) è volto al solo fine di realizzare intenzionalmente un risultato di profitto o di danno e l'interesse pubblico è totalmente pretermesso, lo sviamento di potere viola una regola di condotta connotata da specificità ed assenza di discrezionalità¹⁶⁶. Qui, il controllo del

¹⁶² Vd. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 122.

¹⁶³ Così AZZENA, *Attività amministrativa-L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1255.

¹⁶⁴ Infatti, non essendo la prova ma solo un sintomo della deviazione dell'atto o dell'attività amministrativa dall'interesse pubblico (censurabile davanti al giudice amministrativo), sono basate sulla *presunzione* della presenza di un *uso distorto del potere discrezionale* e quindi comportano un sindacato sulla *discrezionalità* che si pone spesso ai confini del giudizio di merito. Cfr. VILLATA, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, p.g., Milano, 2005, 1475. Un esempio per tutti, l'ingiustizia manifesta: se la scelta dell'amministrazione sia giusta o ingiusta dipende da un giudizio strettamente legato a valutazioni soggettive riservate alla pubblica amministrazione. Perciò, nella prospettiva penalistica, si sottraggono al vaglio del giudice penale e restano fuori dal reato di abuso d'ufficio, salvo quanto si dirà in appresso (*infra*, par. 8).

¹⁶⁵ L'abuso d'ufficio per abuso dei poteri discrezionali è ritenuto oggetto di *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, in quanto non più riconducibile alla nuova versione dell'art. 323 c.p. Così Cass., Sez. VI, 08 gennaio 2021, n. 442.

¹⁶⁶ Nel senso che «non ogni possibile modalità di esplicazione dell'eccesso di potere rileva ai fini dell'integrazione del reato *de quo*, ma solo quella [alla quale si fa riferimento nel testo] in cui l'interesse pubblico cui il potere dell'agente è teleologicamente preordinato viene pretermesso, e in suo luogo è perseguito in via esclusiva un interesse diverso», GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*,

giudice penale investe un aspetto vincolato dell'esercizio del potere, non tocca le valutazioni di opportunità che si vuole libere dal controllo dei magistrati penali. Viola, infatti, una regola di condotta espressa e specifica, di immediata applicazione, che costituisce condizione di stretta legalità dell'atto. Da cui, perciò, non residua quel sia pur minimo margine di discrezionalità che, nella prospettiva del legislatore del 2020, una volta sottratto all'area dell'abuso punibile dà garanzia di non ingerenza della magistratura nella sfera delle scelte valutative dell'Amministrazione (un rischio che la nuova normativa intende scongiurare). Di conseguenza non vi è motivo di escludere la sua idoneità, nell'accezione suddetta, a costituire «violazione di legge»¹⁶⁷, ai sensi della formula rimodulata (e arricchita) dalla riforma, e ad assumere diretta rilevanza ai fini dell'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio¹⁶⁸. Per le stesse ragioni, è da ritenere infondato il dubbio che il suo re-inserimento, in via interpretativa, nella fattispecie di abuso ne comporti l'applicazione analogica *in malam partem*. Sicchè non può escludersi (anzi, a mio avviso è assai probabile) che, nella prassi applicativa, la giurisprudenza si orienti nel senso di ricondurlo nell'ambito della condotta di abuso descritta dal nuovo art. 323 c.p.

Queste brevi considerazioni paiono sufficienti a mostrare, fuori d'ogni dubbio, che, perlomeno nel caso di abuso del potere indirizzato a finalità *esclusivamente* private, in violazione della destinazione finalistica perseguita dalla fattispecie normativa di conferimento del potere, è del tutto illusoria l'idea (e la corrispondente scelta politica) del legislatore di ostacolarne il "rientro" nella nuova disposizione normativa disancorando la discrezionalità dall'abuso d'ufficio e, per converso, di "emancipare" l'abuso dalla discrezionalità escludendolo dal raggio d'azione della norma incriminatrice¹⁶⁹. L'idea è evidentemente conseguenza dell'aver legato l'eccesso di potere all'ambito dei soli profili discrezionali dell'azione amministrativa non presidiati da specifici vincoli normativi, trascurando i casi in cui la deviazione dal

cit., 12.

¹⁶⁷ Così, con riguardo all'abuso d'ufficio come novellato dalla legge n. 96/990, Cass., Sez. VI, 8 luglio 1997, n. 8417.

¹⁶⁸ Nello stesso senso, cfr. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 12, il quale sottolinea che nell'ipotesi in cui «l'interesse pubblico non sia affatto realizzato e in luogo di esso l'agente persegua esclusivamente fini privati» l'eccesso di potere debba «assurgere a rilevanza penale sotto il profilo del reato di abuso d'ufficio».

¹⁶⁹ Era questa la convinzione anche del legislatore della riforma del 1997. Cfr. l'intervento dell'on. MAROTTA, in *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di DALIA, in AA.VV., *Modifica dell'abuso di ufficio*, cit., 325. La dottrina era però del parere che il legislatore non fosse riuscito nel suo intento. Cfr., tra gli altri, MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 393.

fine per cui il potere è attribuito (con causazione intenzionale di un profitto patrimoniale o di un danno a terzi) è riconducibile alla violazione di legge (in senso ampio).

L'ipotesi, qui prospettata, è stata presa in esame dalla giurisprudenza nella fase immediatamente successiva alla riforma del 1997, il cui indirizzo¹⁷⁰ una sentenza della Cassazione riassume nella seguente affermazione: «La dizione “violazione di norma di legge” [...] non circoscrive [...] al solo tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge. Sicché tale dizione implica che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma¹⁷¹ e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico»¹⁷². Un concetto ribadito, con argomenti seri e meditati, dalla sentenza della Cassazione n. 37373/214, nella quale tra l'altro si legge: «Il legislatore della novella non ha inteso limitare la portata applicativa dell'art. 323 c.p. ai casi di violazione di legge in senso stretto, avendo voluto far rientrare anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo: dunque, anche le ipotesi di eccesso di potere...e di sviamento di potere»¹⁷³, e, già prima, dalle Sezioni Unite n. 155/2011, che ha fatto rientrare lo sviamento di potere nell'ambito della violazione di legge (e dell'abuso d'ufficio) argomentando che: «Per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità»¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Su questo indirizzo interpretativo, cfr. ampiamente MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 39 ss.

¹⁷¹ Il metodo teleologico, nello specifico caso dell'abuso d'ufficio, non è andato esente da critiche: cfr. ad esempio, SCOLETTA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, 451,

¹⁷² Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, in *Giur. it.*, 2003, 1903. Così già Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1998, n. 5820, in *Riv. Pen.*, 1988, 779, e in *Cass. Pen.*, 1999, 1761, con nota di MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive di determinatezza della fattispecie: la «violazione di norme di legge»*. *Contra*, Cass., Sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761.

¹⁷³ Cass., Sez. VI, n. 37373/2014, cit. Nel senso invece che il vizio di eccesso di potere sarebbe estraneo all'ambito precettivo di cui all'art. 323 c.p., Cass., Sez. IV, n. 1761/2002, cit.

¹⁷⁴ Cass., Sez. Un., 29 novembre 2011, n. 155, in *Riv. Pen.*, 2012, 413, con nota di DE BELLIS, e in *Cass. Pen.*, 2012, 2444, con nota di CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, la quale precisa: «Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della

Dunque, prima dell'attuale riforma, la violazione di legge non veniva più interpretata dalla giurisprudenza *riduttivamente*, come violazione di uno specifico precetto, ossia come violazione, diretta e puntuale, dei requisiti consacrati in norme positive e prescritti come condizione per l'esercizio dell'attività amministrativa (violazione di legge in senso stretto, o *abuso oggettivo*). Ma assumeva una dimensione comprensiva del contrasto con la causa tipica per cui il potere è attribuito¹⁷⁵ che non lascia spazio ad alcuna discrezionalità (c.d. *abuso soggettivo*)¹⁷⁶. Il connubio tra i due vizi dà vita al concetto di violazione di legge in senso ampio¹⁷⁷, riconducibile nell'ambito applicativo del precedente e dell'attuale abuso d'ufficio.

Quanto al piano criminologico, non sarà mai ripetuto abbastanza che sottrarre all'abuso d'ufficio, e al controllo del giudice penale, l'eccesso (o sviamento) di potere¹⁷⁸, configurato come manifestazione di sostanziale violazione di legge nel rispetto formale del suo contenuto¹⁷⁹, impedisce di far emer-

funzione legale, che è denominata sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione». Per una critica a siffatto orientamento giurisprudenziale, cfr. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, 5 febbraio 2019, in www.archiviopenale.it, che considera «fuorviante» il ricorso ai fini di una estensione semantica della nozione di violazione di legge cui fa riferimento l'art. 323 c.p. «all'idea [...] di un generico contrasto con gli scopi della norma e dell'atto amministrativo», cui conseguirebbe «a seguito del venir meno di una verifica dei suoi parametri formali [...] il rischio di sottrarre alla legge la definizione della tipicità penale».

¹⁷⁵ Per una dettagliata ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale, cfr. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 40 ss. Contro la ricostruzione della formula previgente dell'abuso d'ufficio risultante dalla giurisprudenza più sopra citata che identifica nell'eccesso di potere la violazione di una norma come richiesta dall'art. 323 c.p., cfr. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 356, a cui avviso «la locuzione «violazione di norme di legge o di regolamento ...sembra in realtà adottata unicamente per sottolineare – riferibile com'è la condotta rilevante all'intera attività sia del p.u. che dell'i.p.s. – la distanza e l'autonomia rispetto ai vizi tipici dell'atto amministrativo, nonché per segnalare piuttosto la necessità di una diretta contrarietà a regole scritte positivamente indicate dall'ordinamento».

¹⁷⁶ Una distinzione, quella tra abuso soggettivo e oggettivo, dominante per molti decenni a partire dagli anni Venti, dunque, prima ancora dell'entrata in vigore della nuova fattispecie di abuso introdotta dal codice Rocco nell'interpretazione dottrina e nell'applicazione giurisprudenziale. Dottrina e giurisprudenza, agli effetti del reato di abuso d'ufficio, assimilavano lo sviamento di potere alla violazione di legge. Per la dottrina cfr., tra gli altri, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da Nuvoletto e Pisapia, Vol. III, Torino, 1981, 280. Per la giurisprudenza, fra le altre, Cass., 16 ottobre 1929, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1930, 33; Cass., Sez. VI, 26 ottobre 1971, n. 1365, in *Giust. pen.*, 1972, II, 850; Cass. 9. Novembre 1977, ivi, II, 324. In merito, cfr. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 40.

¹⁷⁷ Nel senso che nella violazione di legge confluiscono tutti e tre i vizi dell'atto amministrativo e quindi anche l'eccesso di potere, cfr. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 114; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 312; VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, 2001, 12 ss.

¹⁷⁸ Nel senso che «La scelta legislativa in senso abolitivo della rilevanza penale dell'eccesso di potere, se certamente rende la norma più determinata, allo stesso tempo lascia nell'ordinamento una norma *inutile*», MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 15 ss.

¹⁷⁹ Cfr. sul punto GASPARRI, voce *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 135;

gere il reale fine per cui il provvedimento è stato emesso e quindi di accertare, e sanzionare, le condotte più subdole e gli abusi più frequenti commessi dai soggetti pubblici nell'esercizio delle funzioni o del servizio¹⁸⁰.

8. *Considerazioni conclusive. Il controllo del giudice penale sull'uso del potere discrezionale dei soggetti pubblici e l'abuso d'ufficio per abuso del potere discrezionale: il ruolo del principio di ragionevolezza.* Sul dibattuto e controverso problema se sia configurabile il reato di cui all'art. 323 c.p. nell'abuso del potere discrezionale, e se al giudice penale sia riconosciuto il potere-dovere di controllarne l'esercizio¹⁸¹ – un tema che divide da sempre a riaccendere il dibattito provvede ora il novellato abuso d'ufficio che attribuisce un nuovo e consistente rilievo alla questione –, coesiste come si sa una divaricata gamma di opinioni.

La discrezionalità amministrativa – il perno attorno al quale ruota tutto il problema del sindacato – si compone di profili sindacabili e non sindacabili, come si è visto in queste pagine. Ciò sembra sfuggire al legislatore della riforma che, come anticipato, usandola in chiave di libertà assoluta, di *piena* autonomia – perlomeno nei confronti dei giudici penali e agli effetti dell'abuso d'ufficio – ha scelto di sponsorizzarla a senso unico scolorendo il confine tra due tipologie ben distinte.

Lo spazio discrezionale dell'azione amministrativa, infatti, è assunto come luogo di intervento esclusivo dell'amministrazione, un ambito interamente ad essa riservato e quindi inattaccabile dagli altri poteri. C'è insomma, sullo sfondo, l'idea che la pubblica amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, non possa subire alcun controllo da parte della magistratura – con conseguente allentamento della repressione penale. Sicchè nel nuovo

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 585; VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 12 ss.; BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., 87 ss.

¹⁸⁰ È stato detto innumerevoli volte che l'atto formalmente o apparentemente legittimo sul piano amministrativo spesso sottintende un uso strumentale dei poteri per un'illegitima finalità perseguita in concreto dal funzionario, ed è per questo la migliore copertura di un "abuso." Così PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7; ID., *Commento alla L.16/7/1997*, cit., 747, il quale segnala il rischio di lasciare impunte forme striscianti di abuso che si nascondono «dietro il paravento di una "scrupolosa osservanza" delle leggi e dei regolamenti». Cfr. inoltre, tra gli altri, GATTA, *La riforma del 2020*, cit., 72; DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Liber amicorum Admo Manna*, cit., 223 ss.; MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 15 ss.

¹⁸¹ Sul tema, cfr. 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, 603 ss.

abuso d'ufficio discrezionalità amministrativa diviene sinonimo di discrezionalità insindacabile: una *pars pro toto* (una sineddoche) che consegna ai funzionari pubblici una libertà senza limiti, e assicura loro invulnerabilità sul piano penale.

L'esercizio del potere è ontologicamente legato alla discrezionalità amministrativa, non ci sono dubbi, in una serie di ambiti che rientrano nello schema di un giudizio largamente valutativo, obbiettivamente incerto, lasciati perciò alla valutazione dell'amministrazione che ha in proposito ampi margini di scelta. Si tratta di casi di cui parla ampiamente la dottrina pubblicistica, e ben noti a quella penalistica¹⁸².

In sintesi, sfuggono al vaglio del giudice penale e all'area dell'abuso d'ufficio (nei limiti di cui subito si dirà) le scelte del pubblico agente che riguardano il *modo migliore* per realizzare l'interesse pubblico; l'*adeguatezza* tra mezzi impiegati e fini perseguiti; le soluzioni *più efficaci* preordinate al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione richiamati dall'art. 97 della Costituzione; la *corretta* ponderazione e comparazione e l'*ottimale* assetto degli interessi in gioco: l'interesse c.d. primario e quelli cosiddetti secondari (pubblici e privati); la *giusta* misura del sacrificio imposto agli interessi soccombenti (non importa, agli effetti penali, con quali mezzi, con quali procedure, e con quali risultati). Caratterizzati da un elevato coefficiente di discrezionalità, implicano doveri penalmente non vincolanti a dimostrazione del fatto che, pur essendo la illiceità penale della condotta, anche alla luce dell'ultima modifica, vincolata alla violazione di norme di legge e quindi «alla presenza di una illegittimità formale dell'atto o del provvedimento»¹⁸³, non tutte le ipotesi di illegittimità danno sostanza penalistica alla condotta e assumono rilevanza agli effetti dell'abuso d'ufficio¹⁸⁴, oramai non più identificato con i vizi dell'atto¹⁸⁵, anche se il vizio pregiudica lo svolgimento della funzione o del servizio e ne determina l'annullamento.

¹⁸² Cfr., da ultimo, GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 6 ss., con ampi richiami alla dottrina di diritto amministrativo.

¹⁸³ SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1252.

¹⁸⁴ Così Cass., Sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238, in *Riv. Pen.*, 1999, 51, secondo cui sarebbe «alto il rischio di far ricedere nel campo dell'illiceità penale la mera illegittimità formale o la mera irregolarità dell'attività amministrativa», ribadendo il principio «che la violazione di legge potrebbe di per sé non essere sufficiente a integrare gli estremi di un abuso funzionale meritevole di punizione».

¹⁸⁵ Così invece la giurisprudenza, vigente il testo originario dell'art. 323 c.p., che faceva coincidere l'abuso di ufficio con l'adozione di un atto affetto da uno dei tre vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere). Un orientamento avallato da una sentenza della Corte costituzionale del 1965 secondo la quale: «Il fatto punibile consiste nella trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento

C'è dunque – la dottrina lo ha segnalato a più riprese – «un ambito più o meno ampio in cui la illegittimità dell'atto, ove pure accertata sul piano amministrativo, non è mai suscettibile di integrare il reato di abuso d'ufficio»¹⁸⁶. A conferma del carattere accessorio o di sussidiarietà del diritto penale¹⁸⁷ e del principio del ricorso alla pena come *extrema ratio* per far posto a strumenti sanzionatori di tipo extrapenale e a forme diverse di responsabilità (ad esempio, quella disciplinare e/o per danno erariale)¹⁸⁸. Sulla distinzione tra abuso penalmente rilevante (una figura “di confine” tra diritto penale e diritto amministrativo)¹⁸⁹ e semplice illegittimità o irregolarità amministrativa vi è consenso unanime in dottrina e su tale posizione è attestata la stessa giurisprudenza.

È stato ripetuto a sufficienza che il controllo se l'amministrazione e per essa il singolo organo o funzionario agente abbia fatto *buon governo* del potere discrezionale scegliendo la migliore soluzione tra più scelte possibili, compete alla giurisdizione amministrativa istituzionalmente preposta a tale verifica, non al giudice penale. Vero. Tuttavia, non senza un limite. Non è detto infatti che «sia obbligata la scelta [del legislatore della riforma] di escludere *in toto* ogni spazio di sindacabilità delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione»¹⁹⁰.

Come anticipato, la parola chiave per un “ritorno” dell'abuso d'ufficio ai casi di abuso collegati all'esercizio del potere discrezionale e l'estensione del sindacato penale ai profili valutativi dell'azione amministrativa, è “discrezionalità sindacabile”, separata e distinta da ciò che appartiene invece allo spazio decisionale “libero” degli amministratori pubblici, che la dottrina pubblicistica identifica con il c.d. merito amministrativo¹⁹¹.

illegittimo, posto in essere con dolo». Cfr. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 103 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2860 ss.

¹⁸⁶ GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”*, cit., 7

¹⁸⁷ Il principio di sussidiarietà, recepito in una circolare della presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983, riguarda i criteri orientativi ai quali si dovrebbe attenere il legislatore nella scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa.

¹⁸⁸ 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, 1373, n. 631.

¹⁸⁹ Cfr., per tutti, GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”*, cit., 12.

¹⁹⁰ Lo afferma GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”*, cit., 7, ma è opinione di larga parte della dottrina.

¹⁹¹ Sul concetto di merito amministrativo, una nozione dogmatica e di teoria generale che risulta

Una volta re-introdotta l'abuso di discrezionalità (e il sindacato penale) nell'area applicativa della nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (un'opzione interpretativa della quale abbiamo già parlato)¹⁹², la domanda ulteriore è dove si colloca il confine. Una risposta – se ce n'è una – può darla il principio di *ragionevolezza*¹⁹³: un elemento nuovo nella discussione sulla dialettica binaria “autonomia dell'amministrazione-controllo dei giudici penali”, caratterizzata dal difficile bilanciamento tra due esigenze distinte e contrapposte, apparentemente inconciliabili ed entrambe inderogabili, che corrono il rischio di precipitare l'una nell'impunità, l'altro nell'arbitrio.

Del principio di ragionevolezza, una problematica complessa e dibattuta che ovviamente non intendo approfondire, è utile (e sufficiente) un accenno alle note distintive che ne sintetizzano il concetto, da cui è possibile ricavare elementi utili per cercare una risposta alla domanda sui limiti del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa e dell'abuso punibile, al centro delle mie riflessioni conclusive.

Il principio di ragionevolezza rientra tra i «grandi principi costituzionali di carattere generale»¹⁹⁴. Ragionevolezza e proporzionalità sono considerati i due baluardi del costituzionalismo moderno. È un tema di riflessione comune a tutte le discipline giuridiche, nessuna esclusa. Quanto all'attività legislativa, la razionalità si intreccia e interagisce con la scelta politica, quindi con valutazioni di opportunità e convenienza; ed è importante distinguere ciò che è razionalità e ciò che è valutazione perché è ovvio che la valutazione è una verità soggettiva per sua natura opinabile. Negli ordinamenti a costituzione rigida (come il nostro), e in relazione alle norme programmatiche che indicano al legislatore determinati fini da perseguire nell'esercizio dei suoi poteri, assicurandogli al contempo un ampio margine di scelta sull'*an*, il *quando* e il *quomodo*, l'attività legislativa non è libera nel fine ed è sottopo-

dall'elaborazione congiunta di dottrina e di giurisprudenza e che si propende a configurare come sfera di attività non soggetta alla legge e quindi sottratta al sindacato dei giudici, ordinari e amministrativi, salvo per questi ultimi i casi eccezionali di giurisdizione di merito, cfr. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 53, a cui risale la definizione come l'ambito delle scelte di mere opportunità che residuano all'amministrazione una volta constatato che esistono più modalità legittime di perseguimento dell'interesse pubblico indicato dalla legge. Così anche, tra gli altri, SANTI, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1937, 37 ss.; CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976 e, di recente, CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2017.

¹⁹² *Supra*, par. 6.

¹⁹³ Sul concetto di ragionevolezza, cfr. SPARAPANI, *Ragionevolezza e proporzionalità: storia italiana di un incontro tra i due baluardi del costituzionalismo moderno*, in *Filo diritto*, Novembre 2020, 20 ss.

¹⁹⁴ VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

sta al sindacato costituzionale di *ragionevolezza*, sempre più spesso rapportato ai principi di *proporzionalità* e *uguaglianza* rispetto allo scopo della legge. In tutte le sue varie declinazioni, come ha osservato autorevole dottrina, il giudizio sulla ragionevolezza «si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa, come momento essenziale e ineliminabile»¹⁹⁵. Evidente, dunque, la simmetrica corrispondenza tra il giudizio sulla ragionevolezza dell'agire amministrativo e quello sulla ragionevolezza (non arbitrarietà) della legge: in entrambi i campi, amministrazione e legislazione, deve rinvenirsi una ragionevolezza di fondo.

Il principio di ragionevolezza, o di ragione, ha assunto progressivamente, sul piano assiologico, un'importanza crescente, soprattutto attraverso l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale¹⁹⁶. Fino a diventare la base su cui poggia, seppure in forma implicita, l'intero sistema normativo: quando manca, tutto diviene opinabile ed erode la certezza del diritto. Da tempo si è esteso nel settore pubblicistico e in ogni parte dell'ordinamento¹⁹⁷. Quindi opera anche nel diritto penale sostanziale¹⁹⁸.

In tale ambito, con specifico riferimento al delitto di abuso d'ufficio (ma non solo)¹⁹⁹, si può cogliere, nel criterio di ragionevolezza, un'indicazione per individuare le condizioni e i limiti dell'uso del potere discrezionale di funzionari e operatori pubblici e parallelamente i confini del potere di controllo dei giudici penali sulla discrezionalità amministrativa – due poteri che

¹⁹⁵ LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 642. Cfr. anche AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994; ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 147 ss.

¹⁹⁶ Nel senso che il quadro edittale predisposto dal legislatore può essere censurato soltanto nel caso in cui non sia rispettato il limite della ragionevolezza, tra le altre, Corte cost., 6 luglio 1989, n. 409; Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236.

¹⁹⁷ D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; LA TORRE-SPADARO, *La ragionevolezza del diritto*, Torino, 2020; CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXV, 1994, 1-27.

¹⁹⁸ Sul ruolo del principio di ragionevolezza nel diritto penale, cfr. LONGO, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale. Brevi riflessioni a partire da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, 29 novembre 2017, in *www.archiviopenale.it*, 13 ss. Sui problemi posti dal controllo di ragionevolezza in diritto penale sostanziale, cfr. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 271 ss., 320-348, seconda ed. riveduta, Torino, 2006.

¹⁹⁹ Il sindacato penale assume infatti un ruolo decisivo nell'interpretazione e applicazione di numerose fattispecie incriminatrici dei reati dei pubblici amministratori. Una per tutte, la fattispecie di corruzione (art. 319 c.p.) con riguardo alla nozione di «atto contrario ai doveri di ufficio».

necessitano entrambi di razionalità e misura, e conseguentemente i confini dell'abuso di discrezionalità punibile ai sensi dell'art. 323 c.p.

Com'è noto, manca una definizione del concetto di ragionevolezza – una categoria sfuggente, con contorni incerti, sfumati, che non si lascia facilmente racchiudere in una formula efficacemente operativa. Al punto che un giurista autorevole è giunto alla conclusione che immaginare l'esistenza di un principio di ragionevolezza è una pura illusione, in realtà non esiste²⁰⁰. Un'affermazione da mettere in parallelo con quella di un altro autorevole giurista, poi giudice e presidente della Corte costituzionale, che altrettanto definitivamente sembrava liquidare il principio quando in risposta alla domanda che cos'è la ragionevolezza, ha scritto: cos'altro si può dire «se non [...] ciò che quindici uomini (ma anche meno) riuniti a Palazzo della Consulta, ritengono secondo il loro arbitrio che sia ragionevole?»²⁰¹.

Tuttavia, le tecniche decisorie riconducibili al giudizio di ragionevolezza²⁰², sia pure fra molte oscillazioni e contraddizioni²⁰³, sono presenti (direi, “ragionevolmente”) nella quotidiana esperienza della giurisprudenza costituzionale, non solo nei giudizi volti a rilevare l'oggettiva irrazionalità delle scelte legislative ma anche negli altri giudizi assegnati alla Corte²⁰⁴. Esse hanno assunto progressivamente il ruolo di elemento di legittimazione del potere e delle forme attraverso le quali esso si esprime²⁰⁵. Oggi, nessuno mette più in discussione questa verità, è una certezza, anche se, per altri aspetti, il dibattito è aperto e lascia molti punti oscuri.

Fuori dall'ambito dell'attività legislativa, tra l'altro e in particolare, sul versante della discrezionalità della pubblica amministrazione, la razionalità della scelta costituisce un limite esterno della discrezionalità²⁰⁶. Per l'esattezza, la scelta deve essere in accordo con la ragionevolezza, che viene esplicitamente indicata come riferimento essenziale della discrezionalità. Così, alcune figu-

²⁰⁰ PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992*, Milano, 1994, 163-167.

²⁰¹ BALDASSARRE, *Intervento*, in *La Costituzione tra realtà giuridica e realtà sociale*, a cura di Occhiocupo, Bologna 1978, 27.

²⁰² Sul quale, per tutti, MARRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

²⁰³ Per ulteriori rilievi critici cfr., tra gli altri, SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 399 ss.

²⁰⁴ Per esempio, in tema di conflitti fra poteri dello Stato. Cfr. sul punto, ampiamente, SPARAPANI, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., par. 4.

²⁰⁵ SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La ragionevolezza del diritto*, cit., 231 ss.

²⁰⁶ VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, nona ed., 1999, Milano, 124.

re dell'eccesso di potere (le c.d. figure sintomatiche) – ad esempio illogicità manifesta e contraddittorietà tra motivi e dispositivo – si presentano come sintomi di irragionevolezza, e vengono ricondotte ad una irragionevolezza dell'agire amministrativo²⁰⁷. La stessa individuazione dell'*interesse pubblico in concreto* da realizzare deve avvenire secondo parametri di irragionevolezza²⁰⁸. E perfino l'eccesso di potere si concreta in un controllo della razionalità del comportamento amministrativo²⁰⁹. Insomma, il principio di irragionevolezza «è connaturato alla stessa esistenza dell'ordinamento amministrativo», e si qualifica come «vera e propria norma giuridica, rappresentando le esigenze generali che l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta»²¹⁰.

Da qui può argomentarsi che l'idea di irragionevolezza, lungi dall'essere intesa come contrapposizione semantica con la discrezionalità, fa corpo con essa e ne costituisce l'essenza – sempre minacciata dalla prospettiva di una scissione forzata. Ne consegue che nessun parallelo, nessuna analogia, può essere posta alla base della parificazione tra “discrezionalità amministrativa” e “piena e incontrollata facoltà di libera azione” (mero arbitrio)²¹¹ – agli antipodi l'una dall'altra. Mi sentirei di aggiungere – non credo sia un azzardo – che la decisione di una linea di azione al posto di un'altra è *autenticamente* libera (discrezionale), se si informa entro criteri di logicità-razionalità e, per contro, marginalizza il suo ruolo (sembra un paradosso ma a riflettere bene non lo è) se è indipendente dall'esame e da un vincolo costante di rendiconto della razionalità della scelta. Lo conferma la dottrina amministrativa che considera il principio di irragionevolezza «*il perno del dover essere della discrezionalità*»²¹².

Chiuso questo lungo preambolo, dal quale, se non cado in errore, non si poteva o non era opportuno prescindere, arrivo adesso al punto.

Sul versante dell'abuso d'ufficio, come si è accennato, attraverso il canone della irragionevolezza, sotto il profilo già evidenziato di limite esterno, non scritto, della discrezionalità amministrativa, il sindacato del giudice penale può estendersi al corretto uso della discrezionalità nell'esercizio del potere.

²⁰⁷ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., poi in, *Vita e pensiero*, 2006, 991 ss.

²⁰⁸ Cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 491 ss.

²⁰⁹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 1993, 318.

²¹⁰ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 993.

²¹¹ Nel senso che «la discrezionalità non è sinonimo di arbitrarietà», cfr. Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2010, n. 8722.

²¹² BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 928.

La violazione del principio di ragionevolezza consente di accertare la strumentalizzazione delle pubbliche funzioni per fini illeciti, senza investire la ‘bontà’ intrinseca dell’atto, la cui manifesta illogicità e incoerenza prevale sul principio dell’insindacabilità della scelta – di necessità, discrezionale – della p.a. nella ricerca del modo migliore per realizzare l’interesse pubblico²¹³.

Lo schema di giudizio, grazie al quale il giudice può sindacare le scelte discrezionali dell’amministrazione (che in campo penale sostituisce la polarità “*discrezionalità sindacabile-discrezionalità insindacabile*” alla bipartizione “*legittimità-merito*”)²¹⁴, si può riassumere così – con semplificazione tanto drastica quanto necessaria.

Laddove la scelta del soggetto agente tra più possibili modalità di perseguimento dell’interesse pubblico ovvero di composizione degli interessi coinvolti assume una dimensione così irrazionale da sovvertire la logica e il buon senso e attinge l’arbitrarietà, la discrezionalità amministrativa fuoriesce dagli spazi di valutazione autonoma dell’amministrazione ed è sottoposta al controllo del giudice penale, anche in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità, ad eccezione degli atti politici²¹⁵ e di alta amministrazione²¹⁶. Un controllo «esterno» di razionalità che non investe l’«intrinseca» *correttezza* delle scelte amministrative formulate in forza di regole non scritte²¹⁷, non invade le valutazioni di

²¹³ Il principio opera in contiguità con il dolo intenzionale e con l’evento quando, in particolare, il fine privato di ingiustificato profitto patrimoniale o di danno ingiusto rappresenta il risultato fisiologico del provvedimento amministrativo ed è perseguito, e realizzato, nell’esercizio di un’attività discrezionale. In tal caso, si pone «l’esigenza che i risultati prodotti [dalla condotta dell’agente] e il loro impatto sulla legalità dell’azione amministrativa siano apprezzati dal giudice per quanto possibile su un piano oggettivo», e che l’ingiustizia sia «parametrata sugli effetti che in via ordinaria, e cioè al netto della violazione di norme di legge o di regolamento, l’attività dell’agente avrebbe potuto o dovuto produrre» (così GRECO, *Abuso d’ufficio: per un approccio “eclettico”*, cit., 14 ss). Di conseguenza, in questo caso, l’ingiustizia del vantaggio o del danno ovvero, in caso di compresenza dell’interesse pubblico, l’ingiusto sacrificio imposto al fine pubblico primario rispetto a quello privato (con conseguente vantaggio patrimoniale per il pubblico agente o per altri), o viceversa (con danno altrui), dipende dalla irragionevolezza della scelta delle modalità di realizzazione dell’interesse pubblico. Sul requisito della doppia ingiustizia, cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2019, n. 24186; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 58412. Per la dottrina, su posizioni diverse, cfr. tra gli altri MANES, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 6 ss.; PADOVANI, *L’abuso d’ufficio (la nuova struttura dell’art. 323 e l’eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., 593-594;

²¹⁴ Una sostituzione necessaria, perché la parola merito, contrapposta a legittimità, suppone la sua assoluta insindacabilità che invece, in compagnia di autorevole dottrina, contestiamo (*supra*, 22, 36).

²¹⁵ Sugli atti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico (dichiarati non impugnabili dall’articolo 7, comma 1, cod. proc. amm.), cfr. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *L’atto politico (e il “politico”)*, in *Giust. civ.*, 2008, 2, 517.

²¹⁶ Sugli atti di alta amministrazione, cfr. PAOLANTONIO, *Sul sindacato di legittimità nei confronti degli atti di alta amministrazione*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2005.

²¹⁷ Così MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, dove ha trattato

opportunità che attengono agli ambiti della discrezionalità *insindacabile* – il c.d. merito che, penetrando nel cuore stesso della discrezionalità amministrativa²¹⁸, appartiene, nel caso in cui sia rispettato il limite di ragionevolezza, alla sfera ‘libera’ dell’attività discrezionale²¹⁹. Il principio di ragionevolezza riduce il parametro di valutazione entro i limiti di un giudizio, diretto a «verificare in concreto se un merito amministrativo esiste davvero, o non si tratta, piuttosto, di un ‘merito’ criminoso»²²⁰. Naturalmente la violazione del principio di ragionevolezza assume rilevanza, ai fini dell’integrazione dell’abuso d’ufficio, a condizione che il giudice accerti non solo l’effettiva ratio ispiratrice del comportamento del soggetto agente (l’intenzionale realizzazione di un vantaggio o di un danno), ma anche che vi sia un’alta probabilità logica (secondo la regola dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio»)²²¹ che abbia agito con la consapevolezza dell’arbitrarietà della propria condotta, in mancanza della quale, malgrado l’oggettiva finalizzazione della stessa verso un risultato di vantaggio per sé o per altri o di danno altrui, deve escludersi, se non l’*intenzionalità* che deve qualificare necessariamente il dolo dell’abuso d’ufficio²²², che il funzionario si sia rappresentato l’illiceità dell’evento di vantaggio o di danno.

Si può obiettare che il controllo sulla manifesta arbitrarietà o la palese irragionevolezza della scelta amministrativa comporta il rischio di ricadute in giudizi di valore. Cioè che all’apprezzamento opinabile dell’amministrazione sulla “bontà” delle opzioni riconducibili all’esercizio della discrezionalità amministrativa subentri un altro apprezzamento parimenti opinabile del giudice penale.

È vero. Se, da un lato, sul piano per così dire “astratto”, il principio è fondato su solide basi e non teme smentite, non altrettanto può dirsi riguardo ai vari modi con i quali trova applicazione. La sua empirica inafferrabilità, la mancanza di dettagli sulle modalità operative, porta con sé il pericolo che

ampiamente il tema.

²¹⁸ Sul concetto di vizio di merito inteso come inopportunità dell’atto amministrativo, cfr. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 360 ss. e 551 ss. Sul rapporto tra discrezionalità e merito in campo amministrativo, cfr. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 296 ss.

²¹⁹ Sul punto cfr., per tutti, anche per gli opportuni riferimenti dottrinari e giurisprudenziali, Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021, Roma, 1021 ss.

²²⁰ Padovani, *Una riforma imperfetta*, cit., 123.

²²¹ Sulla regola dell’«oltre ogni ragionevole dubbio» formalizzata nell’art. 533, primo comma, c.p.p., come sostituito dall’art. 5 della l. n. 46 del 2006, cfr. Cass., Sez. VI, 7 marzo 2019, n. 10093.

²²² In senso critico circa la presenza (giudicata irragionevole) del dolo intenzionale nell’abuso di ufficio, cfr. Fiandaca-Musco, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Torino, 2012, 256 ss.; Manna, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d’abuso d’ufficio*, cit., 28 ss.

dietro il giudizio di irragionevolezza si celi in realtà una diversa valutazione del giudice penale.

Ma il fatto che spesso si possa esprimere incertezza nel giudicare nei casi specifici l'arbitrarietà o, per contro, l'oggettiva e intrinseca coerenza delle decisioni amministrative, non toglie che altrettanto spesso non ci sia alcun dubbio sulla verifica se a sostegno delle scelte dei soggetti pubblici ci sia un elemento razionale di valutazione o un abuso di discrezionalità. Basta sapere che il principio di ragionevolezza contiene luci e ombre. Nessuno fa mistero dei difetti. Ma nemmeno dei pregi.

Premesso che è pura utopia l'idea di potersi liberare da ogni riferimento alla soggettività, tipica di una logica binaria che non ammette sfumature, è difficile infatti immaginare uno strumento per tracciare il discrimine tra sfera d'intervento riservata all'amministrazione e discrezionalità soggetta a controllo giurisdizionale che sia connotato da parametri meno legati a un *soggettivismo* empirico e maggiormente *oggettivizzati* e al contempo in grado di garantire minori probabilità di accesso del giudice penale ai profili di opportunità rimessi esclusivamente alle valutazioni dell'amministrazione.

Se, dunque, non è la soluzione ideale, è la soluzione migliore – ammesso che ce ne sia una alternativa – per tracciare o cercare di individuare la sottile linea di confine che separa la discrezionalità insindacabile da quella sindacabile. E per sciogliere il nodo più controverso nei rapporti tra potere esecutivo e potere giurisdizionale: quello di un ragionevole temperamento tra due esigenze tendenzialmente opposte ma entrambe degne di tutela: da un lato garantire una più sicura perimetrazione di uno spazio per intangibili scelte amministrative, per tenere lontani funzionari e operatori pubblici da un eccesso di ingiustificato rischio penale; dall'altro contrastare o almeno ridurre il dilagare della disonestà e dell'affarismo nella pubblica amministrazione²²³. Con il fine ultimo di ri-comporre l'equilibrio politico-istituzionale tra controllo di legalità e riserva di amministrazione, tra potere giudiziario e potere esecutivo, ciascuno per la parte di sua competenza, la cui frattura – amplificando il fenomeno nell'opacità delle reminiscenze della vicenda Tangentopoli che evidentemente si sviluppò in tutt'altra temperie culturale e politica rispetto ai nostri giorni – sembra percepita dal distratto legislatore

²²³ Pone in evidenza la necessità della «ricerca di una soluzione equilibrata, idonea ad assicurare il perseguimento degli obiettivi di salvaguardia di sfere valutative riservate alla p.a. senza sacrificare oltre misura il controllo di legalità dell'azione amministrativa», GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., 5.

del 2020 di dimensioni mai raggiunte da nessuna fase precedente.