GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"

di Raffaele Greco

22 luglio 2020

Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*.

1. L'eterno ritorno del problema dell'abuso d'ufficio. – **2.** I limiti del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa. – **3.** Una possibile ipotesi *de jure condendo*. – **4.** Conclusioni.

* * *

1. L'eterno ritorno del problema dell'abuso d'ufficio

Con l'auspicato superamento dell'emergenza determinata dalla diffusione del contagio da COVID-19, nell'ambito del più vasto e articolato dibattito teso all'individuazione delle misure necessarie ad agevolare la ripresa dell'economia dopo il blocco di pressoché tutte le attività produttive imposto dalle misure di contenimento della pandemia[1], è tornato ancora una volta ad affacciarsi il tema della possibile riforma del delitto di abuso d'ufficio (articolo 323 cod. pen.). Come sempre da circa un trentennio ad oggi, la necessità di intervenire su tale fattispecie di reato è ricollegata all'esigenza di contrastare la cosiddetta "*amministrazione difensiva*", ossia quell'atteggiamento, diffuso tra gli operatori e funzionari amministrativi, per cui ci si astiene dall'assumere decisioni o condotte utili per il perseguimento dell'interesse pubblico – preferendo

assumerne altre, o più frequentemente restare inerti – per timore di conseguenze negative a proprio carico derivanti dal sistema di controlli e sanzioni posto dall'ordinamento a presidio del rispetto della legalità dell'azione amministrativa[2].

Nella discussione attuale, tra i principali fattori di freno al celere svolgimento delle procedure amministrative (*in primis,* quelle comportanti investimenti di risorse e/o finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche), vi sarebbe la riluttanza ad assumere determinazioni implicanti assunzione di responsabilità, a causa del rischio di essere incriminati per abuso d'ufficio ovvero sottoposti ad azione di responsabilità per danno erariale[3]. Per questo, il Presidente del Consiglio ha più volte pubblicamente indicato la revisione dell'abuso d'ufficio come uno dei punti qualificanti del piano predisposto dal Governo per la "ripartenza" del Paese e il superamento del grave *shock* economico causato dalla pandemia[4].

Le esigenze così rappresentate sono sostanzialmente le stesse che giustificarono l'ultima consistente riforma dell'articolo 323 del codice penale, attuata con la legge 16 luglio 1997, n. 234 [5], dopo che la fattispecie nella sua innovativa formulazione era stata introdotta dalla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione operata con la legge 26 aprile 1990, n. 86. Mentre il legislatore del 1990 aveva inteso fare del "nuovo" abuso d'ufficio la "*figura cardine del più ampio sistema dei delitti contro la p.a.*"[6], superando la connotazione sussidiaria e residuale che il codice Rocco aveva riservato al vecchio abuso "*innominato*" in atti d'ufficio[7], al contrario l'intervento normativo del 1997 fu determinato, dopo le note vicende di "Tangentopoli"[8], dall'intento di impedire o comunque limitare indebite ingerenze del giudice penale nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione[9]. In tale prospettiva, fu abbandonato l'uso del generico riferimento all' "abuso dell'ufficio" ancora presente nella formulazione del 1990 optando per una formula descrittiva intesa a ovviare alle criticità emerse sotto il profilo della determinatezza della fattispecie, che avevano dato luogo anche a dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di tassatività di cui all'articolo 25 Cost[10].

La nuova formulazione dell'articolo 323 cod. pen. frutto della riforma del 1997 innovava sostanzialmente la previsione incriminatrice su tre fronti:

a) sul piano dell'elemento oggettivo, specificando che la condotta incriminata deve essere posta in essere "*in violazione di norme di legge o di regolamento*" ovvero di un obbligo di astensione in presenza di interesse proprio dell'agente o di suoi prossimi congiunti o negli altri casi prescritti, nonché trasformando l'abuso di ufficio da reato a consumazione anticipata in reato di evento, per la cui configurazione è essenziale il prodursi di un ingiusto vantaggio per l'agente o per altri ovvero di un ingiusto danno altrui;

b) sul piano dell'elemento soggettivo, con la previsione di un dolo "rafforzato" evidenziata dall'espressa precisazione della punibilità solo di chi abbia posto in essere l'evento "*intenzionalmente*";

c) sul piano del trattamento sanzionatorio, essendo stato abbassato a tre anni il massimo edittale della pena (poi riportato a quattro anni dalla legge 6 novembre 2012, n. 190)**[11]**.

I conclamati obiettivi di circoscrizione dell'area del penalmente rilevante e di limitazione delle "ingerenze" giudiziali devono essere stati falliti, se oggi, esattamente per le identiche ragioni sostanziali (al netto del *surplus* di urgenza economica determinata dalla pandemia), il tema della revisione dell'abuso d'ufficio è tornato all'attenzione del legislatore. L'intervento preannunciato si è infine concretato nell'articolo 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ("Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"), che ha abbandonato l'idea di una totale eliminazione della figura di reato *de qua,* che pure era stata da taluno avanzata**[12]**, come pure quella di una sua radicale riformulazione**[13]**, in favore di un (ennesimo?) intervento "chirurgico" di maggior tipizzazione della fattispecie, segnatamente attraverso la previsione che la condotta incriminata debba essere posta in essere in violazione non più – come è oggi – semplicemente "*di norme di legge o di regolamento*", ma "*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*"**[14]**.

La prima parte dell'innovativa formula testé citata evidenzia, in modo più radicale rispetto ad altre proposte di riforma**[15]**, l'intento di circoscrivere l'area del penalmente rilevante, innanzi tutto escludendo che il reato sia configurabile con la violazione di norme di rango regolamentare o subprimario, e in secondo luogo esplicitando l'idea che debbano assumere rilevanza le sole norme precettive, ossia disciplinanti specificamente ed espressamente la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Nella seconda parte, invece, si esprime in modo significativo la *voluntas legis* di escludere ogni rilevanza ai fini dell'integrazione del reato al vizio di eccesso di potere, attraverso la precisazione che dalla norma violata non debbano residuare "*margini di discrezionalità*" in capo al soggetto agente**[16]**.

Se questo è il *core* della nuova riforma annunciata, è lecito esprimere perplessità non solo e non tanto sulla bontà delle modifiche proposte dal punto di vista tecnico e giuridico (profili su cui pure, come si vedrà, emergono rilevanti criticità), ma soprattutto sulla loro idoneità a incidere in modo serio sulle problematiche che con esse si vorrebbe affrontare**[17]**. Intanto, e su di un piano più generale, l'esperienza insegna che la "paura della firma" dell'amministratore pubblico, cui si accennava in principio del presente contributo, non discende certo dalla prospettiva di essere

sanzionati per abuso d'ufficio (ché, anzi, è noto che statisticamente la percentuale dei procedimenti per tale reato che si chiudono con una condanna è estremamente esigua)[18], bensì dal rischio di discredito sociale connesso alla semplice possibilità di essere sottoposto a indagini ed al connesso *strepitus* mediatico e istituzionale. Un problema al quale con tutta evidenza è vano sperare di ovviare con interventi di *maquillage* sulla previsione della condotta incriminata, in un sistema giudiziario ancora incentrato sul principio di obbligatorietà dell'azione penale e sulla doverosità dell'avvio di indagini in presenza di una *notitia criminis*[19].

Inoltre, la giurisprudenza più avanzata ha ormai da tempo avvertito la necessità di circoscrivere l'ambito delle "*norme di legge*" la cui violazione è suscettibile di dar luogo ad abuso d'ufficio, consapevole che soluzioni interpretative improntate a un'eccessiva dilatazione della nozione rischiano di pagare un pesante prezzo sul piano della determinatezza della fattispecie penale. Così, sia pure fra molte oscillazioni e contraddizioni, si è affermato che dell'elemento costitutivo della violazione di norme di legge o di regolamento non deve darsi una lettura formalistica[20], che non deve trattarsi di norme generalissime o di principio[21] (con qualche incertezza per i principi di imparzialità e buon andamento della p.a. di cui all'articolo 97 Cost.)[22], né di norme strumentali alla sola regolarità del servizio pubblico[23] né meramente procedimentali, salvo che siano specificamente e puntualmente finalizzate a disciplinare la condotta dell'agente[24]. Più in generale, la S.C. ha più volte sottolineato la necessità che nella contestazione siano specificamente individuate le norme che si assumono violate, pena un'insanabile indeterminatezza (e quindi una nullità) dell'imputazione[25]. Per questo, può suscitare preoccupazione la totale espunzione dall'area del penalmente rilevante della violazione di norme di "*regolamento*"[26], le cui possibili ricadute non sembra siano state ponderate con la dovuta attenzione[27].

Ma il vero *punctum dolens* della nuova disposizione è indubbiamente costituito dalla scelta di escludere la configurabilità del reato ogni qual volta la norma violata lasci all'agente un sia pur minimo "*margine di discrezionalità*"; con essa si esprime chiaramente l'intento di sottrarre al giudice penale ogni possibilità di sindacato del vizio di eccesso di potere in cui sia incorso l'amministrazione pubblica, inteso – secondo la comune accezione amministrativistica – per l'appunto come cattivo esercizio del potere discrezionale[28]. Può essere interessante osservare che anche la riforma del 1997 fu ispirata dal conclamato intento di sottrarre al sindacato penale l'eccesso o sviamento di potere, al fine di porre un argine alla invadenza del potere giudiziario rispetto alle scelte discrezionali della p.a., anche se la dottrina fin da subito dubitò che tale obiettivo fosse stato effettivamente realizzato[29]. In giurisprudenza, dopo un primo arresto in cui si prendeva atto dell'ormai intervenuta preclusione normativa di un sindacato giudiziale che

travalicasse il limite della regolarità formale dell'atto per involgere valutazioni anche sull'esercizio della funzione e sulle scelte a questo sottese[30], si assisté a una decisa inversione di rotta, ammettendosi che la violazione penalmente rilevante potesse essere riscontrata anche in relazione all'elemento "*teleologico*" della norma di riferimento, con riguardo allo sviamento del fine che la legge – esplicitamente o implicitamente – ha assegnato al soggetto titolare di un pubblico potere[31].

Se, dunque, oggi il tema torna ancora una volta all'attenzione del legislatore è perché forse effettivamente in esso si annida il "cuore" di tutte le questioni che si agitano attorno all'abuso d'ufficio ed alla sua applicazione da parte della giurisprudenza penale. Tuttavia, il fatto che il legislatore abbia (e anche da lungo tempo) correttamente individuato il vero nodo problematico da sciogliere *in subiecta materia* non significa affatto che la soluzione prescelta, consistente nella totale espunzione del vizio di eccesso di potere dall'area del penalmente rilevante, debba essere considerata saggia o condivisibile; ciò non tanto perché – come da taluni osservato – sarebbe proprio attraverso il cattivo esercizio del potere discrezionale che si realizzano "*le forme più gravi e diffuse di sfruttamento dell'ufficio a fini privati*"[32] (non si dispone di statistiche oggettive al riguardo), ma nella misura in cui una tale opzione, al pari della abrogazione *tout court* della fattispecie, esprime una scelta politica sul versante del controllo di legalità della pubblica amministrazione che andrebbe esplicitata in modo chiaro. Infatti, se è indubbio che i beni-interessi protetti del reato in esame vanno individuati nel buon andamento e nell'imparzialità della p.a., intesi il primo nel senso di legalità dell'esercizio dei poteri pubblicistici e il secondo come esigenza di mantenere la *par condicio* tra i cittadini[33], ed è altrettanto pacifico che la massima espressione di tali valori di rango costituzionale si realizza attraverso il corretto esercizio del potere discrezionale, allora il riconoscimento che per l'ordinamento la parte almeno quantitativamente più consistente delle possibili lesioni di tali valori non è neanche astrattamente idonea ad attingere la soglia della rilevanza penale non dovrebbe passare sottotraccia.

Ad avviso di chi scrive, è evidente che la 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, presupporrebbe proprio quell'approccio "eclettico" o "interdisciplinare" alla materia che secondo i più è largamente mancato finora[34]. è in tale prospettiva, all'insegna di un'armonica sinergia tra categorie penalistiche e principi del diritto amministrativo, che saranno sviluppate le riflessioni

che seguono.

2. I limiti del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa

L'esigenza di scongiurare ingerenze del giudice penale nell'attività amministrativa non è solo, come talvolta si sostiene nel dibattito politico-mediatico**[35]**, un argomento strumentalmente usato per individuare "zone franche" per la classe politica o ritagliare patenti di impunità a determinate categorie di cittadini discriminandoli rispetto alla generalità dei consociati, ma sottende il serissimo e delicatissimo tema del rispetto del principio della separazione dei poteri **[36]**. Non v'ha dubbio che ammettere un generale e incondizionato sindacato giudiziale sul *quomodo* dell'esercizio dei poteri pubblici comporterebbe il rischio di un sostanziale sconfinamento del giudice in ambiti valutativi riservati dalla legge al potere esecutivo, il che rappresenterebbe uno stravolgimento dell'equilibrio costituzionale tra i diversi poteri e ordini dello Stato**[37]**.

Posta in questi termini, la questione a ben vedere non differisce qualitativamente dall'analogo problema che si pone, in diritto amministrativo, quando si tratta di individuare i limiti del sindacato giurisdizionale di legittimità: senza poter qui approfondire il tema, è sufficiente rammentare che, ancorché all'esito di un secolare processo di erosione degli ambiti di discrezionalità un tempo ritenuti sottratti al controllo del giudice amministrativo, all'insegna del principio di pienezza ed effettività della tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini**[38]**, residui pur sempre una "linea di confine" che definisce l'ambito delle scelte riservate per legge all'amministrazione, e come tale sottratte a ogni sindacato giudiziale. Tale sfera viene comunemente fatta coincidere con quella del merito amministrativo**[39]**, il cui sindacato è precluso al giudice salvo che nei casi tassativamente indicati dalla legge**[40]**, con le problematiche aggiuntive della sindacabilità degli atti "*politici*" o di alta amministrazione**[41]**. Ebbene, proprio in ragione dell'ampliamento dei poteri e degli strumenti a disposizione del giudice amministrativo per assicurare al cittadino una tutela realmente piena ed effettiva nei suoi rapporti con la p.a., nonché del ruolo "conformativo" e di orientamento dell'attività amministrativa che perciò stesso le pronunce di tale giudice assumono**[42]**, è sempre più concreto il rischio di tensioni rispetto al confine stesso tra giurisdizione e amministrazione**[43]**, come esemplificato anche da vicende di attualità**[44]**.

Alla luce di questa identità di problematiche, l'affermazione per cui "*oggi nessuno mette in dubbio l'assoluta autonomia di accertamento per mezzi, per tipo di interessi, per finalità che c'è nel processo penale rispetto a quello amministrativo*"**[45]** necessita di esplicitazione. Con essa ci si riferisce, innanzi tutto, alla diversità degli strumenti e delle tecniche di tutela che l'ordinamento pone a disposizione delle diverse giurisdizioni, essendo di regola al giudice amministrativo che viene attribuito il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione (ancorché esso non detenga il monopolio esclusivo di tale potere)**[46]**, mentre fin dall'epoca della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) è stato attribuito al giudice ordinario il potere di "*disapplicazione*", con effetti limitati al solo caso esaminato, degli atti amministrativi ritenuti illegittimi**[47]**. Con riguardo poi agli "*interessi*" tutelati ed alle "*finalità*" perseguite, è qui che si rinviene la principale diversità "ontologica" fra le due giurisdizioni: mentre il giudice amministrativo, come già osservato, è chiamato ad assicurare la tutela delle situazioni soggettive dei cittadini (interessi legittimi ovvero, nelle "*particolari materie*" la cui individuazione l'articolo 103 Cost. devolve alla legge, anche diritti soggettivi) a fronte dello scorretto esercizio del potere pubblico, il giudice penale è deputato a esercitare un controllo "oggettivo" di legalità dell'azione amministrativa, a garanzia dei valori costituzionalmente rilevanti dell'imparzialità e del buon andamento della p.a.. Elemento comune alla funzione di entrambi i giudici, in ogni caso, è l'individuazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione, e per essa il singolo organo o funzionario agente, dovrebbe perseguire sulla base della norma (o delle norme) di riferimento.

A questo punto, se ci si chiede se la diversità di *ratio* e di finalità del sindacato esercitato dai due ordini giurisdizionali sia di per sé idonea a giustificare la definizione normativa di diverse "soglie" di ammissibilità del sindacato stesso, la risposta non può che essere affermativa. Il sindacato del giudice amministrativo, trovando il proprio fondamento nel principio costituzionale di piena giustiziabilità delle situazioni giuridiche degli amministrati (*ex* articolo 113 Cost.), è necessariamente esteso a tutti i vizi di legittimità – ivi compresi, e soprattutto, quelli afferenti all'esercizio del potere discrezionale – e non soffre limiti se non quelli rivenienti dall'impossibilità di sostituire valutazioni di merito dell'organo giurisdizionale a quelle proprie della p.a. (salvi, come detto, i casi tassativi in cui pure ciò è possibile). Al contrario, è ragionevole ritenere che il diverso fondamento del sindacato del giudice penale, unitamente alla notoria funzione di *extrema ratio* dell'ordinamento riconosciuta alla sanzione penale**[48]**, autorizzi l'individuazione di un diverso limite, che escluda in tutto o in parte dall'ambito della cognizione giudiziale proprio quella "zona grigia" del giudizio di legittimità che, investendo le valutazioni discrezionali della p.a., si pone ai confini del merito amministrativo. Pertanto, al di là della

diversità di strumenti e tecniche di tutela, dal punto di vista del sindacato in sé considerato vi sarebbe fra le due giurisdizioni soltanto una diversità quantitativa di "intensità" del sindacato stesso.

Volendo adesso porsi il problema di dove debba essere individuata la diversa "soglia" di ammissibilità del sindacato giudiziale penale, escluso – per le ragioni evidenziate a conclusione del paragrafo precedente – che sia obbligata la scelta di escludere *in toto* ogni spazio di sindacabilità delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione**[49]** (come è nella novella di cui al d.l. n. 76/2020), occorre muovere dall'ovvio rilievo che la stessa definizione di una siffatta "soglia" comporta la conseguenza che vi sia 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. Pertanto, al fine di ritagliare tale "zona franca" dal controllo del giudice penale è necessario prendere le mosse dall'esatta delimitazione dell'area della possibile illegittimità quale risultante dalle conclusioni di dottrina e giurisprudenza amministrative, con specifico riguardo al vizio di eccesso di potere, che costituisce la sub-area nella quale il confine *de quo* deve essere tracciato.

Si è detto che, fin dalle prime riflessioni dottrinarie sulla discrezionalità amministrativa, l'essenza di questa è stata rinvenuta nel riconoscimento normativo in capo alla p.a. di un potere di scelta: nella manualistica tradizionale essa è definita come la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico coerentemente a quella che è la causa dell'attribuzione del potere da parte della legge**[50]**, aggiungendosi che essa si differenzia dal mero arbitrio solo perché il suo cattivo uso è giustiziabile da parte degli amministrati coinvolti nelle scelte**[51]**, ovvero perché integra un dovere-funzione posto dalla legge come contraltare dello stesso potere pubblico della p.a., in conformità ad un modello di buona amministrazione**[52]**. In una fase successiva, si è individuato proprio nel carattere dell'interesse pubblico, che non è fisso e predefinito dalla legge ma al contrario mutevole e magmatico, il motivo per cui il problema delle valutazioni discrezionali della p.a. appartiene al concreto amministrare e non all'astratta lettura e interpretazione delle norme; nella sua ricerca del modo migliore per perseguire l'interesse pubblico che è chiamata a perseguire (c.d. interesse pubblico primario), l'amministrazione è chiamata a operare una sintesi e una composizione degli altri interessi pubblici e privati implicati nella propria azione (c.d. interessi secondari). Il miglior perseguimento dell'azione amministrativa è proprio il frutto della ponderazione di tali interessi, il cui luogo tipico e privilegiato di composizione è il procedimento amministrativo**[53]**. Implicita in quest'ultimo approccio era, fra l'altro, l'affermazione dell'esistenza di più possibili modalità legittime di composizione degli interessi coinvolti e di

perseguimento dell'interesse primario[54].

Queste conclusioni sono state recepite e profondamente assimilate dalla giurisprudenza amministrativa, essendo ormai pacifica l'affermazione che il *proprium* della discrezionalità consiste nella ponderazione dei diversi interessi implicati nell'azione della p.a., e segnatamente nella comparazione dell'interesse pubblico da perseguire con gli altri interessi, pubblici e privati, che vengono in rilievo[55]. L'incidenza dei principi eurounitari di proporzionalità e ragionevolezza, poi, porta a concludere che la predetta attività di ponderazione e comparazione può dirsi correttamente svolta allorché la scelta adottata conduce a realizzare l'interesse pubblico con il minor sacrificio possibile degli altri interessi coinvolti[56]. In tale ottica, potrà aversi illegittimità per cattivo esercizio del potere discrezionale (e, quindi, per eccesso di potere) anche qualora l'interesse pubblico sia bensì realizzato, ma senza rispettare i principi testé richiamati, ad esempio perché per incompleta o insufficiente istruttoria o valutazione sia imposto ai destinatari dell'attività amministrativa un sacrificio eccessivo o ingiustificato[57].

Se si rapportano questi concetti all'ambito del sindacato del giudice penale, è del tutto ragionevole ritenere che non tutte le ipotesi di illegittimità debbano assurgere a rilevanza penale sotto il profilo del reato di abuso d'ufficio, ma unicamente quelle più gravi, in cui l'interesse pubblico non sia affatto realizzato e in luogo di esso l'agente persegua esclusivamente fini privati. In questo senso, per vero, si è espressa una parte della giurisprudenza della Cassazione, a partire da un'importante sentenza delle Sezioni unite del 2011[58], in cui si è affermato che ai fini della sussistenza del reato di abuso d'ufficio l'elemento della "*violazione di legge o di regolamento*" sussiste non solo quando la condotta del 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 legittimino 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*". Insomma, non ogni possibile modalità di esplicazione dell'eccesso di potere rileva ai fini dell'integrazione del reato *de quo,* ma solo quella – un tempo individuata dalla giurisprudenza amministrativa sotto l'etichetta dello "*sviamento di potere*"[59] – 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.

La giurisprudenza successiva non è stata univoca nel seguire questa impostazione[60], ma essa ha il pregio di cogliere – sia pure in modo ancora imperfetto e insufficiente, come appresso si dirà – un aspetto di estrema rilevanza per la risoluzione del problema della ragionevole ed

equilibrata individuazione di un limite al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

3. Una possibile ipotesi de jure condendo

Gli orientamenti che pongono l'accento sulla natura, pubblica o privata, dell'interesse perseguito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, pur cogliendo un elemento decisivo ai fini della qualificazione della condotta in termini di illiceità penale (e non di mera illegittimità rilevante sul piano amministrativo), talora inquadrano il tema sul terreno dell'elemento soggettivo del reato, nel senso di assegnare rilevanza alla finalità soggettivamente voluta dall'agente al fine di ricavare la prova del dolo**[61]**. In questo modo, però, si rischia di assegnare al giudice una incerta e opinabile indagine sui "motivi" interiori dell'agente, laddove invece la soglia della rilevanza penale dovrebbe essere ancorata a dati fattuali o comunque oggettivi**[62]**.

Ebbene, ad avviso di chi scrive è solo sul piano dell'evento che può apprezzarsi la finalità concretamente realizzata dall'agente, dal momento che – come si è più sopra evidenziato – uno dei tratti qualificanti della novella del 1997 è stato la trasformazione dell'abuso d'ufficio, appunto, in reato di evento. Come noto, l'evento del reato in esame è in particolare costituito dal prodursi di un "*ingiusto vantaggio*" per l'agente stesso o per altri ovvero di un "*danno ingiusto*" per altri (con l'ulteriore delimitazione che, nel caso del vantaggio, occorre che questo sia "*patrimoniale*", non essendo sufficiente un vantaggio purchessia). Sul piano del diritto amministrativo, assume rilevanza decisiva il carattere di "ingiustizia" che il vantaggio o il danno devono rivestire, essendo dato di comune esperienza – e perfino banale – che qualsiasi provvedimento amministrativo, incidendo sulla sfera giuridica di uno o più destinatari, fisiologicamente procura loro vantaggi o pregiudizi**[63]**; il che comporta che ai fini della configurabilità del reato *de quo* occorre che il vantaggio o il danno cagionato dalla condotta dell'amministratore si connoti di un *quid pluris* rispetto a quelli che sarebbero gli ordinari effetti (favorevoli o sfavorevoli) del provvedimento dallo stesso adottato.

Ci si deve allora chiedere che cosa il legislatore abbia voluto intendere nel rimarcare che il vantaggio o il danno, oltre a essere il risultato di una dolosa violazione di norme di legge o di regolamento, sia anche "*ingiusto*". Sul punto, la giurisprudenza è ormai attestata sull'affermazione che l'ingiustizia del danno (o del vantaggio) non può essere desunta implicitamente dall'illegittimità della condotta, in quanto il requisito della "doppia ingiustizia" richiesto dalla norma presuppone l'autonoma valutazione degli elementi costitutivi del reato**[64]**

. Si tratta certamente di un rilievo importante, siccome tendente a escludere che il carattere di ingiustizia dell'evento possa considerarsi *in re ipsa* in ragione della semplice violazione di norme commessa dall'agente; tuttavia, quando si tratta poi di precisare in che cosa detta "ingiustizia" si sostanzi, si ricorre per lo più a formule generiche e descrittive, inidonee a chiarire la *voluntas legis* e a volte quasi tautologiche, come quando si definisce ingiusto ogni comportamento, espressione della volontà prevaricatrice del pubblico funzionario, che determini un'aggressione ingiusta alla sfera della personalità, per come tutelata dai principi costituzionali**[65]** o ingiusto il vantaggio non spettante in base al diritto oggettivo**[66]**, ovvero si compiono operazioni opinabili quali il mutuare criteri e parametri elaborati in sede civile in materia di responsabilità aquiliana **[67]**.

In realtà, è evidente che la nozione di "ingiustizia" riferita agli effetti, di danno o vantaggio, della condotta dell'amministratore pubblico non può che essere peculiare, dovendo essere 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 impostata la questione, ferma restando l'illegittimità ravvisabile sul piano amministrativo quante volte possa emergere un cattivo esercizio del potere discrezionale tale da condurre a un non ottimale assetto degli interessi implicati (per cui, ad esempio, taluno subisce un danno non strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dall'agente, ovvero un danno maggiore o un vantaggio inferiore di quelli che una corretta ponderazione dei valori in campo avrebbe potuto determinare), potrebbe predicarsi che la "ingiustizia" penalmente rilevante sia integrata solo nelle ipotesi estreme in cui risulti perseguito un interesse totalmente alieno rispetto all'interesse pubblico che la norma attributiva del potere mira a perseguire.

Si tratterebbe, insomma, di "codificare" con gli opportuni adeguamenti l'indirizzo espresso dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2011, assegnando rilevanza decisiva alla prevalenza di un interesse privato, o comunque di un interesse disomogeneo e irriducibile all'interesse pubblico che l'agente dovrebbe realizzare. In questo modo, contrariamente a quanto *prima facie* potrebbe sembrare, non si ritornerebbe alla fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio incriminata dall'abrogato articolo 324 cod. pen., norma che aveva a sua volta causato interminabili dispute interpretative in ordine al carattere esclusivo o aggiuntivo dell'interesse privato perseguito dall'agente rispetto all'interesse pubblico, non mancando chi reputava che la previsione mirasse a sanzionare "*qualsiasi svolgimento di attività in cui si realizzi anche un semplice contatto dell'interesse pubblico con quello del pubblico ufficiale, essendo a quest'ultimo vietato di rappresentare nello stesso tempo il duplice interesse*"**[68]**; al contrario, assegnare rilevanza al solo perseguimento in via esclusiva di un interesse privato, assieme al mancato perseguimento

dell'interesse pubblico indicato dalla norma violata, determinerebbe il superamento degli indirizzi giurisprudenziali rigoristici che ancora oggi considerano irrilevante la eventuale compresenza di una finalità pubblicistica quale risultato della condotta di abuso, sul rilievo che l'interesse pubblico deve sempre costituire l'obiettivo principale o esclusivo della sua attività**[69]**.

In definitiva, senza più intervenire sugli elementi costitutivi della fattispecie tipica, per ottenere significativi risultati di delimitazione dell'ambito di intervento del giudice penale sull'attività discrezionale della p.a. potrebbe essere sufficiente inserire nell'articolo 323 cod. pen. una disposizione del seguente tenore: "*Agli effetti del presente articolo, è ingiusto il vantaggio o il danno che costituisce l'unico risultato perseguito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, quando non sono realizzate le finalità di pubblico interesse cui le norme violate sono preordinate*".

4. Conclusioni

L'ipotesi di riforma qui prospettata, da un lato, recepisce gli approdi della giurisprudenza della S.C. maggiormente attenta al profilo amministrativo della rilevanza del pubblico interesse ai fini della qualificazione in termini penalistici della condotta illegittima posta in essere dall'amministratore pubblico; dall'altro lato, cerca di realizzare una sintesi tra le conseguenze della previsione del dolo intenzionale, nel senso della necessità di accertare che effettivamente l'agente abbia voluto con la propria condotta causare un ingiusto vantaggio o un danno ingiusto **[70]**, e l'esigenza che i risultati prodotti da tale condotta e il loro impatto sulla legalità dell'azione amministrativa siano apprezzati dal giudice per quanto possibile su un piano oggettivo.

Certo non ci si illude che con la modifica proposta siano magicamente risolti tutti i problemi che accompagnano l'applicazione della fattispecie di reato in esame (atteso che, come si è accennato in principio, il superamento della cd. "amministrazione difensiva" postula ben più incisivi interventi a livello culturale e sociale). In particolare, essa lascerebbe al giudice penale, in sede di interpretazione delle norme che si assumono violate dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, l'individuazione di quale sia l'interesse pubblico per il cui perseguimento esse hanno attribuito all'agente il potere del quale si contesta l'abusivo o illegittimo esercizio; ma questa costituisce una conseguenza ineliminabile della costruzione normativa della fattispecie *de qua* come figura "di confine" tra diritto penale e diritto amministrativo, alla quale è coessenziale il richiamo a norme extrapenali disciplinanti l'azione dei pubblici poteri.

A supporto dell'opera ermeneutica del giudice sotto il profilo qui evidenziato, ben potranno operare le circolari, direttive o linee-guida che la stessa amministrazione o altre amministrazioni abbiano emanato per regolare l'esercizio del potere (atti che è preferibile lasciare alla cognizione giudiziale quali elementi "esterni" di integrazione della fattispecie, piuttosto che richiamare direttamente in norma primaria quali fattori rilevanti ai fini della sua configurazione)**[71]**, e non potrà prescindersi ovviamente dall'interpretazione e applicazione delle norme di riferimento fornita anche dalla giurisprudenza amministrativa, quale espressione della giurisdizione istituzionalmente preposta alla verifica del corretto rispetto dell'interesse pubblico (sia pure sotto il diverso profilo della tutela da assicurare ai cittadini lesi nei propri diritti e interessi legittimi).

Ogni diversa opzione ipotizzabile comporta il rischio o di "ingessare" eccessivamente il sindacato giudiziale con effetti difficilmente prevedibili, come per le proposte intese a richiamare espressamente nell'articolo 323 cod. pen. la necessità di rispettare direttive amministrative o indirizzi giurisprudenziali per loro natura mutevoli, o di pagare un prezzo eccessivo sul piano della legalità, come per le proposte – quale è quella prescelta nel decreto-legge da ultimo varato – che finiscono per espungere dall'area del penalmente rilevante una porzione preponderante dell'illegittimità amministrativa.

In definitiva, perché il sistema immaginato funzioni appare imprescindibile che anche tra giudice penale e giudice amministrativo si rafforzi quella cooperazione nella quale, secondo l'intuizione di Costantino Mortati raccolta dall'Assemblea costituente e ripresa in tempi recenti anche dalla Corte costituzionale**[72]**, si realizza la "*unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé*"**[73]**. Questo processo di osmosi è più avanzato nei rapporti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile, nel segno del perseguimento di obiettivi di maggiore pienezza ed effettività della tutela dei cittadini**[74]**, ma forse va coltivato anche rispetto alla giurisdizione penale, quanto meno in relazione al controllo che i diversi ordini giudiziari, ciascuno nel proprio ambito e con riguardo al proprio ruolo istituzionale, devono assicurare sulla legalità dell'azione amministrativa.

* * *

* Il presente contributo costituisce sviluppo e ampliamento dell'intervento svolto al webinar sul tema "*Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza* ", tenutosi il 13 luglio 2020.

[1] Al culmine di una serie di provvedimenti mirati al sostegno di imprese e altri soggetti colpiti dall'emergenza, è stato da ultimo varato il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ("Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"), su cui si tornerà nel prosieguo del presente contributo.

[2] Sul tema, ampiamente, S. Battini – F. Decarolis, *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2019, 1, p. 294, che definiscono il fenomeno "*una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non*", derivanti dall'assunzione di decisioni.

[3] Molto chiara sul punto, ad esempio, P. Severino, *La burocrazia difensiva,* in *La Repubblica,* 30 maggio 2020; cfr. anche M. Clarich – S. Micossi, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia,* in *Il Sole 24Ore,* 22 maggio 2020; G. Pignatone, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo,* in *La Stampa,* 14 giugno 2020.

[4] Si vedano, fra le tante, le dichiarazioni riportate in *La Stampa,* 8 luglio 2020 (p. 4), e, ancora prima, la lettera del *premier* pubblicata sul *Corriere della Sera,* 27 maggio 2020 ("*Investimenti digitali e una riforma fiscale. Pronti a cambiare il reato di abuso d'ufficio*").

[5] Al riguardo, cfr. V.M. Siniscalchi, *L'abuso di ufficio e le improbabili "semplificazioni",* in *Il Mattino,* 9 luglio 2020, in cui l'A. ricostruisce il proprio contributo in sede parlamentare alla novella del 1997.

[6] Così P. Tanda, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o di regolamento,* in *Cass. pen.,* 1999, p. 2121.

[7] Cfr. I.A. Santangelo, *L'abuso di ufficio,* in *Giur. merito,* 2003, 3, pp. 1021 ss., secondo cui l'inciso iniziale della norma ("*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato*") indica che il principio di "*sussidiarietà*", connotativo della disciplina del 1930, sarebbe stato sostituito nel 1990 da quello di "*consunzione*", nel senso che è sussidiaria quella norma che tutela un grado inferiore dell'identico interesse, mentre si ha consunzione allorché una condotta viene a violare una pluralità di norme di cui l'una contenuta perfettamente nell'altra (evocandosi dunque il tema del concorso di norme, piuttosto che quello della sussidiarietà tra di esse).

[8] Naturalmente in questa sede non interessa approfondire il tema, tuttora dibattuto in ambito giornalistico e politico, dei più o meno presunti "abusi" commessi dalla magistratura durante quella stagione. Al riguardo, cfr. T. Padovani, *Il problema tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1996, pp. 461 ss.

[9] Cfr. A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio,* in *Diritto Penale Contemporaneo* (*www.penalecontemporaneo.it*), 16 novembre 2012, p. 13 (con richiami in nota dei lavori parlamentari).

[10] Tra le ordinanze di rimessione alla Corte, poi rimaste senza esito a causa del sopravvenire della novella, si segnalano Trib. Milano, 21 giugno 1996, Crusco; Trib. Piacenza, G.i.p., 16 aprile 1996, Ferri.

[11] Su questi punti, sia consentito rinviare a R. greco – A. Nocera – S. Zeuli, *Codice penale illustrato,* Piacenza, 2013, pp. 367 ss.

[12] Cfr. ad esempio R. Li Vecchi, *Art. 323 c.p.: una riforma ancora in cerca di una sua identità,* in *Riv. pen.,* 1998, p. 132, e, più di recente, S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio,* in AA.VV., *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio,* Torino, 2018, a cura di A. Castaldo, pp. 13 ss.

[13] Ci si riferisce, in particolare, alla proposta elaborata dalla Commissione di Studio e Riforma dell'abuso d'ufficio, presieduta dal prof. Castaldo, su cui si tornerà *infra* (per un'analisi di tale proposta, cfr. V. 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 *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio,* cit., pp. 31 ss.).

[14] Può suscitare qualche critica la scelta di rendere la nuova norma immediatamente applicabile, anziché differirne l'efficacia all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge, in considerazione delle difficoltà applicative che potrebbero derivare dall'eventuale introduzione di modifiche in fase di conversione (sul tema, in generale, cfr. E. Di Agosta, *Democrazia, legalità, politica criminale dell'emergenza. L'uso del decreto-legge in materia penale,* in *Cass. pen.,* 2014, 9, pp. 3149 ss.).

[15] Nella proposta Castaldo si faceva riferimento alla violazione di "*formali norme di legge o di regolamento inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso*".

[16] Il riferimento al residuare di "*margini*" di discrezionalità sembrerebbe richiamare non solo l'ipotesi di poteri *ab initio* vincolati in base alla legge, ma anche tutta la vasta casistica delle fattispecie in cui l'attività della p.a. è vincolata *de facto* per effetto di precedenti atti di autoregolamentazione adottati dalla stessa amministrazione ovvero di decisioni giudiziali intervenute su precedenti atti di esercizio del medesimo potere.

[17] Del resto, già nel 1999 un attento osservatore rimarcava 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*" (P. Tanda, *op. cit.*, p. 2119).

[18] Secondo gli ultimi dati dell'Istat, nel 2017 su oltre 6500 procedimenti si sono avute solo 57 condanne, mentre nel 2018 circa 6000 indagini su 7000 sono state definite con decreto di archiviazione o con sentenza di proscioglimento in udienza preliminare: cfr. A. Cherchi – I. Cimmarusti – V. maglione, *Rischio abuso d'ufficio: 6500 inchieste l'anno ma solo 57 condanne,* in *Il Sole 24Ore,* 16 giugno 2020.

[19] Si omette, perché sostanzialmente estraneo al perimetro del presente contributo, l'esame di proposte normative che pure vi sono state al fine di disciplinare tempi e modalità dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 cod. proc. amm. del reato di abuso d'ufficio dal parte del p.a. (ci si riferisce alla già citata proposta Castaldo, che prevedeva il differimento dell'iscrizione all'esito di una prima interlocuzione con l'interessato al fine di verificare la conformità della condotta a linee guida: su quest'ultimo punto, v. *infra,* nota 69).

[20] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 settembre 2006, n. 8395.

[21] Cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877. Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale con l'ordinanza 14 luglio 2016, n. 117, su cui cfr. M. Galdi, *Un'anomala ordinanza della Consulta in tema di abuso d'ufficio e... di eccesso di potere*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2016.

[22] A fronte di un più risalente indirizzo che escludeva *tout court* la rilevanza della violazione dell'articolo 97 Cost. (Cass. pen., 10 aprile 2007, n. 22702; id., 8 maggio 2003, n. 35108; id., sez. II, n. 877/1997, cit.), si è affermata negli ultimi anni l'idea che la predetta norma costituzionale abbia una "*parte precettiva*", la cui violazione è suscettibile di integrare il reato di abuso d'ufficio, laddove vieta agli amministratori pubblici di adottare ingiustificate preferenze e favoritismi: cfr. Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549; id., sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096; id., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816; id., 24 giugno 2014, n. 37373; id., 26 giugno 2013, n. 34086; id., 17 febbraio 2011, n. 27453.

[23] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2001, n. 45261.

[24] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149; id., sez. II, n. 877/1997, cit.

[25] Cfr. Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2016, n. 38704; id., sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 10140.

[26] Sulle incertezze interpretative attorno alla nozione di "*regolamento*", nella misura la giurisprudenza ha spesso ritenuto che con essa si possa evocare genericamente tutta l'area della normazione subprimaria o secondaria, cfr. I.A. Santangelo, *op. cit.*; P. Tanda, *op. cit.*

[27] Solo a titolo di esempio, si rammenta che, per effetto del comma 27-*bis* dell'articolo 216 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), introdotto dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (cd. "Sblocca Cantieri"), saranno disciplinate dal nuovo "*regolamento unico*" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice stesso le "*procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie*", ivi comprese quelle di affidamento diretto al di sotto delle soglie stabilite dall'articolo 36 del Codice e le modalità di attuazione del principio di rotazione tra gli operatori economici. Non v'è chi non veda il rischio della sottrazione a ogni possibile intervento del giudice penale di violazioni anche gravi di queste disposizioni, già *ex se* introduttive di previsioni flessibili e ampiamente derogatorie delle regole dell'evidenza pubblica e destinate ad applicarsi a una quota numericamente preponderante delle commesse pubbliche.

[28] Sull'eccesso di potere, in generale, cfr. E. Cardi – S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo),* in *Dig. disc. pubbl.,* Torino, pp. 341 ss.; P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo),* in *Enc. giur.,* XII, Roma, 1989. Sull'eccesso di potere come vizio tipico dell'attività discrezionale della p.a., cfr. L. Levita, *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione. Forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo,* Matelica, 2008, p. 109; R. Chieppa, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica,* in AA.VV., *Studi di diritto amministrativo, a cura di R. Chieppa e V. Lopilato,* Milano, 2007; S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo,* Milano, 2003, pp. 908 ss. Sull'enucleazione dell'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dei primi tre decenni del Novecento, cfr. C. Contessa, *I principi regolatori dell'attività amministrativa tra diritto nazionale ed eurounitario,* in AA.VV., *L'attività amministrativa e le sue regole,* a cura di C. Contessa e R. Greco, Piacenza, 2020, pp. 5 ss.

[29] Cfr. A. Merli, *op. cit.,* pp. 13 ss.

[30] Cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, cit., in *Guida dir.,* 1998, 9, pp. 74 ss., con nota di O. Forlenza, *La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere formale.*

[31] Cfr. Cass. pen., sez. V, 1 ottobre 2010, in *Mass. Uff.,* n. 35501; id., sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965; id., 10 dicembre 2001, n. 1229. La giustificazione teorica di questo indirizzo risiede nell'osservazione che la nozione di "*violazione di legge*" impiegata dall'articolo 323 cod. pen. va

differenziata dal vizio di "*violazione di legge*" individuato dall'articolo 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, e dall'articolo 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (e, oggi, dall'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), tra i vizi tipici dell'atto amministrativo (cfr. M. Gambardella, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.),* in *Cass. pen.,* 1998, p. 2338, nonché A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio,* in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, pp. 107 ss.). Inoltre, non si dubitava che il reato potesse essere integrato anche da meri comportamenti materiali, non sostanziatisi nell'adozione di formali atti amministrativi (purché posti in essere "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*"), e per i quali pertanto nemmeno poteva porsi il problema dell'individuazione di uno specifico vizio di legittimità (cfr. R. Greco – A. Nocera – S. Zeuli, *op. cit.,* p. 370).

[32] Così A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale,* I, Milano, 2000, p. 242. Cfr. anche G. La Greca, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative,* in *Foro it.,* 1998, II, p. 383, che evidenzia l'imprescindibile necessità di sanzionare lo "*stravolgimento dell'uso dei poteri discrezionali*".

[33] Cfr. A. Segreto – G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Milano, 1995, pp. 504 ss. Con riguardo all'assetto successivo alla novella del 1997, si veda I.A. Santangelo, *op. cit.,* che individua ancora il bene tutelato dalla norma nel "*perseguimento dell'interesse di assicurare il buon funzionamento della p.a., attraverso il corretto e non deviato esercizio delle pubbliche funzioni ad esso sotteso*".

[34] Già in occasione della riforma del 1997, la carenza di un approfondito confronto scientifico tra penalisti e amministrativisti era lamentata da G. Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?,* in *Questione giustizia,* 1996, pp. 319 ss. Sottolineava ancora la necessità di un "*approccio interdisciplinare*" P. Tanda, *op. cit.,* p. 2120.

[35] In particolare, di scarso interesse e pressoché nulla significatività tecnico-giuridica è la polemica su quanti e quali amministratori pubblici, imputati o sottoposti a indagini per abuso d'ufficio, trarranno beneficio dall'annunciata modifica dell'articolo 323 cod. pen.: cfr. *La Stampa,* 1 luglio 2020 (p. 4).

[36] Al riguardo, cfr. S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio,* in *Arch. pen.,* n. 1/2019.

[37] Cfr. A. Merli, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio,* Napoli, 2012, pp. 22 ss.; anche L. Violante, *Magistrati,* Torino, 2009, p. 51.

[38] Fra le principali tappe di questo processo evolutivo, che a volte viene fatto coincidere con quello di trasformazione del giudizio amministrativo da processo "*sull'atto*" a processo "*sul rapporto*", possono richiamarsi l'elaborazione della teoria del procedimento amministrativo culminata nel varo della legge 7 agosto 1990, n. 241, le incisive riforme attuate con la legge 21 luglio 2000, n. 205, con l'attribuzione al giudice amministrativo di significativi poteri di accesso al fatto (*in primis*, la possibilità di disporre consulenza tecnica d'ufficio anche nelle controversie in materia di interessi legittimi) e, da ultimo, l'ampliamento della tipologia delle azioni esperibili nei confronti della p.a. e degli strumenti istruttori e decisori a disposizione del giudice nel codice processuale del 2010.

[39] Risale a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano, 1939, la definizione del "*merito*" 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. In tema, si veda anche in generale G. Coraggio, *Merito amministrativo,* in *Enc. dir.,* XXVI, Milano, 1976.

[40] I casi di giurisdizione estesa al merito, che peraltro si ritiene costituire una categoria storicamente recessiva, sono oggi indicati all'articolo 134 del codice del processo amministrativo. Per una ricognizione generale, con riferimento al quadro normativo anteriore al codice, cfr. G. Vacirca, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2008.

[41] Sul persistere nel nostro ordinamento (attualmente, nell'articolo 7, comma 1, cod. proc. amm.) del principio della non impugnabilità degli "*atti politici*", categoria che ha suscitato dubbi di incostituzionalità in relazione all'articolo 113, secondo comma, Cost., e comunque risulta fortemente ridimensionata dall'applicazione giurisprudenziale, cfr. T. Klitsche De La Grange, *L'atto politico (e il "politico"),* in *Giust. civ.,* 2008, 2, 517. Sugli atti di alta amministrazione, cfr. N. Paolantonio, *Sul sindacato di legittimità nei confronti degli atti di alta amministrazione,* in *www.giustamm.it,* n. 1/2005.

[42] Sulla peculiare funzione "conformativa" delle decisioni del giudice amministrativo, cfr. M.A. Sandulli, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa,* in *federalismi.it,* n. 18, 23 settembre 2009.

[43] Sul punto, si rinvia a R. Greco, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale,* in AA.VV., *L'attività amministrativa e le sue regole,* cit., p. 139.

[44] Basti citare l'intervento del T.A.R. del Lazio sui divieti di sbarco di migranti contenuti nei cosiddetti "decreti Sicurezza" (in *Il Fatto Quotidiano,* 15 agosto 2019, p. 2), o, più di recente, le decisioni prese in sede cautelare in ordine ad alcune ordinanze di Presidenti di Regione che imponevano divieti di circolazione motivati con la prevenzione della diffusione del contagio da COVID-19 (in *Il Giornale,* 10 maggio 2020, p. 2).

[45] A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio,* cit., p. 6.

[46] Come è noto, il terzo comma dell'articolo 113 Cost. stabilisce: "*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge*", con ciò non escludendo affatto che in specifici settori anche al giudice ordinario possa essere attribuito il potere di annullamento: cfr. Corte cost., 23 luglio 2001, n. 75 (in tema di devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative al pubblico impiego "contrattualizzato").

[47] Peraltro, almeno dall'entrata in vigore del codice penale del 1930 l'articolo 5 della L.A.C. è stato ritenuto specificamente indirizzato al giudizio civile, laddove in sede penale, ove anche il giudice fosse chiamato a esprimere un giudizio incidentale di legittimità/illegittimità di un atto amministrativo, non si ritiene doversi far questione di "disapplicazione", sibbene di verifica della sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie, fra i quali rientra anche – come elemento "negativo" – l'esistenza di un provvedimento della p.a. idoneo a rendere lecita la condotta. La casistica è ricca, soprattutto in tema di attività edilizia eseguita sulla base di permesso di costruire illegittimo: cfr. Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3; id., sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678; id., sez. VI, 2 marzo 1998, n. 3396. Di "*disapplicazione*" la S.C. torna a parlare in relazione a settori, come quello dell'immigrazione, in cui l'attività della p.a. certamente impatta su posizioni di diritto soggettivo: cfr. Cass. pen., sez. I, 5 marzo 2020, n. 13975; id., 1 marzo 2019, n. 29465. In dottrina: M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, 2, pp. 742 ss.; P. Tanda, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima,* in *Riv. giur. ed.,* 1990, II, pp. 48 ss.

[48] Sul tradizionale principio di "sussidiarietà" della sanzione penale, cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2007, p. 6; F. Bricola, *Teoria generale del reato,* in *Noviss. dig. it.,* XIV, Torino, 1973, p. 7.

[49] *Contra,* ma sulla base di una visione del vizio di eccesso di potere ancora legata all'individuazione delle sue "*figure sintomatiche* [...] *basate su presunzioni*", e che trascura la più

moderna accezione del vizio *de quo* come vizio "funzionale" accertabile dal giudice mercé una pluralità di mezzi di prova, A. Merli, *op. ult. cit.*, p. 7.

[50] Così, sostanzialmente, P. Virga, *Il procedimento amministrativo,* Milano,1979.

[51] Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo,* Padova, 1960, pp. 188 ss.

[52] Cfr. G. Miele, *Principii di diritto amministrativo,* Padova, 1966, pp. 27-28.

[53] Cfr. M.S. Giannini, *op. cit.*

[54] Sugli sviluppi dottrinari accennati nel testo e sulla temperie che li accompagnò, cfr. F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2000, IV, pp. 1149 ss.

[55] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 932; id., sez. VI, 25 novembre 2019, n. 7989; id., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3576; id., sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277; id., 9 febbraio 2016, n. 537.

[56] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5443; id., sez. IV, 3 novembre 2015, n. 4999.

[57] Si pensi, a titolo di esempio, alla "classica" ipotesi della procedura espropriativa avviata sulla base di un'inadeguata conoscenza dello stato dei luoghi che porti all'ablazione di una rilevante porzione della proprietà dell'espropriando, laddove con semplici modifiche del progetto dell'opera pubblica sarebbe stato possibile ottenere una diversa collocazione comportante molto minor sacrificio della proprietà privata.

[58] Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155.

[59] Tradizionalmente qualificato dalla giurisprudenza come una delle "*figure sintomatiche*" dell'eccesso di potere, lo sviamento di potere è stato fin da tempi risalenti considerato un vizio comportante per sua natura la necessità di disvelare lo scopo dissimulato dall'azione amministrativa al fine di dimostrare l'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo; è evidente, pertanto, che lo smascheramento dello sviamento, che presuppone l'esercizio di una potestà discrezionale e la cui manifestazione proprio in quanto non coincide con la violazione estrinseca di un dettato normativo evidenziabile tramite un sillogismo giuridico, avviene non *ex se* bensì attraverso un'operazione di interpretazione in via di deduzione logica (cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256).

[60] Tra le sentenze che hanno accolto la costruzione delle Sezioni unite del 2011, vanno richiamate Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519; id., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019; id., sez.

VI, 2 aprile 2015, n. 27816; id., sez. V, 5 febbraio 2014, n. 42835; id., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 43789.

[61] Esemplare, sotto tale profilo, Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402. Cfr. anche, più di recente, Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 2019, n. 10224.

[62] In tal senso, cfr. S. Massi, *op. cit.*

[63] Al carattere sfavorevole o sfavorevole degli effetti che il provvedimento produce nei confronti dei destinatari si ricollega la fondamentale distinzione degli interessi legittimi, dei quali costoro sono titolari, in oppositivi e pretensivi: cfr. R. Greco, *op. cit.,* pp. 119-120.

[64] Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2018, n. 58412; id., 18 marzo 2016, n. 17676; id., 4 novembre 2015, n. 48913; id., 18 febbraio 2015, n. 10140; id., 14 dicembre 2012, n. 1733; id., sez. V, 2 dicembre 2008, n. 16895; id., 6 luglio 2005, n. 36592.

[65] Così Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2014, n. 32023.

[66] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 2019, n. 24186; id., n. 17676/2016, cit.; id., n. 48913/2015, cit.

[67] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 18 luglio 2019, n. 44598.

[68] Così F. Bricola, *Interesse privato in atti di ufficio,* in *Enc. dir.,* XXII, Milano, 1972.

[69] Cfr., sia pure sul piano dell'elemento soggettivo del reato, Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2019, n. 51127; id., 19 dicembre 2011, n. 7384.

[70] Nel senso che il dolo intenzionale richiesto dall'articolo 323 cod. pen. debba avere a oggetto solo e specificamente l'evento di vantaggio o di danno, cfr. tra le più recenti Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2017, n. 27794; id., sez. IV, 11 dicembre 2015, n. 87; id., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019.

[71] Nella già citata proposta Castaldo è prevista l'introduzione di una causa di non punibilità nelle ipotesi in cui il pubblico amministratore abbia agito nel rispetto di siffatti provvedimenti ("*Non sono punibili le condotte che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio adotti nel rispetto delle linee-guida e dei pareri formalmente resi dall'Autorità regionale di controllo*").

[72] A partire dalla sentenza 6 luglio 2004, n. 204, e fino alla più recente sentenza 18 gennaio 2018, n. 6.

[73] Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947.

[74] In tema, cfr. G. Abbamonte, *Alcune riflessioni sull’evoluzione di concetti e indirizzi sulla giustizia nell’amministrazione e sulla cooperazione tra giurisdizioni,* in AA.VV., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo,* a cura di G. Pellegrino, Milano, 2008, pp. 85 ss.