

LO SCUDO DI CRISTALLO: LA RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO E LA RIEMERGENTE TENTAZIONE "NEUTRALIZZATRICE" DELLA GIURISPRUDENZA

Sottotitolo

di Andrea Merlo

L'articolo, dopo aver passato in rassegna le ragioni e i limiti delle recenti modifiche normative riguardanti il reato di abuso d'ufficio (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), analizza le prime sentenze successive alla riforma. Quel che emerge è una spiccata tendenza della giurisprudenza a ridimensionare la portata delle specificazioni che il legislatore aveva introdotto per arginare l'estensione del sindacato penale sulla pubblica amministrazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma del 2020. – 2.1. L'esclusione dei regolamenti e il problema delle violazioni mediate. – 2.2. L'esclusione delle norme di principio e dell'eccesso di potere. – 2.2.1. Segue. La tentazione giurisprudenziale di ridimensionare la portata della riforma. Considerazioni critiche. – 3. Gli ulteriori spazi di manovra rimasti ancora inesplorati. – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Se dovesse associarsi un'immagine alla fattispecie di abuso d'ufficio, forse quella più appropriata sarebbe quella circolare dell'uroboro, il leggendario serpente che si morde la coda eletto da Friedrich Nietzsche a simbolo dell'«eterno ritorno». Con inesorabile ciclicità, infatti, il reato diviene oggetto delle attenzioni riformatrici del legislatore penale con l'obiettivo di dotare la fattispecie di una formulazione più rispondente ai canoni della determinatezza e, soprattutto, meglio capace di tenere l'operato dei pubblici amministratori al riparo dall'occhiuto sindacato della magistratura penale. L'ultima tappa di questa inesauribile saga è (almeno per il momento) rappresentata dall'approvazione «salvo intese» del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, poi convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, che con significative interpolazioni della fattispecie vigente segna oggi la quarta riformulazione dell'art. 323 c.p. (cinque, se si considera anche il ritocco delle forbici edittali dovuto alla c.d. riforma Severino)¹.

¹ Non potendo in questa sede ripercorrere le molte tappe della tormentata storia dell'abuso d'ufficio, sia consentito rinviare, per una ricostruzione aggiornata, a MERLO (2019), *passim*.

In particolare, l'art. 23 del decreto interviene sul nucleo centrale della condotta di abuso, che non deve più consistere in una «violazione di legge o regolamento», ma deve adesso concretizzarsi nella violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»².

Insieme alla modifica della disciplina della responsabilità erariale³, la novella persegue il dichiarato obiettivo di escludere definitivamente il sindacato del giudice penale sugli atti connotati da discrezionalità amministrativa, in modo da liberare i funzionari e gli amministratori pubblici dall'incombere della spada di Damocle di una imputazione per abuso d'ufficio e garantire dunque un funzionamento della macchina burocratica più rapido e sereno. È in effetti innegabile che l'elevato rischio di trovarsi coinvolti in un procedimento penale produce effetti paralizzanti⁴ per la pubblica amministrazione, innescando una sorta di "deterrenza alla decisione" che induce i funzionari ad evitare di assumere deliberazioni problematiche per allontanare da sé qualsiasi forma di responsabilità. Poco rileva che solo una esigua percentuale⁵ dei procedimenti si concluda con giudizi di condanna: l'esito assolutorio, spesso tardivo, non dissolve la "paura della firma" dei funzionari, che prima di ogni cosa temono l'avvio del procedimento penale con la sua defatigante ritualità e il discredito che ne consegue.

Nonostante l'"amministrazione difensiva" fosse da tempo percepita come una patologia cronica che paralizza l'apparato burocratico-amministrativo, la scelta del legislatore di predisporre argini più robusti per tutelare l'attività dei pubblici funzionari dall'invasione della magistratura è maturata in modo estemporaneo a seguito dell'emergenza pandemica⁶, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale messa a dura prova dalla prolungata chiusura delle attività produttive imposta dal confinamento e dalla necessità di garantire il distanziamento sociale⁷. Sebbene pressato dalla fretta di licenziare rapidamente un testo

² Per i primi commenti alla riforma, cfr. APRILE (2020); BALLINI (2020); GATTA (2020a); ID. (2020b); ID. (2021), 65 ss.; GAMBARDILLA (2020), 133 ss.; INSOLERA (2020); MANNA – SALCUNI (2020); NADDEO (2021); NATALINI, (2020); A. NISCO (2020); PADOVANI (2020); ID. (2021), 121 ss.; PERIN (2020); PERONGINI (2020); ROMANO B. (2020); VALENTINI (2020), 502 ss.; VINCIGUERRA (2020), 368 ss.

³ L'art. 21 del decreto prevede infatti che una norma di interpretazione autentica dell'articolo 1, co. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, implicante la specificazione, dopo il primo periodo della seguente disposizione: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

⁴ Cfr. CASSESE (2017), p. 67, che ben descrive l'effetto «di spiazzamento» conseguente al ruolo assunto dalle procure della Repubblica rispetto all'attività degli «organi rappresentativi e degli uffici burocratici». In argomento v. anche MERLO (2017).

⁵ Cfr. i dati statistici riportati da NATALINI (2020), p. 79 e GATTA (2020a), che evidenziano l'enorme divario tra il numero di contestazioni dell'abuso d'ufficio (circa 7.000 nel biennio 2016/2017) e i provvedimenti definitivi di condanna (che negli anni considerati non raggiungono i cento).

⁶ Sull'opportunità di modificare una norma così importante sull'onda dell'emergenza, attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza e per giunta "salvo intese" v. ancora le considerazioni critiche di GATTA (2020a), § 6.

⁷ L'esigenza di «definire in modo più compiuta la condotta rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio», si legge nella nota di accompagnamento alla legge di conversione, troverebbe giustificazione nella «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio

da riversare nel c.d. decreto “Semplificazioni”, il legislatore non ha ritenuto di raccogliere le indicazioni elaborate negli anni in ambito accademico o nelle commissioni ministeriali, ma ha preferito improvvisare ritocchi testuali con risultati invero piuttosto discutibili sul piano della tecnica normativa. È, peraltro, lecito dubitare che la modifica di un articolo del codice penale possa di per sé avere gli effetti propulsivi sperati sul piano economico⁸.

2. La riforma del 2020.

A tutta prima, potrebbe anche sembrare che con la sostituzione del sintagma «norme di legge o regolamento» con «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» il legislatore abbia inteso optare per una «neutralizzazione»⁹ della fattispecie rendendola sostanzialmente inapplicabile, mancandogli la forza o il coraggio di spingersi fino a una radicale abrogazione del reato: soluzione verosimilmente troppo ardita e irrimediabilmente distante dalla sensibilità di un parlamento che, appena un anno prima, aveva assecondato la deriva populistica varando una riforma dal sapore iper-repressivo orgogliosamente presentata col titolo di Spazzacorrotti¹⁰. Sennonché, il tentativo di far quadrare il cerchio ha finito col produrre una fattispecie deforme, a ragione definita un «ircocervo dalle fattezze mostruose»¹¹, che, da un lato, mette in discussione la funzione “di chiusura” tradizionalmente attribuita alla norma¹², e, dall’altro, lascia impregiudicati i principali nodi ermeneutici.

Soffermandoci più da vicino sulle linee direttrici della riforma, tre sono gli elementi su cui si è fatto leva per modificare il volto del reato: in primo luogo, l’eliminazione del riferimento ai regolamenti, circoscrive la rilevanza penale alla sola violazione di regole di fonte primaria «previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»; in seconda battuta, la nuova norma attribuisce rilievo esclusivamente a violazioni di *specifiche* regole di condotta *espressamente* individuate dal testo normativo; infine, si specifica che, per assumere carattere abusivo, l’infrazione commessa dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio deve avere ad oggetto regole «dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

A prima vista, dunque, la lettura del nuovo testo dell’art. 323 c.p. sembrerebbe implicare una *abolitio criminis* di ampia gittata, conseguente appunto alla scelta di

per i presidi di legalità».

⁸ Al contempo la riforma costituisce l’ennesima riprova di come sempre più di frequente il diritto penale venga strumentalizzato per veicolare segnali di attenzione politica a questo o a quel settore problematico bisognoso di intervento, anche a prescindere dalla efficacia concreta dell’opzione sanzionatoria. In proposito PISANI (2021), p. 9, pone in evidenza come la riforma dell’abuso d’ufficio vada iscritta a buon diritto nel *trend* del c.d. populismo penale, replicandone uno dei caratteri dominanti e cioè la matrice emergenziale.

⁹ Cfr. GAMBARDILLA (2020), p. 159; PADOVANI (2020); APRILE (2020), p. 442.

¹⁰ Cfr. MONGILLO (2019), pp. 231 ss.

¹¹ PADOVANI (2020), p. 8.

¹² GATTA (2020a); NADDEO (2020).

ritenere irrilevante per la configurazione dell'abuso d'ufficio la violazione di norme di regolamento e di norme di legge attributive di poteri discrezionali. Sotto alcuni profili, tuttavia, il restringimento del perimetro della fattispecie si rivela essere frutto di un effetto ottico che inganna circa la reale estensione delle zone non più raggiungibili dall'incriminazione in questione¹³.

2.1. L'esclusione dei regolamenti e il problema delle violazioni mediate.

La scelta di escludere *tout court* la rilevanza delle violazioni di regole contenute all'interno di regolamenti suscita non poche perplessità, anche con riferimento alla stessa razionalità dell'intervento normativo rispetto ai suoi scopi.

Se è vero che il termine "regolamento" adoperato nella precedente formulazione dell'art. 323 c.p. sta a indicare una categoria di fonti dal perimetro sfrangiato e suscettibili di ampliare a dismisura la portata dell'illecito¹⁴, la mutilazione nella fattispecie di ogni riferimento alle norme a carattere regolamentare si pone in aperta contraddizione con la generale tendenza alla delegificazione riguardante l'intera pubblica amministrazione, la cui organizzazione e il cui funzionamento sono oggi in prevalenza disciplinati da norme di fonte secondaria. Piuttosto, è proprio nei regolamenti che sono generalmente contenute quelle regole di condotta *espresse e specifiche* cui il funzionario pubblico è chiamato a conformarsi. Sicché, com'è stato osservato, il «buon andamento della p.a. non può essere tutelato efficacemente se si consente di violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno, spesso attraverso procedimenti particolarmente complessi»¹⁵.

A voler scongiurare interpretazioni eccentriche e poco rispettose del canone della tassatività, il legislatore avrebbe potuto rimediare all'indeterminatezza della norma esplicitando il significato da attribuire al termine regolamento, ad esempio facendo rinvio agli atti dotati in forza della l. 23 agosto 1988, n. 400 o del T.U. degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)¹⁶. Con questa irrazionale – e per certi versi asfittica – chiusura a tutte le fonti sublegislative, la fattispecie riscritta nel 2020 potrebbe invece produrre una sorta di *rebound effect*, finendo cioè con l'incentivare la ricerca di nuove breccie attraverso il ricorso agli schemi della violazione mediata e dei rinvii a catena¹⁷, che il legislatore – pur prodigo di dettagli – non ha espressamente vietato¹⁸. Tale

¹³ Sotto tale profilo, v., per tutti, le dettagliate riflessioni di GATTA (2020b).

¹⁴ Cfr. SALCUNI (2019), pp. 103 ss. Sia consentito inoltre il rinvio a MERLO (2019), pp. 48 ss.

¹⁵ GATTA (2020a), § 2.

¹⁶ Cfr. BALLINI (2020), p. 2. La soluzione era già del resto suggerita dalla giurisprudenza più rigorosa: cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26175, Verolla, inedita; 18 dicembre 2001, Nicita, in *Riv. Pen.*, 2002, 215; 29 febbraio 2000 n. 5540, inedita. In dottrina, in questo senso, A. VALLINI (2011), p. 287.

¹⁷ Cfr. PISANI (2021), p. 15; VALENTINI (2020), p. 51. Esclude invece che l'abuso d'ufficio possa oggi discendere da forme mediate di violazione di legge («per la semplice ragione che non si tratterebbe più di una regola "espressamente" prevista dalla legge, ma appunto desunta dalla fonte subordinata») NISCO (2020), p. 7; negli stessi termini, BALLINI (2020), pp. 2 s.

¹⁸ Lo mette bene in luce PERONGINI (2020), p. 75, secondo il quale il legislatore «avrebbe dovuto precisare che

circostanza non è difatti sfuggita alla giurisprudenza, che non ha perso occasione per ribadire che, anche sotto la vigenza della nuova norma, la violazione di atti amministrativi generali come il piano regolatore può comportare la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in ragione del rinvio a tali atti contenuto in norme di rango primario¹⁹. La legge, secondo questa diffusa interpretazione giurisprudenziale, non costituirebbe necessariamente la fonte del comando a cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio devono conformarsi, ma il punto di diffrangimento attraverso il quale il legislatore attribuirebbe rilevanza anche a regole collocate in altri luoghi dell'ordinamento²⁰. Questo tipo di argomentazione, tuttavia, non si fa carico delle esigenze di determinatezza che dovrebbero improntare il settore dei delitti e delle pene: piuttosto che individuare con rigorosa e puntuale precisione la norma da osservare, infatti, si richiede al pubblico agente di conformarsi a un «sistema di norme», frutto del combinarsi di una pluralità di disposizioni eterogenee²¹. A ben vedere, si finisce così con attribuire al reato di abuso d'ufficio la struttura della norma penale in bianco²²; quest'ultima, però, per essere legittima dovrebbe almeno rispettare le indicazioni della Corte costituzionale²³: il precetto, cioè, può essere riempito di contenuto con l'intervento concorrente di una fonte regolamentare, o se del caso anche di un mero atto

la violazione doveva essere diretta e non mediata e indiretta [...] La riforma introdotta dalla l.n. 120/2020 non ha risolto il problema. Né l'aggettivo "specifiche", né l'avverbio "espressamente", presenti nella nuova formulazione, posseggono la funzione selettiva volta a impedire la configurazione del reato di abuso di ufficio in caso di violazione indiretta e mediata». Ritiene che sarebbe stato necessario il divieto espresso dei rinvii a catena anche VALENTINI (2020).

¹⁹ Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873, in cui si afferma che dall'espresso rinvio del d.P.R. n. 380 del 2001 agli strumenti urbanistici «discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.». Con la precisazione che «i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche seguito della modifica normativa». Negli stessi termini Cass. pen., sez. III, 8 settembre 2020 – 28 settembre 2020, n. 26834, secondo cui, appunto, la violazione degli atti amministrativi generali come i piani urbanistici «rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a cui deve farsi riferimento per ritenere concretata la "violazione di legge" quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p., anche a seguito della modifica normativa».

²⁰ Fra le pronunce successive all'entrata in vigore della riforma, tuttavia, Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020 – 8 gennaio 2021, n. 442, in *Penale dir. proc.*, 19 gennaio 2021 con nota di ROMANO B. (2021), si esprime invece nel senso di escludere «l'apprezzamento dell'inosservanza [...] di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione "mediata" di norme di legge interposte)». Su tale pronuncia ci si soffermerà in ogni caso nei paragrafi successivi.

²¹ Così CUPELLI (2001), pp. 520 ss.

²² In precedenza il rischio di una torsione verso lo schema della norma penale in bianco era segnalato da STILE e CUPELLI (2006), p. 42. Per un inquadramento dell'abuso nei termini di una norma «parzialmente in bianco» cfr. invece TESAURO (2002), pp. 161 ss.

²³ Il riferimento è alle argomentazioni adoperate dalla Corte cost. "in soccorso" dell'art. 650 c.p.: cfr. sent. n. 168/1971, in *Giur. Cost.*, 1971, 1777, con nota di PACE (1971).

amministrativo, solo ove la legge determini in modo chiaro i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti del comportamento doveroso, la cui trasgressione determina l'insorgere di una responsabilità penale. Ebbene, senza dilungarsi oltre, è difficile sostenere che dall'intricato ordito delle norme che regolano il funzionamento della pubblica amministrazione sortiscano indicazioni comportamentali che rivestano queste caratteristiche²⁴. Piuttosto, il vaglio sulla riconoscibilità del precetto sarebbe nella realtà destinato ad essere svolto *ex post* "caso per caso" e "in concreto" dal giudice.

2.2. L'esclusione delle norme di principio e dell'eccesso di potere.

La scelta di dettagliare il testo della fattispecie con la puntualizzazione che l'abuso rilevante deve consistere nella violazione di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» asseconda, evidentemente, la preoccupazione di sbarrare la strada a quelle interpretazioni che riconducono all'interno del perimetro di tipicità dell'art. 323 c.p. anche violazioni di norme di principio come quelle contenute nell'art. 97 Cost. e il compimento di atti viziati da eccesso di potere.

Tali interpretazioni rappresentano il cuore problematico dell'esperienza applicativa del reato di abuso d'ufficio, perché aprono al controllo della discrezionalità amministrativa da parte del giudice penale; e ciò ha sollevato non pochi problemi tanto con riferimento alla tipicità del reato, quanto con riferimento alla divisione dei poteri, derivandone il rischio che la magistratura si faccia interprete o supervisore degli scopi che l'amministrazione è chiamata a perseguire²⁵.

Com'è noto, è diffusa – anche in dottrina – l'idea secondo cui l'eccesso di potere, inteso come sviamento, sarebbe connotato al concetto stesso di abuso d'ufficio. In questo senso, esso assurgerebbe addirittura a connotato «ontologico» del reato in questione, perché comporterebbe la rottura del nesso finalistico vincolato tra potere conferito dalla legge e funzione che l'amministrazione è chiamata a realizzare²⁶. Ed è infatti sulla base di questa precomprensione del concetto di abuso punibile e del connesso modo di intendere il sindacato del giudice penale che, a dispetto dei diversi

²⁴ Secondo Cass. pen., n. 26834/2020 cit., tuttavia, nel caso di violazione dei piani urbanistici si sarebbe comunque «senza dubbio» in presenza di «norme specifiche e per le quali non residuino margini di discrezionalità laddove l'art. 12 del d.P.R. n.380 del 2001 detta i requisiti di legittimità del permesso di costruire, e il successivo art. 13 detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire». L'affermazione è frutto in realtà di una valutazione semplicistica dell'impianto normativo. È piuttosto vero, come rilevato da LAVATELLI (2017), che «l'evoluzione del panorama normativo in materia urbanistico-edilizia, che ha consistentemente spostato il versante della legislazione verso la competenza concorrente delle Regioni, e quello della regolamentazione verso l'autonomia degli Enti locali che oltretutto possono valersi di procedure di accelerazione e compattazione dei procedimenti, in un quadro in cui definire lo "statuto di legalità" delle opere è sempre più complesso».

²⁵ Si vedano in proposito le considerazioni svolte da TONOLETTI (2019), p. 117.

²⁶ Così PADOVANI (2021), p. 122; ID. (2020), p., 9; GAMBARDELLA (2021), p. 111; ID. (2020), p. 138 ss. In senso contrario, tuttavia, v. BENUSSI (2016); VALLINI (2011); e, volendo, anche MERLO (2019).

tentativi del legislatore tener fuor dall'area penale le condotte viziate da eccesso di potere, si è ogni volta assistito alla «ri-espansione progressiva»²⁷ della portata della fattispecie. Tuttavia, anche i sostenitori più convinti dell'intima connessione concettuale che lega l'abuso allo sviamento di potere hanno infine preso atto che la modifica normativa del 2020 ha definitivamente reso inapplicabile il vecchio schema interpretativo, unanimamente riconoscendo che si è verificata una *abrogatio criminis* parziale²⁸.

A scanso di equivoci, tuttavia, la riforma avrebbe dovuto contemplare anche la modifica della stessa intitolazione della rubrica, in modo da evitare che la vischiosità semantica del termine "abuso" si presti a supportare nuove letture espansive. Con riferimento alla precedente riformulazione del reato, si era a tal proposito osservato come «lasciare "il nome del padre" ad una fattispecie radicalmente riformulata, non più come condotta abusiva, ma come condotta illecita, abbia avuto qualche effetto, almeno in termini di mancato contributo a ribadire la discontinuità della nuova formulazione rispetto a quella della fattispecie previgente. Insomma, se alla sostituzione del fatto si fosse proceduto anche con quella del nome (ad es. "violazione dei doveri di ufficio" o "ingiusto vantaggio mediante violazione dei doveri d'ufficio") *non sarebbe stato possibile pensare* la nuova fattispecie come "abuso di ufficio" e, forse, le interpretazioni tese a far rientrare dalla finestra ciò che la riforma ha messo fuori dalla porta avrebbero avuto una minore presa»²⁹.

2.2.1. Segue. La tentazione giurisprudenziale di ridimensionare la portata della riforma. Considerazioni critiche.

Quasi come per effetto di un tic ermeneutico, invece, anche con il nuovo testo così irto di precisazioni terminologiche, in una recente pronuncia la Cassazione, dopo aver convenuto che la riforma implica la «limitazione della responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa», fa subito marcia indietro con la seguente puntualizzazione: *sempreché*, «beninteso», l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi «in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi»³⁰.

²⁷ PERIN (2020), p. 8.

²⁸ GATTA (2020b); PADOVANI (2020); GAMBARDELLA (2020).

²⁹ SOTIS (2017), p. 2371. Cfr. anche, ma con diversità di accenti, LICCI (2004), p. 459.

³⁰ Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020 – 8 gennaio 2021, n. 442, cit. La sentenza riproduce le cadenze argomentative dell'orientamento inaugurato, con riferimento alla fattispecie previgente, da Cass. pen., Sez.

Con tale precisazione – peraltro di nessun rilievo per la decisione del caso concreto – i giudici della nomofilachia sembrano già preparare il terreno per una nuova avanzata che consenta di recuperare al dominio del penale quei territori di liceità appena riconquistati dal legislatore.

Questa sorta di sabotaggio, oltre a denotare una grave insofferenza di una parte della giurisprudenza verso il principio di stretta legalità³¹, è criticabile per più ordini di ragioni.

Innanzitutto, tale approccio interpretativo dà per scontato che il diritto penale sia lo strumento migliore per contrastare le strumentalizzazioni della funzione o del servizio da parte degli amministratori. Quest'assunto, in realtà, è ampiamente smentito dai fatti: sia, a monte, perché è alla base degli atteggiamenti difensivi dei funzionari pubblici, sia perché, guardando agli effetti, la pretesa di esercitare un controllo penale sull'esercizio della funzione amministrativa in non pochi casi si è tradotto nel rallentamento o nel blocco delle attività nelle quali la presunta condotta abusiva si sarebbe annidata, mettendo così in ombra l'interesse pubblico che in teoria avrebbe voluto tutelarsi³².

Inoltre, tale impostazione sottende un'idea di amministrazione frutto di un'aberrazione penalistica che non risponde alla realtà. In radice sta un «ossessivo pregiudizio» nei confronti della discrezionalità del pubblico funzionario, vista sospettosamente come «la fonte di possibili distorsioni del potere» attribuito dalla legge³³. L'idea quasi *naïf* ribadita nella sentenza sopra richiamata per la quale il giudice penale può valutare se il potere sia esercitato per il perseguimento di «interessi oggettivamente difformi o collidenti» con quelli per i quali «soltanto» è attribuito³⁴ presuppone che il giudice penale possa scrutare nell'ordinamento amministrativo un preciso τέλος verso cui è diretta la norma attributiva del potere, sicché una deviazione da esso sarebbe oggettivamente accertabile³⁵.

Uno sguardo appena un po' più attento alla disciplina riguardante il funzionamento della pubblica amministrazione mostra invece che quest'ultima, da

VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, Bocchiotti, in *Giur. it.*, 2003, 1903 e definitivamente consolidatosi dopo che in questi termini si sono pronunciate – ancorché con un *obiter dictum* – le Sezioni Unite con la sent. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *Riv. Pen.*, 2012, 413 con nota di DE BELLIS. Per una ricostruzione della progressiva emersione di quest'indirizzo giurisprudenziale si veda MERLO (2019), p. 32 ss.

³¹ Sulla progressiva emersione nell'ambito della magistratura una concezione della funzione giudiziaria intesa non più come attività descrittiva e veritativa, ma come attività valutativa e realizzativa del progetto costituzionale, cfr. VOGLIOTTI (2013), p. 398.

³² Per ampie e documentate argomentazioni, cfr. COMPORTI e MORLINO (2019), pp. 129 ss.

³³ Cfr. ALESSANDRI (2013), p. 133 ss., il quale osserva come la tentazione sottostante sia sempre «quella di ridurre gli ambiti di discrezionalità: un compito impossibile rispetto all'attività della pubblica amministrazione, che non può essere ridotta, neppure concettualmente, ad una mera esecuzione delle norme».

³⁴ Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2012 – 8 gennaio 2021, n. 442, cit.

³⁵ Inoltre, rileva giustamente D'AVIRRO (2021), che se la sentenza n. 442/2020 «non lascia dubbi sulla rilevanza penale dell'eccesso di potere, nonostante la recente riforma dell'abuso d'ufficio, il criterio fornito per distinguere le forme patologiche dell'esercizio del potere discrezionale da quelle che non ricadono nella previsione dell'art. 323 c.p. non è chiaro».

parecchi lustri ormai, evolve nel senso opposto rispetto alla previa e completa definizione legislativa degli interessi tutelati. Piuttosto, la normazione in ambito amministrativistico tende ad avvalersi in modo sempre più accentuato di *“open ended standard”*, «nella direzione di una indeterminatezza sostanziale, cui spesso fa riscontro la vincolatezza procedimentale»³⁶. Il contenuto del provvedimento amministrativo difficilmente può essere determinato in modo unilaterale e a priori, ma generalmente costituisce la risultante di una ponderazione complessiva di interessi contrapposti ad esito di un rapporto procedimentale tra pubblica amministrazione e il destinatario dell’atto, a cui non di rado sono chiamati a partecipare anche altri attori, a loro volta portatori di specifici interessi. Come già trent’anni fa metteva in evidenza un illustre costituzionalista ragionando sull’estensione del sindacato giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, «non esiste un noumenico *“interesse pubblico”*: esistono *gli* interessi pubblici che l’amministrazione prende in considerazione, soppesa, compara e pondera; l’intervento del giudice, per definizione, non può svolgere una nuova comparazione, ma può essere effettuato solo assolutizzando, massimizzando *un singolo interesse*: la conseguenza è il classico provvedimento abnorme che ha la sua scaturigine proprio nei casi in cui il giudice, di fronte all’avvenuta ponderazione degli interessi da parte dell’amministrazione, pretende di intervenire *scegliendone uno solo*, e portando la sua tutela fino all’estremo»³⁷.

Da una prospettiva amministrativistica si è sostenuto che, intestandosi la facoltà di sondare la coerenza teleologica dell’azione amministrativa, il giudice penale si «appropria» di poteri di valutazione e bilanciamento degli interessi che appartengono

³⁶ CARDI e COGNETTI (1990), p. 347. Cfr. inoltre PUBUSA (1994), p. 417, il quale rileva come «la disciplina legislativa *“aperta”* si presenta come l’unica possibile in situazioni in cui il completamento della norma non può che essere il frutto di un adattamento della regola astratta al caso concreto attraverso il confronto, semplicemente orientato al fine pubblico indicato dalla legge, fra i principi, valori e interessi diversi e mutevoli. Se la fissità della legge è stata rimpiazzata da un’elasticità che consente di determinare le regole a seconda delle esigenze del contesto, l’esercizio del potere discrezionale si traduce nella ricerca, orientata dai principi e dalla disciplina legislativa e dai criteri da essa desumibili, delle convergenze possibili fra gli interessi». Si vedano inoltre le considerazioni di LAVATELLI (2017), che mette in evidenza come anche in ambito urbanistico, all’impianto regolativo tradizionale si è affiancata una forma di *“urbanistica concertata”*, che ha spostato quantomeno l’iniziativa sempre più verso i proprietari dei beni immobili, la cui azione è guidata evidentemente dall’interesse alla valorizzazione fondiaria, quando invece prima promanava principalmente dall’autonoma determinazione degli enti che istituzionalmente esprimono gli interessi della collettività e a cui era demandato il compito della pianificazione e della realizzazione di un assetto ordinato delle città e del territorio, corrispondente a un insieme di obiettivi d’interesse generale. Nonostante il ruolo sempre maggiore assunto da interessi e attori privati, sottolinea però l’autore, la rilevanza pubblica delle scelte compiute è assicurata dal confronto procedimentale «in un quadro di opportune garanzie di pubblicità e trasparenza, che consentano un effettivo controllo delle scelte da parte dell’intera collettività, deve presumersi che si sia realizzata, all’esito delle procedure previste, una sintesi che rappresenta la migliore garanzia della correttezza dell’azione amministrativa e cioè al di là di un raffronto astratto tra interesse privato e interesse pubblico, che si fondono e diventano, di fatto, non più distinguibili».

³⁷ Cfr. CARAVITA DI TORRITTO (1991), pp. 45 ss., il quale si sofferma a «ricordare che il compito del giudice *non* può essere quello di ripercorrere, con intento cassatorio e sanzionatorio, le valutazioni operate dall’amministrazione circa la presenza dell’interesse pubblico e i modi migliori per soddisfarlo. Se il giudice – specie se penale – si pone in quest’ottica è facile che, prima o poi, superi i limiti dei suoi poteri» (p. 55).

invece alla pubblica amministrazione, determinando una mutazione della funzione amministrativa e della sua stessa natura³⁸. Per di più, oltre ad essere frutto di una ponderazione degli interessi solo parziale, l'intervento del giudice penale intacca anche l'impianto assiologico su cui si fonda la pubblica amministrazione, per la quale la legittimità del provvedimento non costituisce affatto un valore assoluto da difendere a tutti i costi, mentre viene attribuito un valore preminente alla *stabilità* dell'atto³⁹. Prova ne sia il fatto che la legge sul procedimento amministrativo (l.n. 241/1990) limita a pochi e tassativi casi le ipotesi di nullità del provvedimento (art. 21 *septies*) e prevede un generale regime di annullabilità per il quale *anche l'atto invalido* – se non impugnato entro un breve lasso di tempo⁴⁰ – acquisisce stabilità e dispiega pienamente i suoi effetti. Peraltro, il rilievo dell'illegittimità è subordinato ad un interesse di parte, non potendo il giudice amministrativo rilevarla d'ufficio.

Sicché, anche nell'attivarsi per tutelare i beni della imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.⁴¹, il giudice penale dovrebbe avere l'onere di decifrare meglio lo statuto della pubblica amministrazione e abbandonare quella «mistica dell'interesse pubblico»⁴² che troppo spesso è utilizzata per forzare le maglie della stretta legalità, concepita piuttosto in senso «teleologico, progettuale e paratattico»⁴³. Al contrario, in un'ottica di sistema, resta attuale il monito per il quale «tanto più si giustifica l'intervento del giudice penale in nome della tutela “sostanziale” dei principi costituzionali, meno si possono chiudere gli occhi di fronte alle conseguenze della sua azione in vista di tale tutela»⁴⁴. Bisognerebbe, dunque, prendere atto che il legalismo formale cui il giudice penale è abituato lo rende «inadatto a comprendere uno dei caratteri fondamentali dell'azione amministrativa, che coincide con la sua stessa ragion d'essere, cioè l'elasticità, essenza del buon andamento»⁴⁵. La riconsiderazione giudiziale dell'interesse pubblico rischia di offuscare il senso stesso della funzione amministrativa sotto la pressione simbolica della norma penale: se «l'amministrazione non è attuazione della legge, ma cura concreta dell'interesse pubblico, il diritto che presiede allo svolgimento della funzione costituisce il limite preposto a scongiurarne l'arbitrio, ma il suo rispetto non può assurgere a fine in sé, pena la perdita del senso stesso di cosa significhi concretamente amministrare nella realtà e non in un inesistente mondo ideale»⁴⁶.

³⁸ COMPORTI e MORLINO (2019), p. 182. V. anche CASSESE (2017), p. 71.

³⁹ COMPORTI e MORLINO (2019).

⁴⁰ Generalmente fissato in sessanta giorni dall'art. 29 del d.lgs. 2 luglio 2020, n. 104 (Cod.proc.amm.)

⁴¹ Sulla reale portata dei principi espressi dall'art. 97 Cost., si vedano però le osservazioni contenute in MERLO (2019), p. 82 ss.

⁴² L'espressione è di MARZUOLI (2011), p. 5.

⁴³ VOGLIOTTI (2013), p. 424, che così tratteggia il paradigma di una «nuova legalità», contrapposto a quello precedente di una legalità «corrispondentista, esecutiva e ipotattica».

⁴⁴ PINELLI (2000), pp. 1094 ss.

⁴⁵ TONOLETTI (2019), p. 122; v. anche ALESSANDRI (2013), p. 151, che rimarca come nel processo penale «la discrezionalità fatica [...] a essere riconosciuta per quello che è, correndosi il rischio di schiacciare l'azione amministrativa sotto il peso di un legalismo che non contribuisce certo a produrre una più “buona” amministrazione pubblica».

⁴⁶ TONOLETTI (2019), p. 127.

Per tirare le fila del ragionamento fin qui condotto, potremmo dire che una autentica presa in carico dei valori espressi dall'art. 97 della Costituzione dovrebbe condurre ad un ridimensionamento del penale nelle vicende della p.a. È, piuttosto, il giudice amministrativo quello più adatto a garantire al meglio la legalità dell'amministrazione e, se del caso, a correggere le eventuali deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali. La stessa Corte costituzionale del resto, interpellata all'indomani della riforma dell'abuso del 1997, dinnanzi a un paventato vuoto di tutela di beni di rango costituzionale, aveva chiarito che l'interpretazione estensiva fino a ricomprendere nel fuoco dell'incriminazione le attività discrezionali della pubblica amministrazione non potesse trovare giustificazione nell'«ipotetico pregiudizio che potrebbe discendere a beni costituzionalmente tutelati, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione (peraltro evocati dall'art. 97 della Costituzione in relazione alla organizzazione dei pubblici uffici). Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono infatti nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni [...]; che anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* [...], cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela»⁴⁷.

A scongiurare l'attivazione della sanzione penale per colpire il compimento di atti viziati da eccesso di potere, inoltre, milita un'altra ragione squisitamente penalistica, che non può qui essere trascurata.

L'eccesso di potere rappresenta una patologia dell'atto amministrativo dai contorni incerti che diviene riconoscibile generalmente soltanto dopo l'adozione del provvedimento quando viene rimessa in discussione la sua congruità rispetto agli scopi perseguiti e l'adeguatezza della ponderazione degli interessi pubblici. Non può, infatti, ignorarsi che «il sindacato sulla legalità (intesa come mera conformità alla legge) si configura diversamente rispetto al sindacato (di legittimità) che ha ad oggetto la discrezionalità amministrativa, come diversa è del resto la specie di vizio che trova applicazione. E tale diversità è data essenzialmente da ciò, che il sindacato di mera legalità è un sindacato “rigido” [...]. Mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa è per sua natura “elastico”, inteso a valutare [...] tutte quelle attività volte alla piena conoscenza della situazione di fatto e alla piena comparazione degli interessi in gioco che l'amministrazione, al di là delle previsioni normative, pone in essere ai fini del corretto esercizio del potere discrezionale»⁴⁸.

Tale elasticità di giudizio è, dunque, il riflesso della esteriorizzazione di prassi argomentative tipiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa: improntate a schemi non strettamente deduttivistici, ma piuttosto riconducibili a logiche “sfocate” o *fuzzy*, che meglio si prestano a spiegare come «un potere discrezionale raggiunge il suo fine tipizzato dalla legge, o da qualunque altra norma che regola il potere, dando luogo a concetti “sfocati” non simbolizzabili. La razionalità applicata all'esercizio del potere

⁴⁷ Corte Cost., sent. 15 dicembre 1998, n. 447, sulla quale vedi le osservazioni di PREZIOSI (1999). Negli stessi termini, inoltre, cfr. Corte Cost., ord. 28 giugno 2006, n. 251.

⁴⁸ CERULLI IRELLI (1984), p. 467 (corsivi aggiunti).

discrezionale non è però soltanto “sfocata”, ma anche “selvaggia” cioè con manifestazioni eterogenee che non sempre appaiono riconducibili al linguaggio logico deduttivo o quantomeno ad un linguaggio logico deduttivo completo»⁴⁹.

Senza soffermarsi oltre⁵⁰, nell’ottica del penalista è evidente come il vizio dell’eccesso di potere sia strutturalmente inidoneo ad essere posto alla base di un’incriminazione: la sua enorme duttilità non di rado lo rende poco riconoscibile in una prospettiva *ex ante*, ma – rappresentando spesso il saldo di uno scrutinio giudiziale – leggibile solo retrospettivamente. Ci troviamo dunque di fronte ad una forma di riconoscibilità *postuma* del fatto tipico, che si pone in evidente attrito con le esigenze di determinatezza e di prevedibilità dell’illecito. Per riprendere il c.d. *thin ice principle* di matrice anglosassone, la situazione del funzionario pubblico esposto al rischio penale può essere assimilata a quella di coloro che pattinano sul ghiaccio sottile: difficilmente essi potranno sperare di trovare un segno che indichi loro il punto preciso dove cadranno in acqua⁵¹.

Né, d’altronde, può condividersi la tesi – ancorché sostenuta con voce autorevole – per la quale il giudice penale «non può e non deve arrestare l’indagine di fronte a nessuna barriera più o 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»⁵². È invece particolarmente avvertita, in special modo dagli studiosi di estrazione amministrativistica⁵³, l’esigenza di convergere su un linguaggio condiviso fra i due settori del diritto, che scongiuri la contrapposizione di paradigmi operativi differenti nel medesimo contesto d’azione, che rendono obiettivamente difficile l’esercizio della funzione o l’espletamento del servizio. La diversa angolazione prospettica dalla quale il penalista e l’amministrativista guarda al problema, non può far velo al dato oggettivo e *pre- o para-* giuridico per cui «l’esistenza del funzionario è unitaria e disporre di un armamentario concettuale (non unico, ma quantomeno) coerente risponde quindi ad un’esigenza di “sostenibilità” della propria attività»⁵⁴.

⁴⁹ MERUSI (2011), p. 23.

⁵⁰ Per argomentazioni più approfondite, si rinvia a A.MERLO (2019), pp. 63 ss.

⁵¹ La metafora, che si deve a ASHWORTH (2009), p. 63, è riproposta da PAONESSA (2017), p. 309.

⁵² PADOVANI (2020), p. 14.

⁵³ CUDIA (2017), pp. 683 ss.; COMPORI e MORLINO (2019); TONOLETTI (2019); TRAVI (1998), p. 503; VANDELLI (1998), p. 513, il quale registra che rispetto alle linee evolutive del diritto amministrativo il diritto penale si presenta «estraneo, indifferente, distante: il diritto penale sembra semplicemente muoversi su un piano diverso. Le due dinamiche non si incrociano. E in questo contesto il giudice penale rischia oggettivamente di essere un ruolo di sbarramento, o quantomeno di ostacolo, sulla via della riforma amministrativa». Sul versante penalistico, tuttavia, auspica da anni un più intenso confronto fra le due aree disciplinari coinvolte FIANDACA (1996), p. 319.

⁵⁴ Così, CUDIA (2017), p. 721, la quale pone l’accento sulla necessità di raggiungere un «livello di coerenza accettabile» tra i diversi settori dell’esperienza giuridica che renda possibile scegliere in modo razionale le regole di comportamento da adottare e si interroga «su come sia possibile che un certo tipo di sindacato sia consentito al giudice penale, in un settore (il diritto penale, appunto) che dovrebbe essere il regno della *extrema ratio* e dove le esigenze di legalità sono più forti».

Incentrare l'accertamento dell'abuso punibile sullo sviamento della funzione, inoltre, comporta l'ulteriore rischio di assegnare una eccessiva enfasi al movente illecito del pubblico funzionario come chiave di lettura per ricostruire la torsione finalistica dell'azione amministrativa, trasformando l'accertamento del reato in un autentico "processo alle intenzioni"⁵⁵.

3. Gli ulteriori spazi di manovra rimasti ancora "inesplorati".

Nei paragrafi che precedono si è messo in evidenza che la giurisprudenza non ha fatto tardare la propria risposta al tentativo del legislatore di contenere entro confini ristretti e precisi il fuoco dell'incriminazione di abuso d'ufficio. Ma c'è un ulteriore spazio, prontamente individuato dalla Corte di cassazione nella prima sentenza resa dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020⁵⁶, che potrebbe in futuro spalancare nuovamente l'ingresso al sindacato penale sugli atti della p.a.: le modifiche normative non hanno interessato la seconda alternativa condotta prevista dal testo dell'art. 323 c.p., ossia la inosservanza dell'obbligo di astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti».

Questa seconda parte del testo legislativo è stata finora poco frequentata dalla giurisprudenza⁵⁷, che già disponeva di amplissimi spazi di manovra derivanti dalla eccedenza di significato attribuito all'espressione "violazione di norme di legge". È verosimile che i nuovi limiti testuali posti dalla recente riforma regalino, di riflesso, una seconda vita a questa modalità di configurazione del reato finora negletta. In un insidioso *obiter dictum* della sentenza appena richiamata, infatti, la Cassazione sembrerebbe indicare il cammino ai futuri giudici di merito rilevando, sulla scorta di una certa interpretazione dottrinale⁵⁸, che rispetto a questa modalità commissiva «la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, sia pure per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione». A dar credito a quest'impostazione, in altri termini, la giurisprudenza potrebbe ravvisare un abuso rilevante, anche in assenza di una specifica disciplina legale sull'astensione, sol che si prospetti in concreto una situazione di conflitto di interessi del funzionario pubblico. E non è a questo punto da escludersi che, forzando in questo modo «i cancelli

⁵⁵ Così, efficacemente, COPPOLA (2018), pp. 247 ss.

⁵⁶ Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020 – 17 novembre 2020, n. 32174

⁵⁷ Di fattispecie «in sonno» parla PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 127.

⁵⁸ Cfr. VINCIGUERRA (2008), p. 266; ROMANO M. (2013), p. 265, secondo il quale il legislatore avrebbe privilegiato «lo specifico contenuto della regola di condotta, trascurando invece il tipo di fonte». In questi termini, cfr. Cass., 19 ottobre 2004 -2 marzo 2005, n. 7992, in Cass. pen., 2005, 3313.

delle parole»⁵⁹, possano traslocare nella seconda condotta tipica della «omessa astensione negli altri casi prescritti» alcuni casi di eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale, la violazione delle norme di principio di cui all'art. 97 Cost. e la violazione di norme di fonte regolamentare⁶⁰. Del resto, come si è giustamente notato, un'interpretazione che apra al sindacato degli atti discrezionali della p.a. entro la cornice normativa della seconda condotta tipica di abuso potrebbe essere propiziata dalla considerazione che in questo perimetro sono ricomprese attività necessariamente discrezionali, perché se venisse in rilievo una condotta vincolata il divieto sarebbe insensato⁶¹.

4. Osservazioni conclusive.

Dai rilievi fin qui svolti risulta evidente che la recente riforma è stata confezionata da un legislatore frettoloso e maldestro che ha tirato su delle (fragili) barricate per impedire l'ingresso al giudice penale negli uffici della pubblica amministrazione attraverso il portone principale, mentre ha lasciato spalancati gli ingressi di servizio.

Al di là dei primi smottamenti giurisprudenziali sopra ricostruiti⁶², peraltro, ci sono altri due aspetti che ancora meritano una riflessione.

In primo luogo, mette conto rilevare che le modifiche della fattispecie sono state indirizzate a rimodellare il disvalore d'azione, legate come sono ai connotati della violazione normativa, mentre sono rimasti sullo sfondo i caratteri che deve rivestire l'evento nella struttura del fatto: si è persa cioè l'occasione di precisare il nesso di causalità normativa che deve legare la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio agli eventi di vantaggio o di danno. In presenza di una disposizione che circoscrive la rilevanza penale alle sole violazioni «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», l'assenza di questa specificazione potrebbe rischiare di indurre a punire l'inosservanza di regole di condotta puramente formali o di natura meramente procedimentale, cioè estranee e ininfluenti rispetto alla disciplina degli interessi sostanziali in gioco o al loro bilanciamento⁶³.

⁵⁹ L'espressione è di IRTI (2016), p. 57.

⁶⁰ Non possono che condividersi al tal proposito le considerazioni di GATTA (2020b), il quale rileva che se «la giurisprudenza dovesse valorizzare l'abuso d'ufficio per omessa astensione, facendolo assurgere al rango di sotto-fattispecie principale, non solo sarebbero assai ridotti gli spazi per affermare l'intervenuta *abolitio criminis*, ma andrebbe rivalutata la portata complessiva della riforma e la sua pretesa attitudine a tranquillizzare gli amministratori pubblici, allontanando lo spettro del sindacato penale sulla loro attività»; cfr. anche PADOVANI (2021), p. 127; GAMBARDILLA (2020), p. 151; NISCO (2020), p. 12.

⁶¹ GAMBARDILLA (2021), p. 97; PADOVANI (2020), p. 10.

⁶² Nella giurisprudenza di merito, per una lettura del nuovo testo più aderente alle indicazioni del legislatore cfr. Trib. Brescia, Gup, sent. 11 novembre 2020-18 novembre 2020, n. 1130, inedita.

⁶³ Cfr. sul punto, più diffusamente, MERLO (2019), p. 53 ss. in cui si muove da una intuizione di TESAURO (2002), p. 34 ss., il quale, sulla scorta della elaborazione teorica maturata con riferimento ai reati colposi d'evento, ipotizza un criterio fondato sulla «causalità normativa» tra inosservanza ed evento per selezionare le violazioni amministrative penalmente rilevanti. Analogamente, SEMINARA (2017), p. 1078, secondo cui il

Inoltre, la mancanza di un criterio normativo attraverso il quale selezionare gli eventi di danno o di vantaggio rilevanti appannano di molto l'attitudine selettiva di questa componente della fattispecie: se non si ha chiaro qual è l'orizzonte di interessi da tutelare, i più vari sono gli eventi che possono essere *ex post* utilizzati per "confezionare" l'imputazione per abuso, poiché le scelte amministrative nella maggior parte dei casi hanno l'effetto di avvantaggiare qualcuno e di danneggiare qualche altro. Non bisogna perdere di vista, peraltro, che nel bilanciamento di interessi cui è chiamata la pubblica amministrazione, l'interesse pubblico non coincide con l'interesse di tutti in senso sostanziale: «l'interesse pubblico, quello volta a volta individuato in sede politica o in sede amministrativa, è di tutti in senso meramente formale (perché scelto secondo certe procedure da certe autorità legittimate in un certo modo); nella sostanza può ben coincidere, anzi di regola coincide, con l'interesse di alcuni privati in danno dell'interesse di altri. Le coincidenze non sono di per sé stesse scorrette»⁶⁴.

Pertanto, è di cruciale importanza poter ravvisare un nesso per il quale il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti costituiscano la diretta conseguenza, in termini eziologici, della violazione contestata⁶⁵.

Un secondo aspetto del tutto trascurato dalla riforma è il seguente. La nuova versione dell'abuso è figlia della sensibilità culturale dell'attuale classe politica, che esprime una concezione della pubblica amministrazione e produce una politica criminale ossessivamente orientata al perseguimento di qualsiasi strumentalizzazione affaristica della funzione. L'effetto finale è stato quello di mettere completamente in ombra la tutela del privato contro gli abusi di potere da parte dei funzionari pubblici, che poi è l'unica ragione per la quale la fattispecie avrebbe meritato di sopravvivere. Mettendo al centro la pubblica amministrazione, invece, sembra che la nuova fattispecie abbia definitivamente smarrito il legame genetico con i suoi antenati dei codici penali liberali ottocenteschi, che concepivano l'abuso come figura delittuosa vocata alla difesa del privato cittadino dalle possibili prevaricazioni dell'autorità pubblica⁶⁶. Né le violazioni formali previste dalla prima parte della fattispecie, né la violazione dell'obbligo di astensione, infatti, possono costituire una adeguata barriera a tutela del cittadino.

Sarebbe bastato, anche nella concitazione della normazione emergenziale che ha prodotto la riforma, rispolverare i lavori della Commissione Morbidelli e scorporare l'abuso prevaricatore da quello affaristico per non privare il cittadino di uno dei pochi strumenti di reazione agli abusi di potere. Del resto, sarebbe una soluzione in linea con

vantaggio e il danno «devono intendersi come la conseguenza diretta (seppure non immediata, come nel caso degli atti interni al procedimento amministrativo) della condotta e vanno individuati attraverso un raffronto tra il risultato dell'abuso e la situazione che si sarebbe avuta in assenza di esso ovvero in seguito al compimento di un atto legittimo».

⁶⁴ MARZUOLI (2011) p. 5.

⁶⁵ In un'ottica di riforma, i proff. A.R. Castaldo e M. Nadeo per positivizzare il nesso di rischio suggerivano di introdurre nel testo di legge la seguente precisazione: «Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire». Cfr. NADDEO (2018), pp. 31 ss.

⁶⁶ Cfr. per più puntuali riferimenti MERLO (2019), pp. 2 ss.

le indicazioni della Costituzione, che all'art. 28 – che non a caso chiude l'elenco delle disposizioni a tutela dei diritti e delle libertà del cittadino di cui al Titolo I della Parte I della Costituzione⁶⁷ – stabilisce appunto che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti».

Per concludere, sembra qui di potere affermare che probabilmente il legislatore avrebbe dovuto mostrare più coraggio e assumere la scelta di eliminare del tutto la fattispecie di abuso, specie con riferimento alla sua versione “affaristica”, senza temere che la rimozione produca vuoti di tutela in relazione ai principi di imparzialità e buon andamento. Piuttosto, come si è sopra accennato, una vera presa in carico dei valori costituzionali di cui all'art. 97 dovrebbe comportare un alleggerimento del penale nelle vicende della p.a. Del resto, la «cinta immunitaria» di cui il legislatore della riforma avrebbe voluto dotare il funzionario pubblico si è rivelata essere un fragile scudo di cristallo, destinato ad andare presto in frantumi.

In ogni caso, prima ancora che la buona o cattiva formulazione legislativa del reato di abuso d'ufficio, la questione cruciale è e resta quella relativa al tipo di concezione che la magistratura ha del controllo di legalità che le spetta di effettuare, non di rado identificato proprio nell'elevamento degli standard morali dei pubblici amministratori. Ma si tratta di una interpretazione del proprio ruolo in chiave eticeggiante che si colloca all'infuori di quanto teoricamente consentito nelle moderne democrazie costituzionali. Forse, almeno in questo caso, sarebbe bene lasciarsi influenzare dall'esperienza giuridica d'oltreoceano. Di recente la Corte suprema degli Stati Uniti, infatti, proprio nell'annullare una sentenza in materia di abuso di potere nei confronti di una ex collaboratrice del governatore dello stato del New Jersey⁶⁸, ha puntualizzato che non tutti gli atti abusivi dei funzionari possono assurgere a reato; e, afferma la corte americana, i pubblici ministeri non devono strumentalizzare le leggi o la giurisdizione per imporre standard di moralità o canoni di buon governo, ma devono porsi l'obiettivo prioritario di verificare scrupolosamente la sussistenza gli elementi costitutivi della fattispecie nel caso concreto.

Concludendo, per la buona riuscita di qualsiasi riforma inerente all'abuso d'ufficio o, in generale, ai controlli penali sulla pubblica amministrazione occorre che nell'applicazione della legge sia davvero avvertita la portata degli interessi in gioco⁶⁹. L'atteggiamento della giurisprudenza ostile a qualsiasi limitazione del proprio controllo sembra invece essere il risvolto di una sensibilità selettiva nei confronti dei valori costituzionali, che lascia anche maliziosamente trapelare il sospetto di una loro strumentalizzazione. Sicché essa si mostra pronta a forzare i limiti del testo legislativo ogni volta che c'è da difendere – a torto o a ragione – l'art. 97 della costituzione, mentre in nessun conto sono tenuti principi scolpiti dagli artt. 25 e 27 Cost. Perfino la Corte costituzionale tende a limitare il proprio sindacato rifiutando di rendere sentenze additive in materia penale e dichiarando inammissibili le relative questioni, mentre la

⁶⁷ Cfr. CLARICH (2017), p. 291.

⁶⁸ Kelly vs. USA, 7 maggio 2020, sulla quale cfr. le osservazioni di UBIALI (2020).

⁶⁹ Così, ad es., PINELLI (2000).

magistratura ordinaria per preservare il proprio potere sulla pubblica amministrazione si ostina a rompere gli argini della legalità inserendo nelle fattispecie confezionate dal legislatore significati che non possono appartenervi. Che non sia questo un caso di «eccesso di potere giurisdizionale»⁷⁰?

Bibliografia

ALESSANDRI, Alberto (2013): *[“I reati di riciclaggio e di corruzione nell’ordinamento italiano: linee generali di riforma”](#)*, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 133-152.

APRILE, Ercole (2020): *“Una riforma in controtendenza: l’abuso d’ufficio “depotenziato””*, in Fidelbo, Giorgio (editor): *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell’abuso d’ufficio* (Torino, Giappichelli), pp. 441-455.

ASHWORTH, Andrew (2009): *Principles of criminal law*, 6 ed. (Oxford, Oxford University Press)

BALLINI, Bianca (2020): *[“Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d’ufficio”](#)*, in *Discrimen*, 10 agosto 2020.

BENUSSI, Carlo (2016): *Diritto penale della pubblica amministrazione* (Padova, Cedam).

CARAVITA DI TORRITTO, Beniamino (1991): *“La «disapplicazione» dell’atto amministrativo da parte del Giudice Penale”*, in *Quaderni del Csm*, 42, pp. 45-55.

CARDI, Enzo e COGNETTI, Stefano (1990): *“Eccesso di potere, (atto amministrativo)”*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, (Torino, Utet), vol. V, pp. 341-352.

CASATELLA, Antonio (2018): *“L’eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 635-691.

CASSESE, Sabino (2017): *La democrazia e i suoi limiti* (Milano, Mondadori).

CERULLI IRELLI, Vincenzo (1984): *“Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità”*, in *Diritto processuale amministrativo*, pp. 463-529.

CLARICH, Marcello (2017): *Manuale di diritto amministrativo*, 3 ed., (Bologna, il Mulino)

COCCHI, Tommaso (2020): *“L’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento della sfera legislativa. Ancora un’ipotesi meramente teorica?”*, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, pp. 169-183.

⁷⁰ La categoria dell’«eccesso di potere giurisdizionale» è da tempo oggetto di riflessione nella dottrina pubblicistica e rappresenta un’ipotesi di c.d. «sconfinamento nell’attività legislativa» e si verifica quando il legislatore, esorbitando dai limiti della propria attività giurisdizionale, crei una disposizione normativa ex novo sostituendosi, di fatto, al legislatore. Cfr. per tutti COCCHI (2020) e CASATELLA (2018).

COMPORI, Gian Domenico e MORLINO, Elisabetta (2019): *“La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 129-187.

COPPOLA, Fabio (2018): *“Il processo ‘alle intenzioni’ per abuso d’ufficio”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, pp. 247-259.

CUDIA, Chiara (2017): *L’atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel rito di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, pp. 683-722.

CUPELLI, Cristiano (2001): *“Abuso d’ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»”*, in *Cassazione penale*, pp. 1030-1042.

D’AVIRRO (2021), *“Lo sviamento di potere nel nuovo reato di abuso d’ufficio: un ritorno al passato”*, in *Il Penalista*, online, 3 febbraio 2021.

FIANDACA, Giovanni (1996): *“Verso una nuova riforma dell’abuso d’ufficio?”*, in *Questione giustizia*, 319.

GAMBARDELLA, Marco (2020): [“Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio”](#), in *Sistema penale*, 7, pp. 133-163.

GAMBARDELLA, Marco (2021): *“Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale”*, in ROMANO, Bartolomeo (editor), *Il “nuovo” abuso d’ufficio* (Pisa, Pacini giuridica), pp. 81-119.

GATTA, Gianluigi (2020a), [“Da “spazza-corrotti a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” \(e la riserva di legge?\)”](#), in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

GATTA, Gianluigi (2020b), [Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis](#), in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020.

GATTA, Gianluigi (2021): *“La riforma del 2020”*, in ROMANO, Bartolomeo (editor): *Il “nuovo” abuso d’ufficio* (Pisa, Pacini giuridica), pp. 65-80.

INSOLERA, Gaetano (2020): [“Quod non fecerunt barberini fecerunt barbari. A proposito dell’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76”](#), in *Discrimen*, 31 luglio 2020.

IRTI, Natalino (2016): *Un diritto incalcolabile* (Torino, Giappichelli).

LAVATELLI, Marco (2017): *“La Cassazione si pronuncia sul potere del Giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione”*, in *Diritto processuale amministrativo*, pp. 1101-1156.

LICCI, Giorgio (2004): *“Abuso d’ufficio. Analisi di un enunciato normativo”*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi* (Torino, Giappichelli), pp. 459-500.

MANNA, Adelmo e SALCUNI, Giandomenico (2020): [“Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio”](#), in *la Legislazione penale*, 17 dicembre 2020.

MARZUOLI, Carlo, (2011); *“Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo”*, in Palazzo, Francesco (editor): *Corruzione pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa* (Firenze, Firenze University Press), pp. 1-8.

MERLI, Antonella (2012): *Sindacato penale sull’attività amministrativa e abuso d’ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione* (Napoli, Editoriale Scientifica).

MERLO, Andrea (2019): *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice* (Torino, Giappichelli).

MERUSI, Fabio (2011): *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa* (Napoli, Editoriale Scientifica).

MONGILLO, Vincenzo (2019): [“La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione”](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 231-311.

NADDEO, Marco (2021): [“La nuova struttura dell’art. 323”](#), in *Archivio penale web*, online, 1, 19 febbraio 2021.

NADDEO, Marco (2020): [“I tormenti dell’abuso d’ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà del nuovo art. 323 c.p.”](#), in *Penale Diritto e procedura*, online, 10 agosto 2020.

NADDEO, Marco (2018): *“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, Andrea R. (editor): *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio* (Torino, Giappichelli), pp. 31-41.

NATALINI, Aldo (2020): *“Nuovo abuso d’ufficio, il rischio è un’incriminazione fantasma”*, in *Guida al diritto*, 42, pp. 76-87.

NISCO, Attilio (2020): [“La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile”](#), in *Sistema penale*, 20 novembre 2020.

PACE, Alessandro (1971): *“Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale”, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1777 ss.

PADOVANI, Tullio (2020): [“Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio”](#), in *Giurisprudenza penale Web*, 7-8.

PADOVANI, Tullio (2021): *“Una riforma imperfetta”*, in ROMANO, Bartolomeo (editor): *Il “nuovo” abuso d’ufficio* (Pisa, Pacini giuridica), pp.121-130.

PAONESSA, Caterina (2017): *“Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo”*, in *Studi senesi*, CXXIX, pp. 303 -312.

PERIN, Andrea (2020): [“Imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza”](#), in *la Legislazione penale*, 23 ottobre 2020.

PERONGINI, Sergio (2020): *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione (con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020)* (Torino, Giappichelli).

PINELLI, Cesare (2000): “*Profili costituzionalistici del reato di abuso d’ufficio*”, in *Giurisprudenza italiana*, pp. 1094-1099.

PISANI, Nicola (2021): “*L’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*”, in *Diritto penale e processo*, 1, pp. 9-19.

PREZIOSI, Stefano (1999): “*Norma di favore e controllo di costituzionalità nel nuovo abuso d’ufficio*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 351-369.

PUBUSA, Andrea (1994): “*Merito e discrezionalità amministrativa*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* (Torino, Utet), vol. IX, pp. 417 ss.

ROMANO, Barolomeo (2021): “[Il “nuovo” abuso d’ufficio e l’abolitio criminis parziale](#)”, in *Penale Diritto e processo*, online, 19 gennaio 2021.

ROMANO, Mario (2013): *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis c.p.) – Commentario sistematico*, 3 ed., (Milano, Giuffrè)

SALCUNI, Giandomenico (2019): *La «disciplina altrove». L’abuso d’ufficio fra regolamenti e normazione flessibile* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

SEMINARA, Sergio (2017): “*art. 323*”, in FORTI, Gabrio *et al.* (editors): *Commentario breve al codice penale*, 6 ed., (Padova, Cedam), pp. 1073-1083.

SOTIS, Carlo (2017): “*Vincolo di rubrica e tipicità penale*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1346-1390.

STILE, Alfonso Maria, CUPELLI, Cristiano (2006): “*Abuso d’ufficio*”, in CASSESE, Sabino (editor): *Dizionario di diritto pubblico* (Milano, Giuffrè), vol. I, pp. 42 ss.

TESAURO, Alessandro (2002): *Violazione di legge e abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo* (Torino, Giappichelli)

TONOLETTI, Bruno (2019): “*La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*”, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, pp. 76- 127.

TRAVI, Aldo (1998): “*La responsabilità penale di pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso d’ufficio*”, in Sorace, Domenico (editor): *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale* (Padova, Cedam), pp. 503-511.

UBIALI, Maria Chiara (2020): “[Abuso di potere dei pubblici funzionari e sindacato del giudice penale: un’importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui principi di legalità e di separazione dei poteri](#)”, in *Sistema penale*, 17 giugno 2020.

VALENTINI, Vico (2020): “*Burocrazia difensiva e Restyling dell’abuso d’ufficio*”, in *La Giustizia penale*, II, pp. 502 ss.

VALLINI, Antonio (2011): “*L’abuso d’ufficio*”, in PALAZZO, Francesco (editor): *Delitti contro la pubblica amministrazione* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 257-346.

VANDELLI, Luciano (1998): *“Riforma amministrativa e esigenza di rimodulare il ruolo del giudice penale”*, in SORACE, Domenico (editor): *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale* (Padova, Cedam), pp. 513 ss.

VINCIGUERRA, Sergio (2008) *I delitti contro la pubblica amministrazione* (Padova, Cedam)

VINCIGUERRA, Sergio (2020): *“Prime riflessioni su due recenti modifiche dell’abuso d’ufficio”*, in *Il Foro italiano*, V, cc. 368-376.

VOGLIOTTI, Massimo (2013), *“Legalità”*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, (Milano, Giuffrè), vol. VI, pp. 371-435.