

QUESITI

GIANDOMENICO SALCUNI

**Abuso d'ufficio ed eccesso di potere:
“fine di un amore tormentato”?**

L'autore ripercorre le linee di politica criminale che hanno condotto il legislatore a modificare nuovamente, nel 2020, l'art. 323, dimostrando come anche la riforma del 1997 abbia fallito nel tentativo di non rendere sindacabile l'eccesso di potere da parte del giudice penale. A differenza dei precedenti tentativi falliti, questa volta, con una formulazione legislativa sovrabbondante, il legislatore pare sia riuscito nel suo intento dal momento che sono venuti meno quegli appigli normativi (ad esempio il richiamo a norme generali e di principio che consentivano un controllo del giudice penale sulle scelte del pubblico agente. L'aver specificato che le regole di condotta violate non devono consentire margini di discrezionalità da una parte riconferma l'intento parzialmente abolitrice del legislatore, dall'altra fa sorgere l'interrogativo sulla utilità di mantenere nel sistema una fattispecie penale scarsamente utile a punire fenomeni di “*mala gestio*” amministrativa.

The abuse of office and the misuse of powers: “the end of a tormented love”?

The author retraces the lines of criminal policy which led the Italian legislator to modify again, in the year 2020, the article 323 of the Italian criminal code, showing that also the 1997 reform failed the attempt to make the misuse of powers unobjectionable by the criminal judge. Unlike the previous failed attempts, this time the Italian legislator seems to have succeeded in his intention thanks to an overabundant law formulation, and this is demonstrated by the disappearance of all regulations that allowed the criminal judge to control the choices of the public agent (e.g., the reference to general and fundamental rules). The specification that the violated rules of conduct must not allow a room for discretion, on one hand demonstrates the will to implement a partial abolition by the Italian legislator and, on the other hand raised the question about the usefulness to keep in the system a criminal offence, which is hardly useful to punish the administrative “mala gestio” phenomena.

SOMMARIO: 1. Alla ricerca della “tassatività perduta”? I diversi modelli politico criminali in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. - 2. Le ragioni del “fallimento” degli intenti riformatori precedenti alla novella del 2010. - 3. Criteri formali e sostanziali di descrizione della condotta tipica del nuovo art. 323 c.p. La penale rilevanza delle norme procedurali e dei regolamenti. - 4. Ancora sulla penale rilevanza della violazione dei regolamenti e le differenze rispetto alla disposizione del 1997. - 5. L'espansione della condotta omissiva per reprimere le ipotesi di eccesso di potere e il rischio di violazione del divieto di analogia in malam partem. - 6. L'irrilevanza penale dell'uso del potere discrezionale. - 7. L'irrilevanza penale della violazione dell'art. 97 Cost. sotto il profilo dell'imparzialità. - 8. La scarsa utilità, in termini di prevenzione della burocrazia difensiva, del dolo intenzionale e la necessità di anticipare in sede di indagini preliminari la valutazione della colpevolezza. - 9. Conclusioni: un abuso d'ufficio per campi di materia.

1. *Alla ricerca della “tassatività perduta”? I diversi modelli politico criminali in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la PA.* L’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella L. 11 settembre 2020, n. 120 modifica nuovamente la fattispecie di abuso d’ufficio di cui all’art. 323 c.p., rincorrendo una iper-tassatività della norma che la rende un ibrido fra modello di normazione di tipo descrittivo sintetico ed un modello di descrizione casistica della fattispecie. La formulazione della condotta ad opera della novella del 1997 come violazione «di norme di legge e di regolamento» è sostituita dalla più selettiva in 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»¹.

L’obiettivo comune a tutte le riforme in argomento succedutesi nel tempo è quello di circoscrivere l’area dell’abuso penalmente rilevante, risultato da raggiungere con l’espunzione dell’eccesso di potere dalla tipicità penale². Un controllo così penetrante del giudice penale, fino a ricomprendere anche il vizio di eccesso di potere, viene infatti considerato quantomeno una concausa dell’immobilismo della PA o del fenomeno della burocrazia difensiva, cioè il procrastinare tutte quelle decisioni da cui può derivare un rischio penale³. I

¹ Tra i primi commenti, v. GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it, 17 luglio 2020; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in giurisprudenzapenale.com, 28 luglio 2020; STORTONI, *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in *Liber amicorum Adelmo Mauna*, a cura di Plantamura, Salcuni, Pisa, 2020, 649 ss.; VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, in disCrimen.it, 14 settembre 2020, 3; PERIN, *L’imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, 5 ss.; GAMBARDELLA, *Simulstabus vel simulcadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in www.sistemapenale.it, 29 luglio 2020, 138.; COPPOLA, *Abuso d’ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in questa *Rivista*, 18 giugno 2020, 13 ss.; PARODI GIUSINO, *In memoria dell’abuso di ufficio?*, in *Sist. pen.*, 2021, 7-8; DELLA RAGIONE, CASTALDO, *Abuso di ufficio, reato da abrogare?*, in www.quotidianogiuridico.it

² ERRANI, FRANZESE, *Cantone: si deve limitare il reato di abuso d’ufficio*, in *Il Messaggero*, 8 settembre 2017, in dottrina si veda la recente proposta di riforma c.d. Castaldo, Naddeo: CASTALDO, *L’abuso penalmente rilevante nel mercato economico-finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, 89 ss.; NADDEO, *Abuso d’ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, a cura di Castaldo, Torino 2018, 34.

³ Sul tema della burocrazia difensiva v. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018, 148; nonché MANES, *Semplificare l’abuso d’ufficio. “Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm”*, in www.ilfiglio.it, 15 luglio 2020; *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l’abuso d’ufficio frena la PA*, in www.ilsole24ore.com, 15 luglio 2020; MERLO, *L’abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, pas-

funzionari pubblici non agiscono (anche, ma non solo) per paura di assumere decisioni e quindi accollarsi rischi penali. L'immobilismo della PA collide però con il giusto dinamismo e con le idee di rilancio economico per far ripartire il sistema del Paese⁴.

In tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la PA si assiste ad uno scontro fra politiche criminali di segno opposto. Da una parte, si erge una politica criminale e un "diritto penale di lotta"⁵ senza quartiere al malaffare, che contraddistingue, anche se con diverse graduazioni, la l. 190 del 2012, la l. 69 del 2015 e la l. 3 del 2019 e dall'altra si contrappone una politica criminale più rassicurante.

La l. 190 del 2012 da un punto di vista di tecnica legislativa e di politica criminale (di lotta, ma moderata) è, tutto sommato, una buona riforma⁶. Un giudizio positivo merita il tentativo, da valutare nel medio - lungo periodo - di combattere la corruzione, combinando modelli preventivi propri del diritto amministrativo e presidi repressivi tipici del diritto penale⁷. La l. 69 del 2015 si è prevalentemente indirizzata verso l'aumento delle cornici edittali di pena, segno di una politica criminale di pura lotta⁸, il cui apice è raggiunto dalla l. 3 del 2019 che, orientata a raccogliere risultati e consensi nel breve periodo, estende alcuni mezzi di ricerca della prova, particolarmente invasivi della sfera privata e pensati per la mafia ed il terrorismo, anche ai delitti di corruzione e include alcuni delitti dei PU contro la PA fra l'elenco dei reati ostativi di cui

sim.

⁴In effetti, già con il decreto sblocca cantieri ci si mosse verso una velocizzazione delle procedure, anche se l'entrata in vigore del nuovo regolamento unico appalti, in quanto regolamento in senso formale, avrebbe comportato la riespansione dell'art. 323, a seguito dell'abolizione della soft law data l'abolizione delle linee guida ANAC, v. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio tra regolamenti e formazione flessibile*, Napoli, 2019; inoltre sulle linee guida ANAC e la loro potenziale rilevanza ai sensi dell'art. 323, v. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in questa *Rivista*, 18 settembre 2018, 17; GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, 349 ss.

⁵DONINI, *Mafia e terrorismo come Parte Generale del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen.it*, 30 maggio 2019.

⁶Un giudizio negativo rispetto ad alcune scelte normative, come l'art. 319 quater. Sia consentito il rinvio a SALCUNI, *Tra concussione e corruzione: "tertium datur"?* (*Between bribery by a public official and corruption: "tertium datur"?*), in *Cass. pen.*, 2013, 3933 ss.

⁷PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 3389 ss.; Id., *Corruzione: per una disciplina "integrata" ed efficace*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1177 ss.

⁸VALENTINI, *La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla legge n. 69/2015*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, a cura di Cadoppi, Canestrati, Manna, Papa, Torino, 2015, 341 ss.

all'art. 4 della legge di ordinamento penitenziario⁹. Si accomunano fenomeni quali la criminalità organizzata mafiosa o terroristica e quella corruttiva che rappresentano al contrario fenomeni criminali estremamente diversi e meritevoli di risposte e soluzioni diverse. A ben considerare, la riforma non aggiunge nulla alla tutela penale esistente laddove le indagini siano già orientate a contrastare la “mafia che corrompe”, la contestazione degli artt. 416 *bis* o 416 *bis* 1 c.p. apre la strada all'utilizzo di sistemi di indagine invasivi. Laddove, invece, non vi sia una indagine per reati di cui agli artt. 53, 407 c.p.p., l'uso di agenti sotto copertura (ammessi anche dalla giurisprudenza CEDU) rischia di essere difficilmente distinguibile dalla figura dell'agente provocatore, ritenuta dai più illegittima sotto il profilo dell'art. 6 CEDU¹⁰.

Dall'altra, si contrappone - come anticipato - una politica criminale tranquillizzante nei confronti dei pubblici agenti. Questa diversa politica criminale è sempre stata presente, fin dalla riforma del 1990, dal momento che l'art. 323 non prevedeva più la possibilità dell'uso di misure cautelari o di intercettazioni telefoniche. L'abuso d'ufficio non è stato altresì intaccato dalla l. 3 del 2019 e da tempo ha perso quel nuovo di c.d. norma civetta in grado di consentire al PM di scoprire reati più gravi all'interno della PA, ruolo assunto dagli artt. 353 e 353 *bis* C.p., con riferimento al settore degli appalti¹¹. Diverse ed opposte sensibilità politiche¹² hanno manifestato la necessità di una riduzione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., segno evidente di come il messaggio tranquillizzante abbia lo stesso peso, quantomeno politico decisionale, di quello giustizialista.

2. Le ragioni del “fallimento” degli intenti riformatori precedenti alla novella del 2020. Se la finalità politico criminale che accomuna le riforme in tema di abuso d'ufficio è sempre stata quella di ridurre il penalmente rilevante, in par-

⁹ MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 105 ss.; PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 701 ss.

¹⁰ PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2018, 1 ss.; CANTONE, GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018; sui pericoli dell'agente provocatore in generale e con i dovuti richiami alla giurisprudenza CEDU v. anche VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2011.

¹¹ MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.

¹² ERRANI, FRANZESE, CANTONE: *si deve limitare il reato di abuso d'ufficio*, in *Il Messaggero*, 8 settembre 2017; VAZZANA, *Abuso d'ufficio, quella riforma voluta dal premier che imbarazza i grillini*, in *il Dubbio* 10 luglio 2021; SALVINI, *Salvini: “Toglierei l'abuso d'ufficio. Non bloccare 8.000 sindaci per la paura di indagini”*, in *Il Fatto quotidiano*, 22 maggio 2019.

ticolare escludendovi l'eccesso di potere, bisogna chiedersi la ragione per cui il legislatore ha fallito nel suo intento.

Solo così si potrà comprendere per quali ragioni l'eccesso di potere ha continuato a essere considerato penalmente rilevante dopo ogni riforma e valutare se la novella del 2020 sia riuscita nel suo intento¹³.

Il fallimento della riforma del 1990 è da addebitare esclusivamente al legislatore, qui la discrasia creatasi tra dottrina e giurisprudenza è da imputare ad un difetto di tecnica legislativa¹⁴. La descrizione ad ampio spettro della condotta (abusando del suo ufficio), unitamente ad un dolo specifico privo di efficacia selettiva¹⁵, hanno contribuito alla creazione di una norma a maglie larghe, addirittura capace di punire comportamenti in precedenza non perseguibili ai sensi delle fattispecie di abuso innominato ed interesse privato in atti d'ufficio¹⁶.

L'insuccesso della riforma del 1997 è al contrario dovuta all'opera di interpretazione (soprattutto della giurisprudenza) che, sfruttando la "penombra semantica" lasciata dalla disposizione, ha consentito di concludere che poco o nulla fosse mutato rispetto al passato¹⁷. Affermazione confermata dalla ritenuta continuità del tipo di illecito fra le due norme in successione¹⁸.

¹³ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 2.

¹⁴ FORTI, *L'immense concretezza*, Milano, 2000, 41.

¹⁵ PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993; GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996.

¹⁶ L'ampia formulazione dell'art. 323 c.p. ad opera della l. 86 del 1990 consentiva di ricomprendere nell'art. 323 la condotta di distrazione dell'art. 314 c.p., abrogata dal legislatore del 1990. Si è trattato di una *abrogatio sine abolitio* nel senso che quelle condotte distrettive continuavano ad avere penale rilevanza ai sensi dell'art. 323 c.p. Tale tesi, criticata già all'indomani della riforma del 1990, rischia di divenire impraticabile dopo l'ulteriore intervento selettivo del penalmente rilevante ad opera delle modifiche che l'art. 323 c.p. subisce nel 1997 (Per una sintesi di queste opzioni interpretative, v. PELISSERO, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di Bartoli, Pelissero, Seminara, Torino, 2021, 429 ss.; CUPELLI, *I delitti di peculato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, diretto da C. Fiore, Torino, 2004, 41 ss. Recuperare la condotta distrattiva nell'art. 323 c.p. è oggi operazione ermeneutica non più sostenibile a seguito della riforma del 2020 che ha ristretto ulteriormente la condotta tipica e escluso dal penalmente rilevante le ipotesi di eccesso di potere (AMARELLI, "Limitatori della penalità": il caso del peculato dell'albergatore tra depenalizzazione legislativa e reviviscenza giurisprudenziale, in questa *Rivista* 2021, 4 - 5, e nota 8).

¹⁷ Per una analisi dell'art. 323 Cp e delle sue problematiche pre-riforma del 2020, v. BENUSSI, *I delitti contro la P.A.*, I, Padova, 2001, 549 s.; CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di Palazzo e Paliero, V, Torino 2011, 119 ss.; GROSSO, L'"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29 novembre 1997, Milano 2000, 121 s.; LICCI, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino 2010, 24 ss.; MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro. It.* 1998, 390 ss.; MANNA, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di Catenacci, Marconi, Torino 2009, 88 ss.; STILE, CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, I, Milano,

A favore della irrilevanza penale dell'eccesso di potere militavano ragioni legate al rispetto della *voluntas legislatoris*, che consentiva di ricostruire in termini più selettivi il sintagma violazione di norme di legge¹⁹. È altresì un dato acquisito però che la giurisprudenza e parte della dottrina con argomenti diversi che, per ora non è il caso di analizzare *funditus*, optarono per soluzioni diverse²⁰. Alcune sollecitazioni dottrinali, raccolte dalla giurisprudenza, avevano evidenziato come esercitare un pubblico potere, in maniera distorta rispetto al fine per cui il predetto potere è stato conferito, significasse violare la *ratio* del precetto attributivo di quel potere ed integrare la violazione di norme di legge di cui all'art. 323²¹. In virtù di una interpretazione teleologica si qualificavano, dunque, molti dei casi di eccesso di potere come violazioni di norme di legge, pertanto sussumibili nel paradigma dell'art. 323 C.p.²². La “tramutazione” dell'eccesso di potere in violazione di legge è altresì motivata osservando come il sintagma violazione di norme di legge sia diverso e più ampio di quello di violazione di legge, capace di comprendere così tutte le norme di legge anche quelle costituzionali, fra cui l'art. 97 della Cost. sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità²³. Proprio dalla Costituzione, que-

2006, 36 ss.

¹⁸ Se volessimo sintetizzare i passaggi dalla l. 86 del 90 alla legge del 1997 (MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 17 ss.; per un quadro storico, v. MANNA, *Profili storico comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1201 ss.), potremmo affermare che l'eccesso di potere, magari non *tout court*, ma soltanto nella sua accezione di sviamento di potere, continua anch'essa ad essere penalmente rilevante (Cass. Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *CEDCass*, n. 251498). La violazione delle norme procedurali continua ad essere penalmente rilevante, solo se in grado di causare gli eventi tipici della norma (ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *www.penaledp.it*, 13 maggio 2020, 302.). Le norme generalissime e, fra queste, l'art. 97 della Cost., rientra nella nozione di norme di legge di cui all'art. 323, dato che la disposizione codicistica utilizza l'espressione violazione di norme e non violazione di legge (GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 241 ss.).

¹⁹ MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 155 ss.

²⁰ Esercitare un potere per un fine diverso da quello per cui è attribuito integra una violazione di legge penalmente rilevante ex art.323 c.p. per Cass. sez. V, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, in *CED Cass*, n. 273099; Cass. sez. V, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, in *CED Cass*, 260428. Ma già, autorevolmente, Cass. Sez. un. 29 settembre 2011, n. 155, cit.

²¹ INFANTE, *Abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2008, 320 s.; contra SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 170

²² Per una analisi anche in chiave critica di questa prospettiva, v. SALCUNI, *op. cit.*, 160.

²³ Su questi temi da ultimo, rinviando anche alla bibliografia ivi indicata, v. BARLETTA-CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *lalegislazionepenale.eu*, 18 giugno 2021; COLLAZZO, *La nuova disciplina dell'abuso di ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *www.penaledp.it*, 25/01/2021; INSOLERA, *criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 ss. e spec. 588; MASSI, *Elusione del fatto tipico e*

sta volta dall'art. 113 della Cost²⁴, che non distingue le varie tipologie di vizi amministrativi ai fini della tutela giurisdizionale, deriverebbe un obbligo di interpretare la disposizione dell'art. 323 c.p. in maniera costituzionalmente conforme e, dunque, di non distinguere fra i vari vizi di legittimità dell'atto amministrativo.

A tali questioni ha tentato di rispondere il legislatore del 2020 con l'art. 23 del d.l. 76 del 2020, convertito dalla legge 120 del 2020. La formulazione della disposizione parrebbe (il condizionale è d'obbligo) imporre una interpretazione a "rime obbligate" volta ad espungere l'eccesso di potere dal penalmente rilevante. Il legislatore sembrerebbe questa volta aver raggiunto l'obiettivo, anche se sarebbe stato preferibile una legge di interpretazione autentica che chiarisse il significato penalistico del sintagma violazione di norme di leggi o di regolamenti²⁵. In altri termini, fermo restando la disposizione del 1997 il legislatore avrebbe potuto chiarire il significato e la portata della condotta di violazione di norme di legge.

3. *Criteri formali e sostanziali di descrizione della condotta tipica del nuovo art. 323 c.p. La penale rilevanza delle norme procedurali e dei regolamenti.* La prima condotta tipizzata è quella posta in essere «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge». La *ratio* della limitazione del paradigma normativo per l'individuazione del comportamento vietato è da rinvenirsi nel soddisfacimento di esigenze di certezza e stabilità del precetto²⁶.

A parte la superfetazione atti aventi forza di legge che sono ricompresi già nel concetto di genere legge, il legislatore, rispetto al passato, descrive la condotta richiamando due criteri selettivi: uno formale, l'altro sostanziale.

Il parametro formale è dato dalla violazione di legge (l. d.l.; d.lgs.), si tratta di un criterio già usato nella novella del 1997, laddove si richiamavano le leggi ed i regolamenti. Anzi, proprio il richiamo anche al regolamento confermava l'assunto che il termine legge fosse da intendere in senso formale, altrimenti

speciale antidoverosità della condotta, Torino, 2019, 56 ss.

²⁴ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 125.

²⁵ INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 391 ss.

²⁶ In tal senso cfr. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Bondi, Di Martino e Fornasari, Torino 2008, 243 ss.; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, 1, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di Marinucci, Dolcini, Padova, 2013, 571.

non avrebbe avuto senso prevedere anche l'introduzione del richiamo all'atto generale ed astratto della PA.

Il parametro sostanziale, in aggiunta a quello formale, comporta che tra tutte le potenziali violazioni di leggi rilevano penalmente solo quelle che prevedono espressamente specifiche regole di condotta. Si tratta di un criterio non presente espressamente nella norma precedente in vigore, ma tale criterio era da più parti suggerito dalla dottrina in via interpretativa²⁷.

La combinazione di questi due criteri contiene in sé l'idea di voler espungere dal penalmente rilevante l'eccesso di potere. Esisterebbe (anche qui il condizionale è d'obbligo) una regola di proporzione inversa fra determinatezza della norma e discrezionalità. In altri termini più è determinata la regola di condotta e meno sarà presente discrezionalità del pubblico agente.

La combinazione fra criterio formale e sostanziale rischia di rendere non effettiva la norma rispetto agli intenti dichiarati. La storia recente dell'art. 323 ha dimostrato come la via dell'eccesso di tassatività della disposizione percorsa anche in passato dal decisore politico non abbia dato buona prova di sé²⁸. *«Non si può pensare (infatti) di eliminare il penale con semplici eccessi di frammentarietà, perché così facendo esso ritornerà per altre vie, ermeneutiche o legislative. La troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta. La giurisprudenza che fa analogia si trova spesso di fronte prassi che suscitano uno "schifo morale". Quando ciò avviene rimane solo il penale a fare da argine all'assenza di etica pubblica: perché "se non è penale si può fare". E la supplenza giudiziaria è espressione di una malattia della società, prima che del sistema giuridico»*²⁹.

Non è da escludere dunque che anche questa nuova formulazione non riesca a raggiungere gli intenti dichiarati, perché soggetta ad una ermeneutica di lotta da parte della giurisprudenza³⁰. Non rileverà più penalmente la violazione dell'art. 97 della Cost., certamente sotto il profilo del buon andamento, infatti la Cassazione ha stabilito che vi sia stata una *abolitio criminis* rispetto al passato³¹. Questa soluzione non è così scontata con riferimento all'art. 97 Cost. sot-

²⁷ CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano, Marandola, Torino 2020, 291 ss.; MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in questa *Rivista*, 2019, 11 ss.

²⁸ Si tratterebbe di regole sull'interpretazione che, a loro volta, sono esse stesse soggette ad interpretazione, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale I*, Bologna, 2021, 247 ss.

²⁹ DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 4.

³⁰ Rischi di una ermeneutica di lotta sono evidenziate da: MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in questa *Rivista*, 2021, 3 ss.

³¹ Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, Giorgi, con nota di ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo*

to il profilo dell'imparzialità³², infatti, la giurisprudenza sul punto ha sempre affermato la natura precettiva e determinata della disposizione rispetto al più generico buon andamento³³. Ma sul punto si avrà modo di ritornare.

Nulla muta, secondo lo scrivente, rispetto al passato, con riferimento alle norme procedurali che anzi spesso dettano precise regole di condotta e ricorrendo tutti gli altri presupposti di fattispecie possono rilevare ex 323³⁴. Ad esempio, anche l'obbligo di motivazione non rileverà sempre e comunque nel caso di violazione, ma solo nell'ipotesi di violazione che sia causale rispetto agli eventi descritti³⁵. Ed è ovvio che intanto sarà causale in quanto vi sarà almeno una massima di esperienza che possa far sostenere che in una certa tipologia di casi, se si motiva, non si può conseguire un certo risultato. E dunque se il risultato *de facto* conseguito è dipeso dall'assenza di motivazione, è già integrato il reato.

Ma soprattutto, sempre a nostro parere, continua a rilevare penalmente anche la violazione di norme regolamentari³⁶, sul punto non vi è stata una totale *abolitio criminis*³⁷, ma dipenderà dal modo in cui è costruita la disposizione di legge e dalla tipologia di rinvio operato all'atto di rango sotto-ordinato.

È da premettere che la formulazione della norma legittimerebbe l'interpretazione, fornita da alcuni³⁸, che la regola di condotta debba essere prevista (cioè descritta *in toto*, così andrebbe interpretato l'avverbio espressamente) dalla legge. Tale soluzione non è però obbligata e possiede la stessa

abuso d'ufficio, in www.sistemapemale.it, 1° aprile 2021.

³² Cass. sez. VI, 27 ottobre 2015, n. 46096, Giorgino, in *CEDCass* 265464; Cass. sez. VI, 21 febbraio 2019, 22871, Vezzola, in *CEDCass* 275985; Cass. sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, Di Febo, in *CED-Cass* 263933.

³³ GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; AMATO, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili, così la nuova riforma svuota il reato*, in *Guida dir.*, 8 agosto 2020, 34/35, p. 30 ss.

³⁴ TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 211 ss.; AMATO, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili*, cit., 30 ss. In senso contrario alla penale rilevanza delle norme procedurali, v. PARODI GIUSINO, *In memoria*, cit., 76.

³⁵ La l. 241 del 1990, all'art. 3 ha elevato il difetto di motivazione a vizio formale di violazione di legge. Il diritto vivente formatosi su tale norma ha distinto fra l'ipotesi più grave di vizio di motivazione (id est l'omessa motivazione) rientrante nella violazione di legge e tutti gli altri vizi motivazionali (contraddittorietà, illogicità, irrazionalità) espressivi ancora del vizio di eccesso di potere. Di conseguenza l'irragionevole, la stringata (ma pur presente), l'insufficiente motivazione del provvedimento della stazione appaltante che si discosta da una linea guida non vincolante, interpretativa o orientativa, non costituisce già violazione di legge ex art. 3 della l. 241 del 1990. Integrerà invece tale violazione soltanto la motivazione assente naturalisticamente, oppure, quella c.d. apparente che si risolve in una assenza di motivazione dal punto di vista giuridico.

³⁶ In questo senso, v. Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021 Sez. VI, 8 settembre 2021, Del Principe, in www.giurisprudenzapenale.com

³⁷ ALBERICO, *op. cit.*, 11.

³⁸ NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 7.

dignità dell’opposta tesi, secondo cui basta che la legge rinvii espressamente (cioè con un richiamo esplicito) ad atto sotto-ordinato, purché descriva precisamente la regola di condotta da osservare. Questa soluzione è per chi scrive preferibile ed anche più rispettosa del tenore letterale della disposizione che prescrive che le regole di condotta non devono essere previste “*nella*” legge ma “*dalla*” legge. La legge rinviando espressamente ad un atto ad essa sotto-ordinato che integra, concretizza, specifica la regola generale prevista nella fonte sovraordinata è perfettamente compatibile con la disposizione dell’art. 323 c.p. In questi casi la violazione della norma richiamata o interposta si risolve in una violazione di legge³⁹. Una differenza rispetto al passato potrebbe essere rintracciata nel diverso tipo di rinvio che la norma di legge deve operare rispetto alla norma sottordinata. Mentre nella versione dell’art. 323 c.p. a seguito della riforma del 1997 bastava qualunque rinvio, anche generico, ad un atto sotto ordinato alla legge, il che portava parte della dottrina a criticare la norma sotto il profilo della violazione del principio di tassatività⁴⁰. Al contrario, l’attuale formulazione non apre ad ogni possibile rinvio, non legittima per intero la teoria della norma interposta usata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma restringe le ipotesi di rinvio penalmente rilevante a quello esplicito.

4. *Ancora sulla penale rilevanza della violazione dei regolamenti e le differenze rispetto alla disposizione del 1997.* La depenalizzazione delle norme regolamentari, anche prima del d.l. 76 del 2020, era suggerita da alcune prese di posizione della dottrina⁴¹. Tale conclusione appariva, già allora, affrettata e

³⁹ In passato violazioni di norme di legge sono state riscontrate nell’inosservanza del dovere di motivazione che l’art. 3 della l. 241 del 1990 pone in generale per gli atti amministrativi (Cass., sez. VI, 19 novembre 1999, Stagno D’Alcontres, in *CEDCass* 215278); nella condotta dell’amministratore di una AUSL che, per l’affidamento di un appalto, contatta una sola azienda e non almeno tre, come imposto dalla legislazione di settore (Cass. sez. VI, 23 novembre 1998, De Simone, in *CEDCass* 213034); nella condotta di un commissario di esami che riveli ad un candidato il titolo di una prova scritta, violando il dovere del segreto per i dipendenti della P.A. statuito dall’art. 28 della l. 241 del 1990 (Cass., sez. VI, 27 agosto 1999, Cianetti, in *Cass. pen.*, 2000, 2245); nella condotta del sindaco che adotta ordinanza di necessità e di urgenza in assenza delle predette condizioni, e, dunque, in violazione dei precetti legislativi che a tali presupposti subordina l’adozione di tali ordinanze (Trib. Taranto, 19.3.1999, Cito, in *Foro. It.*, 2000, II, 487).

⁴⁰ PISANI, *La riforma dell’abuso di ufficio nell’era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021,1; Da ultimo, v. PERONGINI, *L’abuso d’ufficio*, Torino, 2020, 42 ss.

⁴¹ A. CASTALDO, *Prefazione*, in *Migliorare la performance della PA*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, XV; Id., *Porquè es necesario reformar el delito de abuso de poder*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo - Buenos Aires, 2017, 1053 ss.; S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio*, in questa *Rivista*, 5 febbraio 2019, 5 ss., 14 ss.; RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni Fondamentali della parte speciale*

non condivisibile. Non è la forma dell'atto che si tutela con l'art. 323 C.p., ma il contenuto dell'atto che è tutelato dalla norma penale. Come anticipato, anche dopo la novella del 2020, le fonti inferiori alla legge, tanto regolamentari quanto sub-regolamentari, possono integrare il fatto di reato *qualora la loro osservanza sia espressamente prevista da una norma di legge*⁴². Due percorsi argomentativi sono percorribili. La penale rilevanza delle fonti *sub*-primarie avverrebbe richiamandosi alla teoria della norma interposta⁴³ secondo cui la norma richiamata (anche implicitamente richiamata) costituirebbe presupposto per l'applicazione della norma penale, così come avviene in altri rami dell'ordinamento⁴⁴.

Invero, su di un piano più generale, non pare debba rinunziarsi alla protezione offerta dall'art. 323 c.p. ogni qual volta può rinvenirsi una norma di legge che espressamente imponga l'osservanza di una data disciplina normativa a cui la legge rinvia: nel caso di inosservanza della disciplina cui si rinvia risulterà pur sempre violata la norma che ad essa fa riferimento.

Questo orientamento risultava condiviso anche dalla dottrina prevalente⁴⁵, mentre voci minoritarie osservavano che il rinvio a fonti *sub*-regolamentari non univocamente indicate dalla legge violerebbe il principio di determinatezza⁴⁶. L'attuale articolo 323 risolve questo contrasto, poiché ora la disposizione richiede la violazione di *specifiche* regole di condotte *espressamente* previste dalla legge o da atto avente forza di legge. Il rinvio esplicito ad un atto sotto-ordinato soddisfa i requisiti della specificità e della espressa previsione legislativa. Il rinvio generico a fonti subordinate permesso dalla precedente formulazione legislativa oggi non è più possibile, ma l'attuale art. 323 C.p.

del diritto penale, a cura di Fiorella, Torino, 2019, 800; MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 273 ss.

⁴² SALCUNI, *op. cit.*, 165 ss.

⁴³ INFANTE, *op. cit.*, 325 ss.

⁴⁴ INFANTE, *op. cit.*, 327. Tale tesi è da ritenersi *jus receptum* in giurisprudenza per quanto attiene all'attività urbanistica: si è giunti alla conclusione per cui il rilascio di titoli abilitativi illegittimi comporta sempre violazione di legge, e, per la precisione, dell'art.12 del DPR 380 del 2001, il Testo Unico dell'Edilizia, che impone l'osservanza di tutti gli strumenti urbanistici.

⁴⁵ ROMANO, *Abuso d'ufficio*, in *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 266; SALCUNI, *La "disciplina altrove"*, cit., 217 ss.

⁴⁶ Così si esprime DI MARTINO, *Abuso*, cit., 251. Comunque critici sulla rilevanza penale della violazione dei regolamenti in una prospettiva più generale di riforma dell'art. 323 C.p., v. CASTALDO, *Il reato di abuso d'ufficio: caos normativo, inefficienza della P.A.*, in *Quot. giur.*, 26 marzo 2019, 1; Id, *Contro la corruzione una burocrazia rapida e trasparente*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino 2016, 31; e con riferimento espresso alle indispensabili prospettive di riforma dell'abuso d'ufficio, Id, *Abuso d'ufficio, la riforma che serve per rilanciare la PA*, in *I Commenti del Mattino*, 14 ottobre 2017, 51. Sul punto, le interessanti considerazioni di C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano e Marandola, Torino, 2020, 291 ss.

continua a far rilevare penalmente la violazione di un precetto composto dal rinvio *specifico* ed *espresso* ad una disciplina subordinata. Da ciò discende che deve essere ben individuata, già a livello legislativo, la normazione sub-legislativa oggetto di richiamo (come accade, ad esempio, con l'art. 12 DPR 380 del 2001). Se tuttavia così è, cadono definitivamente i dubbi di violazione del principio di precisione. È possibile così rinviare legislativamente a fonti ed atti subordinati in maniera univoca (specifica ed espressa nella terminologia del legislatore del 2020). Non solo le violazioni di specifici precetti interamente posti dalla legge ma pure quelli di discipline di cui specifiche norme di legge espressamente impongono l'osservanza. La violazione del regolamento, espressamente richiamato dalla legge per la sua concretizzazione, si risolve in violazione mediata della legge che attribuisce alla P.A. il potere di emanare il regolamento. Non è un discorso diverso da quello che costantemente avviene in materia penale con riferimento alle norme che presentano elementi normativi o rinvii specifici⁴⁷.

Altrove si è tentato di argomentare come le Linee Guida ANAC risultavano integrare la norma penale non solo come violazione di regolamento (in senso sostanziale), ma violazione mediata di legge⁴⁸.

Le linee guida vincolanti sono norme dotate di un requisito di accessorietà rispetto al d.lgs. 50 del 2016 (da ora Codice Appalti) perché integrano, chiariscono, attuano i precetti normativi in esso contenuti. La legge prescrive, in alcuni casi, la vincolatività delle linee guida (art. 1, co. 1, lett. t) l. 11/2016), perciò la violazione di queste ultime integra in via mediata la violazione della legge⁴⁹. La violazione di linee guida ANAC rileva dunque alla stregua di quello che accade per le circolari, per i PRG, per gli statuti comunali, attraverso la violazione mediata di norme di legge⁵⁰. La violazione delle linee guida vincolanti si tradurrebbe in una violazione mediata di legge, dal momento che il ruolo delle linee guida è quello di integrare e specificare quanto a livello generale indicato nel CAP⁵¹.

⁴⁷ DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 291; MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 36 (delle bozze)

⁴⁸ SALCUNI, *op. cit.*, 179 ss.

⁴⁹ SALCUNI, *op. cit.*, 180-181. In senso critico: DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare le performance*, cit., 94 ss.

⁵⁰ INFANTE, *op. cit.*, 326 ss.; RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la Pubblica amministrazione*, a cura di Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano 2015, 359; RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, a cura di AA.VV., Milano, 2000, 875; con importanti distinzioni, pur ammettendo la legittimità di una simile interpretazione, v. VALLINI, DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, Napoli, 2011, 280 ss.

⁵¹ MANUALI, *Linee guida ANAC e abuso d'ufficio*, in *GiustAnm.it*, 2018, 1 ss.; I sostenitori di questa

Se la norma di legge rinvia espressamente ad un regolamento che puntualizzi, specifichi, concretizzi la regola di condotta, sembra irragionevole l'esclusione *tout court* dei regolamenti dal novero delle fonti normative la cui inosservanza può dar luogo all'abuso d'ufficio⁵². Di conseguenza la violazione del Regolamento Unico Appalti (RUA), che ai sensi dell'art. 216, co. 27-*octies*, del vigente d.lgs. n. 50/2016 - aggiunto ad opera del d.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni dalla L. n. 55/2019, sostituirà le linee guida vincolanti dell'ANAC e si tradurrà in via mediata in una violazione di quelle norme di leggi del codice appalti che richiamano espressamente il RUA che, in forza di questi richiami, integra la disciplina in senso esecutivo ed attuativo, tra cui quella relativa alle procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie⁵³.

5. *L'espansione della condotta omissiva per reprimere le ipotesi di eccesso di potere e il rischio di violazione del divieto di analogia* in malam partem. Il Legislatore conscio probabilmente del rischio di scarsa selettività dei criteri formali e sostanziali in precedenza analizzati, probabilmente memore dell'erosione interpretativa che la condotta di abuso d'ufficio aveva già subito in passato, aggiunge un ulteriore inciso a chiarimento della politica criminale perseguita. La limitazione della rilevanza penale altresì alle sole regole che non implicano l'esercizio di un potere discrezionale da parte del soggetto agente vuole escludere, dall'abuso d'ufficio, le ipotesi di eccesso di potere, sotto forma di sviamento, che ricorre quando nei provvedimenti discrezionali il potere viene esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito⁵⁴. Si

tesi in ambito penalistico affermano che si tratterebbe dell'«*applicazione della teorica della norma interposta, elaborata dai costituzionalisti a proposito delle leggi ordinarie che attuano un precetto costituzionale e la cui violazione si traduce, quindi, nella violazione della norma costituzionale*», v. INFANTE, *Abuso d'ufficio*, cit., 326. Una delle applicazioni più note di questa teoria al diritto penale è quella relativa alla natura giuridica degli artt. 1 e 2 c.p., norme di legge ordinaria che presentano la stessa forza dell'art. 25, co. 2, di cui forniscono attuazione maggiormente puntuale. Tesi oggi in parte ripresa per sancire un valore costituzionale all'art. 3 bis c.p. e al principio di riserva di codice. DONINI, *La riserva di codice (art. 3 bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.lalegislazionepenale.eu.

⁵² GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit. La soluzione legislativa sembra aver recepito l'interpretazione proposta da VALLINI, DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 290.

⁵³ MASSARI, *La nuova bozza di Regolamento e le novità per gli affidamenti diretti*, in www.appalticontratti.it, 18.5.2020; USAI, *Il nuovo schema di regolamento enfatizza il ruolo e le responsabilità del RUP (nel sotto soglia) con funzioni anche di commissione di gara e si introduce la possibilità di rinegoziare l'offerta (prima dell'aggiudicazione)*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 19/5/2020.

⁵⁴ Cfr., ad es., Cass. sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, in *CEDCass* 273099; Cass. sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, in *CEDCass* 260428.

tratta del superamento dell'orientamento accolto dalla Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 155 del 2011 che affermava la sussistenza «*della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione*»⁵⁵.

Il legislatore sembra sia riuscito nel suo intento⁵⁶, in quanto oggi l'eccesso di potere non sembra più penalmente rilevante. Come evidenziato in dottrina il legislatore sta manifestando una tendenza a riappropriarsi di taluni spazi occupati dal potere giudiziario, attraverso interpretazioni *contra reum* che avevano “cancellato” prese di posizioni legislative precedentemente assunte⁵⁷. La riforma del 1997 era caratterizzata da una *intentio legis* volta ad escludere dal penalmente rilevante l'eccesso di potere, opzione che fu aggirata (anche grazie ad una formulazione della disposizione lasca) dall'interpretazione giurisprudenziale e che ha aggirato la *voluntas legislatoris*, ponendo l'esigenza di un intervento ulteriormente chiarificatore, come quello introdotto con la novella del 2020.

Se questa scelta così radicale sia ragionevole è altra e diversa questione, dato che gli abusi, quelli più pericolosi, si annidano spesso nelle maglie della discrezionalità⁵⁸.

Non è condivisibile, innanzitutto, l'assunto che attraverso il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, si trasmodi in un sindacato sul merito amministrativo, controllo che sarebbe di regola impedito anche al giudice amministrativo. Il giudice penale doveva, infatti, verificare se ci fosse un vero e proprio merito amministrativo, come tale insindacabile, oppure se dietro quel merito amministrativo vi fosse un merito privato⁵⁹. Inoltre, v'è chi precisa co-

⁵⁵ Cass. Sez. un. 29 settembre 2011, n. 155, cit.

⁵⁶ ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in www.ildubbio.news, 1.8.2020.

⁵⁷ BRUNELLI, *Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio covid-19*, in questa *Rivista*, 2021, 1 ss.

⁵⁸ DONINI, *Osservazioni sulla proposta “Castaldo-Naddeo” di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare le performance*, cit., 94, 100; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it, 10 agosto 2020.

⁵⁹ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 88.

me certamente sia insindacabile la vera e propria discrezionalità politica, che riguarda il merito delle scelte di indirizzo, non altrettanto la discrezionalità amministrativa e quella tecnica, che sono in vario modo ancorate a criteri e parametri di esercizio, spesso individuati da regole specifiche ed espresse, contenute in leggi o regolamenti⁶⁰.

Per evitare irragionevoli lacune di tutela è stato suggerito, in sede di primo commento, di valorizzare la condotta omissiva dell'art. 323, rimasta inalterata⁶¹. L'omessa astensione non si riferisce infatti soltanto ai casi prescritti da leggi, dunque può rilevare anche in presenza di obblighi previsti da fonti subordinate⁶². Inoltre, la condotta omissiva, non replicando la limitazione della condotta attiva, può avere ad oggetto regole di condotte caratterizzate da più o meno ampi margini di discrezionalità, consentendo nuovamente di rendere penalmente rilevante l'eccesso di potere. Si è aggiunto⁶³, inoltre, che se il pubblico funzionario persegue una finalità incompatibile con quella per cui gli è stato attribuito un potere, egli evidentemente persegue un interesse proprio che gli imporrebbe l'obbligo di astensione. Di conseguenza, esercitando in maniera distorta tale potere egli viola tale dovere di astensione, quindi, il suo abuso della discrezionalità sarà allora penalmente rilevante ai sensi dell'omessa astensione.

Tali soluzioni non paiono tuttavia condivisibili alla luce del nuovo testo legislativo e sulla scorta delle caratteristiche della condotta omissiva di abuso. In

⁶⁰ GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., passim.

⁶¹ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11; da ultimo NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2020.

⁶² ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 265. In effetti, pur avendo la condotta omissiva una formulazione meno stringente rispetto a quella attiva, parte della dottrina ritiene che l'obbligo di astensione debba essere comunque previsto dalle stesse fonti presupposto della condotta attiva (dunque leggi). PISANI, *Abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Canestrari, Cornacchia, De Simone, Bologna, 2015, 257 ss. Da ultimo su questi temi v. Cass., Sez. Fer., 25 agosto 2020, Deidda, in www.ilpenalista.it, con commento di ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, Micheli, in *Mass. Uff.*, n. 281158; Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 964 ss.; VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in Discrimen.it

⁶³ GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. Da ultimo, c'è chi osserva come possa risultare paradossale che una riforma finalizzata a restringere la portata applicativa dell'art. 323 c.p. possa, per converso, risolversi in una estensione della condotta omissiva che coprirebbe le ipotesi di conflitto di interessi ed abuso affaristico, v. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. Pen.*, (Web), 2021, 9.

primo luogo, non è affatto scontato che la precisazione per cui l'attività discrezionale non costituisce condotta penalmente rilevante non sia riferibile anche alla condotta omissiva. In altri termini non è stato confutato l'assunto che, con la modifica normativa, il legislatore abbia voluto ricalibrare la tutela di tutto l'art. 323 c.p.⁶⁴, risultando altresì irragionevole che l'eccesso di potere "cacciato dalla porta" rientri dalla "finestra". La mancata duplicazione del concetto può essere dovuta per evitare una ripetizione e non appesantire la formulazione linguistica della norma. Sarebbe inoltre paradossale escludere la penale rilevanza dell'eccesso di potere dalla condotta attiva, per mantenerla in quella omissiva. L'intento legislativo è abbastanza chiaro nel ritenere che la discrezionalità amministrativa non possa dar vita a fatti penalmente rilevanti.

Sussiste, tuttavia, una ragione *tranchant* per negare la possibilità di estendere la condotta omissiva fino a ricomprendere nel penalmente rilevante l'eccesso di potere e, dunque, l'attività discrezionale. L'obbligo di astensione impone infatti di non partecipare alla formazione di un atto o di non compiere una determinata condotta in presenza di alcuni presupposti o in situazioni di conflitto di interessi. Gli obblighi di astensione non impongono al pubblico agente di contemperare diversi interessi, ma di astenersi in presenza di interessi privati. L'utilizzo della condotta omissiva di abuso d'ufficio per colmare eventuali lacune di tutela che si vengono a creare con la nuova formulazione dell'art. 323 integrerebbero così ipotesi di analogia *in malam partem*.

6. *L'irrelevanza penale dell'uso del potere discrezionale.* L'attuale disposizione dell'art. 323 c.p. punisce certamente il vizio di violazione di legge e

⁶⁴Non sembra errato ad esempio interrogarsi su quale sia la portata applicativa di questa precisazione, se essa si limiti a dettare una regola valevole per il solo art. 323 Cp, oppure la sua introduzione comporti una revisione di quelle norme penali che possono sanzionare attività di natura discrezionale da parte della PA. Lo sguardo corre al vicino art. 328 Cp, laddove appare controversa la sua applicabilità agli atti discrezionali. Parte importante della dottrina ritiene la penale rilevanza dell'omissione, pur quando ha ad oggetto atti di natura discrezionale, sia quelli in cui la discrezionalità afferisce alla forma e al contenuto, sia quelli in cui la discrezionalità si riferisce al tempo e all'an. Il giudice penale deve in questi casi verificare che non sia stata esaminata la situazione di fatto, ma non può sindacare il merito dell'atto (Per tutti ROMANO, *Omissione di atti d'ufficio*, in *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2019, 443 ss.). La soluzione non è univoca, v'è infatti chi sostiene che l'art. 328 non punisce un mancato obbligo di attivarsi, ma la mancata adozione dell'atto che, se è discrezionale, non fa sorgere obbligo (TARASCO, *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2018, 279 ss.). Non a caso, l'art. 328 precisa che l'atto «deve essere compiuto». Questa interpretazione sarebbe ulteriormente da preferire anche alla luce delle precisazioni presenti nell'art. 323 c.p. Se il più grave abuso avente ad oggetto un atto di natura discrezionale non è suscettibile di assurgere a rango di illecito penale, a *fortiori* per l'ipotesi meno grave di omissione di atti d'ufficio.

l'incompetenza, che costituisce una *species* del *genus* violazione di legge. Al contrario, per l'eccesso di potere il legislatore fino alla riforma del 2020 non è mai stato in grado di espungerlo dal penalmente rilevante, pur possedendo tutte le novelle precedenti al 2020 questa finalità in omaggio al principio di determinatezza⁶⁵. La ragione di questo insuccesso era da attribuire all'interpretazione, anche avallata dalle Sezioni Unite della Cassazione n. 155 del 2011, secondo cui l'eccesso di potere si risolveva o si identificava comunque in un vizio di legittimità, analogamente ad una violazione di legge, specie considerando come referente normativo l'art. 97 della Cost.

L'eccesso di potere viene inteso come inidoneità di un certo provvedimento a realizzare lo scopo per il cui raggiungimento è stato delineato il potere di adottare una data tipologia di atti: sviamento della (concreta modalità di esercizio della) funzione dal suo fine tipico. Tale vizio si è dimostrato utile per sottoporre a sindacato giudiziale le scelte discrezionali della PA.⁶⁶ La giurisprudenza amministrativa andò tuttavia oltre, e, di fronte alla difficoltà, in molti casi, di individuare con nettezza l'interesse pubblico cui doveva essere finalizzata l'azione amministrativa (interesse alla cui luce valutare la congruità dell'azione dei pubblici poteri e, dunque, la correttezza degli stessi), ritenne di individuare alcune "spie" di tale eccesso di potere. Si tratta delle cosiddette figure sintomatiche: contraddittorietà della motivazione del provvedimento, disparità di trattamento, travisamento dei fatti posti a fondamento di una data decisione amministrativa, difetto di istruttoria, violazione delle circolari, illogicità delle statuizioni, ingiustizia manifesta. Di fronte ad una di tali *figure sintomatiche*, la giurisprudenza, ravvisando una patologia nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, suole annullare l'atto amministrativo senza possibilità di prova contraria, senza, cioè, che la PA possa "salvare" l'atto dimostrando la sua congruità rispetto all'interesse pubblico cui è finalizzata una data azione amministrativa. Senza però la possibilità di prova contraria, le figure c.d. sintomatiche perdono il loro rango di indizi di uno sviamento di funzione, e diventano elementi di illegittimità per contrarietà a canoni di logica. Ne è derivato un concetto vago e suscettibile, pertanto, di dar luogo a decisioni giurisprudenziali di difficile controllabilità razionale e, dunque, di prevedibilità delle decisioni, il che appare un prezzo incompatibile con i principi

⁶⁵ MANNA, *Abuso*, cit., 31, 71 ss. Esprime un giudizio tutto sommato favorevole sulla riforma del 2020, Vittorio Manes, dal momento che la gestione ermeneutica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la PA è stata improntata ad erodere la tipicità delle fattispecie incriminatrici: *Semplificare l'abuso d'ufficio. Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm*". Parla Manes, in *Il Foglio*, 15 luglio 2020.

⁶⁶ Sulla rilevanza penalistica dell'eccesso di potere cfr. A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir pen. proc.*, 1999, 111.

del diritto penale, *in primis* quello di tassatività⁶⁷. La disposizione introdotta dal legislatore del 1997 fallì in questo intento perché esercitare la discrezionalità amministrativa *contro l'interesse pubblico* significa *non esercitare il potere conferito dalla legge*⁶⁸.

Sulla scia di tale osservazione, è stato relativamente agevole concludere, nel periodo ricompreso tra la riforma del 1997 e quella del 2020, che in caso di sviamento del potere dal fine che esso doveva perseguire, era stata violata la *ratio* di una disposizione di legge che attribuisce il relativo potere e, dunque, si era in presenza di una “violazione di norma di legge” rilevante *ex art. 323 c.p.*, ciò alla luce del basilare art. 12 delle preleggi, che postula di ogni disposizione di legge la possibilità di enucleare un senso (la norma) dalla sua lettera⁶⁹. Ne discende che violare una norma significa violare il suo senso⁷⁰.

A tale conclusione esegetica ha inteso reagire il legislatore dell'ultima riforma: la locuzione «in 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*», esclude ora ogni possibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa *ex art. 323 c.p.* Gli *obiter dictum* della Cassazione per cui l'eccesso di potere non sarebbe penalmente rilevante, salvo che non si tratti di uno sviamento di potere, oggi non pare presentino appigli normativi⁷¹, oltre ad essere contraddittori nella parte in cui escludono che la violazione di

⁶⁷ Da ultimo, SCEVI, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale alternatività o binomio garantistico?*, in www.la-legislazionepenale.eu, 6 novembre 2020 e bibliografia ivi richiamata.

⁶⁸ GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro. It.* 1999, 122/12, 329, 334; PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2009, 902 ss.

⁶⁹ INFANTE, *op. cit.*, 333; *contra*: SILVA, *op. cit.*, 159.

⁷⁰ Cass. Sez. un. 29 settembre 2011, n. 155, *cit.*, soluzione ermeneutica quella delle sezioni unite condivisa anche da parte della dottrina, v. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, *cit.*, 109; D'ASCOLA, *Intervento*, in *ivi*, 103 ss.; D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, Assago, 2021, 111 ss.

⁷¹ Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020, n. 442, *cit.* In senso contrario, per la penale rilevanza delle ipotesi di eccesso di potere (rectius sviamento di potere), v. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, Garau, in *Arch. Pen.*, 2021, 1, 1ss., con nota di RUTIGLIANO, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'abolitio criminis parziale*. Su queste tematiche, da ultimo, si veda BORSARI, *A volte ritornano. riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 2021, 9, 43 ss.; GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, 493 ss., In senso critico rispetto alla citata ultima pronuncia della Cassazione, v. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid 19*, in *Arch. Pen.*, (Web), 2, 2021, 13 ss.

norme di principio, come l'art. 97 della Cost., possa essere rilevante penalmente alla luce del nuovo testo legislativo.

Essendo l'eccesso di potere nient'altro che l'uso distorto della discrezionalità, la non sindacabilità di questa esclude che esso possa venire in rilievo ai sensi del novellato abuso di ufficio. Invero, di discrezionalità amministrativa possono darsi due definizioni, entrambe corrette, ma che descrivono il fenomeno da due angoli visuali diversi, uno attinente all'aspetto funzionale (la finalità gius-politica perseguita con la discrezionalità), l'altro all'aspetto strutturale, cioè alle caratteristiche - così come rilevabili da un osservatore esterno - che presenta l'azione dei pubblici uffici, allorché agiscono in ambiti connotati da discrezionalità. Se in senso funzionalistico discrezionalità amministrativa significa ponderazione e bilanciamento - da parte della P.A. - di diversi interessi confliggenti in vista della realizzazione dell'interesse pubblico, dal punto di vista strutturale essa significa che la P.A. ha facoltà di scelta tra almeno due condotte. La novella del 2020 esclude che discipline che delineino tali margini di scelta possano ora integrare il fatto tipico descritto dall'art. 323 C.p.; altro non significa la locuzione «in violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Se vi è una regola che conferisce facoltà di scelta al pubblico funzionario, e quindi discrezionalità (e connessa possibilità di un abuso della stessa, cioè eccesso di potere), non può mai venire in gioco l'attuale art. 323 C.p...

7. L'irrilevanza penale della violazione dell'art. 97 Cost. sotto il profilo dell'imparzialità. La novella legislativa ha fatto emergere già alcuni contrasti giurisprudenziali. Vi è infatti un orientamento che nega che la nuova formulazione consenta di punire, ad esempio, la discrezionalità c.d. tecnica. La formulazione "*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*", non consente alla norma di «*trovare applicazione nel caso di atti amministrativi connotati da un margine di discrezionalità tecnica ... Nella discrezionalità tecnica, la scelta dell'Amministrazione si compie, infatti, attraverso un complesso giudizio valutativo condotto alla stregua di regole tecniche: il caso classico è quello dei giudizi delle commissioni sul merito della produzione scientifica di un candidato ad una selezione pubblica. L'incoerenza del giudizio valutativo rispetto alla regola tecnica che lo sorregge non è più suscettibile di integrare la fattispecie tipica, a meno che la regola tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e rigida di fonte primaria; ma anche in tal caso, permane l'insindacabilità del nucleo valutativo del giudizio*

*tecnico*⁷². La pronuncia in esame dunque restringerebbe i casi di applicabilità dell'art. 323 alle ipotesi di c.d. accertamento tecnico, ritenuto da molti autori più recenti una ipotesi non riconducibile alla discrezionalità tecnica⁷³. I confini fra accertamento tecnico in senso proprio, cioè l'ipotesi in cui non vi è discrezionalità della PA, e l'accertamento tecnico c.d. improprio, che coincide con la discrezionalità tecnica, dipendono dalla natura "valutativa" della scienza⁷⁴. Nell'ipotesi in cui la norma attributiva del potere alla PA imponga il richiamo e l'applicazione di canoni di una scienza valutativa saremo in presenza di un accertamento tecnico improprio perché non sarà venuta meno la discrezionalità della PA⁷⁵. In sintesi, l'applicabilità dell'art. 323 c.p. potrà aversi solo quando ci si trova di fronte ad una scienza esatta e, dunque, ad un'attività di mero accertamento tecnico in senso proprio, mentre, laddove il rinvio sia a parametri scientifici privi di adeguati coefficienti di certezza ed univocità, ci si troverà di fronte ad un'ipotesi di discrezionalità tecnica non suscettibile di controllo penale, ma soltanto sindacabile dal punto di vista amministrativo⁷⁶.

Un diverso orientamento, seppur in linea di massima in linea con i *desiderata* del legislatore, afferma *l'abolitio criminis* parziale rispetto al passato con riferimento alla violazione delle norme regolamentari, con riferimento alla violazione delle norme di principio, con riguardo ai casi di eccesso di potere, salvo che quest'ultimo non si traduca nel diverso vizio (una sottofattispecie) di sviamento di potere⁷⁷. Quest'ultima sentenza è stata oggetto di critiche. Viene evidenziata infatti la (apparente) contraddizione fra la prima parte della motivazione in cui si esclude che possa continuare a rilevare penalmente la violazione di regole di principio, fra cui l'art. 97 della Cost. e la seconda parte in cui, in un *obiter dictum*, si afferma la penale rilevanza dello sviamento di potere. Lo sviamento di potere, cioè l'uso del potere per un fine diverso da quello per cui è stato attribuito, continua ad essere penalmente rilevante, risolvendosi in una violazione di legge. In effetti, l'eccesso di potere *tout court* è

⁷² Cass. Sez. VI, 1 febbraio 2021, n. 14214, cit.

⁷³ CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di Sandulli, 2^a ed., Milano, 2017, 457.

⁷⁴ Sull'impatto della scienza valutativa col principio della riserva di legge, v. STELLA, *Giustizia e modernità*, 3^a ed., Milano, 2003; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004.

⁷⁵ MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie*, cit., 108 ss.

⁷⁶ Ciò accadrà (o potrà accadere) sia operando un controllo sostitutivo, ovvero con la possibilità di sovrapposizione, da parte del giudice, del proprio giudizio a quello della P.A.; sia attraverso un mero controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della discrezionalità, volto a valutarne l'attendibilità sul piano scientifico (MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie*, cit., 108-109).

⁷⁷ Cass. Sez. VI, 09 dicembre 2020, n. 442, cit., con nota di GAMBARELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2021, 493 ss.

un vizio di legittimità, pur non essendo semplice distinguerlo dal merito amministrativo. L'eccesso di potere viene accertato però attraverso indici sintomatici che, se possono essere utilizzati nel processo amministrativo, sono inutilizzabili in quello penale⁷⁸, se si vuol ricostruire la fattispecie in senso conforme al principio di determinatezza. Lo sviamento di potere, proprio perché costituisce la forma più grave di eccesso di potere, continua ad essere penalmente rilevante in quanto vizio di legittimità analogo alla violazione di legge. Ma la nuova formulazione non punisce tutte le violazioni di legge, tant'è che ormai anche la giurisprudenza afferma che l'art. 97 non possa costituire norma presupposto la cui violazione integra l'art. 323. Tale affermazione è però riservata al principio del buon andamento della PA, non a quello dell'imparzialità. Sotto questo profilo la giurisprudenza continua ad applicare il principio di diritto già espresso prima dell'entrata in vigore della novella dell'art. 323 c.p., secondo cui «*il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., nella parte in cui, esprimendo il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, impone al pubblico ufficiale e all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione*»⁷⁹. Questo indirizzo giurisprudenziale riceve supporto anche da una parte della dottrina la quale, con puntuali richiami alla dottrina amministrativista, afferma come l'azione amministrativa sia per forza di cose discrezionale e che una norma, come l'art. 97 della Cost., che individua il fine (garantire l'imparzialità), ma non le modalità con cui raggiungere quel fine è comunque una norma completa, cioè che precisa la regola di condotta, dal momento che il fine riempie di contenuto anche la condotta⁸⁰. In altri termini, si ritiene che la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. non renda punibile l'eccesso di potere intrinseco, ma non escluda dal penalmente rilevante l'eccesso di potere estrinseco, cioè quello che si risolve comunque in una violazione di legge⁸¹. A nostro giudizio, pur condividendo le ragioni politico criminali sottese a questa interpretazione⁸², gli argomenti sinteticamente richiamati, che conti-

⁷⁸ SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 147.

⁷⁹ Cass. Sez. V, 02 ottobre 2020, n. 37517, D.G. e altri., cit.

⁸⁰ RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in questa Rivista, 2021, 2.

⁸¹ È l'articolata posizione espressa da ultimo da TORDINI CAGLI, STORTONI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *PenaleDP*, 25.2.2021, § 3; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *ivi*, 10.8.2020, p. 3-4; PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 13-14.

⁸² La finalità è quella di rendere la norma minimamente effettiva, ma soprattutto ragionevole, la qual cosa è messa in dubbio da ultimo da PARODI GIUSINO, *cit.*, 92, il quale trova il dettato legislativo anche

nuano a ritenere penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 le ipotesi di sviamento di potere che si sostanziano nella violazione del principio di imparzialità, tradiscono l'intento riformatore. Le ragioni sono in parte coincidenti con quelle espresse nel paragrafo precedente, cioè la discrezionalità presuppone il potere di scelta fra almeno due possibili soluzioni, dunque, la norma penale esplicitamente esclude che da ciò possano derivare conseguenze penali. Il principio di imparzialità richiamato da questo orientamento sottende una visione del conflitto di interessi in astratto che si pone in linea di contrasto con la struttura della disposizione dell'art. 323 che, dalla novella del 1997 ad oggi, costituisce una fattispecie di danno, il che rende impossibile traghettare nel diritto penale nozioni formalistiche del conflitto di interessi proprie del diritto amministrativo. Non è, a nostro giudizio, nemmeno condivisibile l'assunto di fondo secondo cui la norma che individua il fine e non esplicitamente la condotta sia comunque determinata e analoga ad una norma modale, dal momento che il fine riempirebbe di contenuto la condotta⁸³. La tesi rischia di provare troppo in quanto non è affatto dimostrato che il fine riesca a riempire di contenuto la condotta, a tal punto da non far residuare margini di discrezionalità in capo al pubblico agente⁸⁴. Esistono infatti vari modi da parte della PA per garantire l'imparzialità del suo agire, il fine è ben determinato, ma le modalità con cui raggiungere il suddetto fine restano nelle libere scelte della

intimamente contraddittorio.

⁸³ «Questa ricostruzione, che, come si è appena detto, vorrebbe comprensibilmente recuperare qualche spazio di ragionevolezza al delitto, non sembra, però, compatibile con la nuova formulazione dell'art. 323: in quest'ultimo caso (di interesse oggettivamente collidente con quello pubblico) quale sarebbe la regola specifica, espressamente prevista dalla legge e dalla quale non residuino margini di discrezionalità, che sarebbe violata? Forse l'unica possibilità rimanente sarebbe quella di "ripescare" ancora una volta l'art. 97 Cost. e la violazione della regola dell'imparzialità, ma sembra davvero azzardato⁹⁶ sostenere che dalla regola di parità di trattamento fissata dalla Costituzione non residui alcun margine di discrezionalità. Del resto, anche a volere accettare questa linea interpretativa, non si capirebbe neppure perché distinguere fra violazione dei limiti interni della discrezionalità (non punibile) e violazione dei limiti esterni (punibile): dovendosi desumere dalla tipizzazione del dolo intenzionale di evento ingiusto che in entrambi i casi il p. u. è consapevole di perseguire un fine contrario alla legge; in entrambi i casi egli metterebbe in atto comunque una distorsione funzionale del potere rispetto ai fini pubblici, prendendo di mira uno scopo privato e ingiusto; e non si capisce perché soltanto nel secondo caso egli dovrebbe meritare la pena per il reato e, invece, nel primo no». Parodi Giusino, cit., 93 - 94.

⁸⁴ Si sostiene altresì che mantiene la penale rilevanza ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. la violazione di una norma che in astratto attribuisce un potere rimesso alla discrezione del pubblico agente, ma che in concreto, per le scelte già compiute dal soggetto pubblico, non sia più da considerarsi discrezionale l'esercizio di quel potere. Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2021, A.F., in Cass. pen., 2021, 1575 ss., sulla quale v. anche i commenti di BORSARI, *A volte ritornano*, cit., 51 ss.; PAGELLA, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 5 ss.; SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, in *penaledp.it*.

PA. Il discorso diventa ancor più pericoloso laddove, oltre al principio di imparzialità, si voglia consentire l'applicazione dell'art. 323 c.p. per violazione delle norme costituzionali che impongono la proporzionalità e la ragionevolezza dell'agire amministrativo⁸⁵.

L'imparzialità, il conflitto di interessi (in senso astratto)⁸⁶, ma più in generale il richiamo ai principi costituzionali (quali proporzione, ragionevolezza), è *errato* perché la tipicità della norma non è infatti presente *ex ante* ma *ex post*, vale a dire «*la deduzione della regola immediatamente precettiva dal principio costituzionale è frutto di una complessa attività interpretativa, riservata al giurista, non ascrivibile né imputabile al cittadino*»⁸⁷. Pur presentando varie sfaccettature al loro interno, la letteratura moderna sul neo-costituzionalismo evidenzia come i principi costituzionali presentino una struttura diversa dalle regole⁸⁸, perché suscettibili di plurime interpretazioni, perciò non possono essere assunti a fondamento di una fattispecie penale in quanto la loro struttura normativa non consente di rendere tipica e tassativa la fattispecie. Si avrebbero così lesioni del bene giuridico penalmente rilevanti, ma senza la mediazione della tipicità penale, il che è inaccettabile. Le plurime interpretazioni delle norme costituzionali consentono una diversa perimetrazione della fattispecie di abuso d'ufficio incompatibile con gli insegnamenti della Corte costituzionale che impongono interpretazioni tassativizzanti⁸⁹, sia con la prevedibilità delle interpretazioni richiesta dalla CEDU. Il richiamo all'art. 97, co.2, Cost., assicura però una sorta di tassatività in astratto, ma a ben considerare in concreto non raggiunge quelle finalità che il principio si prefigge di garantire. Come anticipato, i principi costituzionali sono diversi dalle regole, l'esatto contenuto del principio si conosce soltanto dopo l'interpretazione, a differenza della regola. Ragionando diversamente dovremmo coerentemente

⁸⁵ RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio*, cit.,

⁸⁶ Sul conflitto di interessi in senso sostanziale, v. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., 181 ss., qualche dubbio sulla capacità selettiva del requisito in oggetto invece può essere avanzata, o meglio richiederebbe una qualche ulteriore precisazione. Se la norma fosse incentrata su di una situazione, non meglio precisata normativamente, di conflitto di interessi sarebbe comunque l'interprete a dover ricercare la *ratio* della norma di legge o di regolamento violata. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale*, Torino, 2018, 90 ss.

⁸⁷ PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio in Migliorare le performance*, cit., 17.

⁸⁸ NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, 1996, 217 ss.; DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010; BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma - Bari, 2012, Cap. II e bibliografia ivi citata.

⁸⁹ DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo"*, cit., 94 ss.; APRILE, *Osservazioni a C. Cost., 1 giugno 2016, n. 177*, in *Cass. pen.*, 2016, 3587 ss.; NOTARO, *In foro illicito versari*, cit., 119. Da ultimo, PARODI GIUSINO, *In memoria*, cit., 90, il quale conclude per l'impossibilità di ricavare una norma specifica dalle disposizioni di principio.

concludere che l'art. 97, co.2, costituisca la norma, da sola sufficiente, a delineare ogni possibile obbligo di astensione in capo all'agente pubblico, senza il ricorso di norme di legge ordinaria o regolamentare che fissino le ipotesi in cui sorge il dovere di astensione. Nessuno discute che possano in astratto esservi norme costituzionali, la cui violazione possa integrare il reato di abuso d'ufficio, purché siano regole e non principi (o se si preferisce modali e non generiche). L'art. 97, co. 4, imponendo il concorso per accedere alla PA è una regola, la cui violazione può integrare il presupposto oggettivo del reato, laddove si consenta l'ingresso nella PA in assenza di concorso pubblico.

8. *La scarsa utilità, in termini di prevenzione della burocrazia difensiva, del dolo intenzionale e la necessità di anticipare in sede di indagini preliminari la valutazione della colpevolezza.* Il vero criterio di selezione del penalmente rilevante dell'art. 323 è dato dal dolo intenzionale. A ben considerare, questo elemento anziché scongiurare le ipotesi di burocrazia difensiva (in effetti consente pochissime condanne) rischia di incentivarle. Selezionare il penalmente rilevante solo attraverso una descrizione in maniera pregnante dell'elemento psicologico è controproducente. Per prassi il dolo si accerta nel dibattimento, mentre il pubblico agente vive come anticipazione di pena già l'inizio del procedimento penale. Pur registrandosi interpretazioni della giurisprudenza ipergarantiste sul dolo⁹⁰, quasi addirittura a farlo coincidere con un dolo esclusivo (devi agire al solo fine di...⁹¹), per il pubblico agente è troppo tardi, perché si seleziona troppo in avanti (cioè nel dibattimento) il lecito dall'illecito penale. Il pubblico agente, a parte la condanna, vuole evitare il processo: il processo di per sé è una pena⁹².

⁹⁰ Cass. Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 20974, cit. In tema di abuso di ufficio, il dolo intenzionale non è escluso per il solo fatto del perseguimento da parte del pubblico agente di una finalità pubblica, laddove la stessa rappresenti una mera occasione della condotta illecita, posta in essere invece al preciso scopo di procurare, in via immediata, un danno ingiusto ad altri o un vantaggio patrimoniale ingiusto per sé o per altri.

⁹¹ Cass. Sez. II Sent., 23/01/2019, n. 10224 in *CedCass*. In tema di abuso d'ufficio, non ricorre il dolo intenzionale nel caso in cui l'agente persegua esclusivamente la finalità di realizzare un interesse pubblico ovvero quando, pur nella consapevolezza di favorire un interesse privato, sia stato mosso esclusivamente dall'obiettivo di perseguire un interesse pubblico, con conseguente degradazione del dolo di procurare a terzi un vantaggio da dolo intenzionale a mero dolo diretto o eventuale e con esclusione, quindi, di ogni finalità di favoritismo privato. (Nella specie, la Corte ha annullato, limitatamente alle questioni civili, la sentenza di merito, che aveva assolto l'imputato per difetto dell'elemento psicologico, poiché non erano stati illustrati i motivi per cui non si sarebbe potuto ugualmente realizzare un contenimento dei costi osservando la procedura di gara dettata in tema di appalti pubblici, anziché quella di affidamento diretto dei lavori concretamente adottata).

⁹² Ben consapevoli che una fuga dal processo è impossibile in uno Stato liberale, ma che bisognerà evi-

La scelta legislativa del 2020 anticipa, già a livello di condotta, la selezione del penalmente rilevante. Espungendo dal penalmente rilevante l'eccesso di potere rende la norma più determinata ma allo stesso tempo introduce una norma *inutile*. Già in passato Tullio Padovani osservava che «enfaticamente in via esclusiva la legalità formale, il premio va al fariseo e la sanzione al pubblico: una nuova, curiosa versione della "laicità" del diritto penale»⁹³. Infatti, gli abusi d'ufficio più offensivi rispetto al buon andamento ed all'imparzialità della PA si nascondono proprio dietro l'uso improprio del potere discrezionale⁹⁴. Sarebbe stato più coerente, sia dal punto di vista politico criminale sia dal punto di vista della tenuta dei principi costituzionali, abrogare l'art. 323 c.p., non avendo senso mantenere in vita una fattispecie depotenziata come quella attualmente vigente⁹⁵. Per abrogare o ridurre il reato di abuso d'ufficio ci vuole «autorevolezza morale»⁹⁶ da parte del Governo e del Parlamento, ma anche fiducia nelle Istituzioni da parte dei cittadini, condizioni ancora lontane da realizzarsi, data la stagione populistica che sta attraversando la politica (anche criminale) nazionale⁹⁷. La depenalizzazione secca, comunque, pur avendo alcune "freccie nel suo arco", risulta soluzione troppo netta e rischia di sguarnire di tutela interessi costituzionali meritevoli di protezione e di controllo più

tarne gli effetti collaterali, v. BRUNELLI, *Limitatori della penalità*, cit., 1; nonché VALENTINI, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio: a che punto siamo?*, in questa *Rivista*, 2021, 11.

⁹³ PADOVANI, *Commento*, cit., 747; in posizione non dissimile le considerazioni svolte da DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 56; DI VETTA, *op. cit.*, 405

⁹⁴ In tal senso, v. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 223 ss.

⁹⁵ STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 117 ss.; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 2020, 162. La via per mantenere una tutela penale effettiva ed efficiente dell'abuso d'ufficio, ma al contempo rispettosa dei principi di offensività, determinatezza e riserva di legge è stata suggerita dalla dottrina, la quale, già in passato, ha evidenziato come il legislatore abbia perso l'ennesima occasione per descrivere la fattispecie in maniera autonoma. Descrizione autonoma che favorirebbe anche le indagini, v. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, *Il Sole 24 Ore*, 28 luglio 2020. Le problematiche dell'art. 323 c.p. non sono risolvibili con abrogazioni secche o interventi normativi restrittivi, se non si recupera una cultura democratica liberale che porti ad una gestione processuale ragionevole di queste norme, v. FIANDACA, MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*, 24.6.2020.

⁹⁶ PERONGINI, *op. cit.*, 21.

⁹⁷ RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 73 ss.; FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 2019, 79 ss.; DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra Lex e Ius*, Modena, 2019.

incisivo. L'opzione che tende di selezionare il presupposto oggettivo del reato, cioè prevedendo soltanto la violazione diretta delle leggi o dei regolamenti, non avrà grosse *chance* di successo, laddove è difficile distinguere quando una violazione sia mediata o no. La prospettiva di intervenire sul dolo, prevedendo una causa di esclusione tipizzata del dolo⁹⁸, può avere successo, così come ha avuto a conti fatti successo l'utilizzo del dolo intenzionale, ma rischia di creare scompensi⁹⁹. La prassi insegna, come anticipato, che il dolo è questione da valutare in dibattimento, per cui nulla vieta che partano comunque procedimenti penali che ingolfino le Procure e che si risolvano, come accade oggi, in assoluzioni per difetto di dolo. La via indicata di prevedere cause di esclusione del dolo o della colpevolezza, nelle ipotesi in cui il pubblico agente si adegua a pareri o interpretazioni fornite da apposite Autorità, può avere *chance* di successo solo laddove si preveda in aggiunta una modifica del c.p.p. che obblighi il PM subito dopo l'iscrizione della notizia di reato per abuso d'ufficio a notificare un invito a comparire per contro-dedurre rispetto alle ragioni che hanno determinato l'iscrizione stessa¹⁰⁰.

Il combinato disposto di queste modifiche, da tempo suggerite dalla dottrina, consente di recuperare spazi di non punibilità alla luce di parametri ben gestibili dal penalista¹⁰¹, ma che, a voler essere realisti, non saranno in grado di incidere oltremodo sul fenomeno della "burocrazia difensiva"¹⁰², sia perché, di per sé, non è scontato che l'atteggiamento dilatorio del pubblico agente lo ponga al riparo da più o meno fondate denunce, sia perché la burocrazia difensiva andrebbe combattuta attraverso una maggior formazione e preparazione dei pubblici agenti, sia nella fase di ingresso nella PA, sia in itinere. L'elevata competenza del pubblico agente è l'unica condizione che garantisce

⁹⁸ CASTALDO, *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico-finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 89 ss.; Id., *Porqué es necesario reformar el delito de abuso de poder*, in *Estudios de Derecho penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo - Buenos Aires, 2017, 1053 ss.; Id., *Prefazione*, in *Migliorare la performance della PA*, cit.; NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile e legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare la performance*, cit., 31 ss.; NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 2018, 232 ss.

⁹⁹ DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare la performance*, cit., 94 ss.

¹⁰⁰ PINELLI, *Riflessioni sul reato di abuso d'ufficio*, in *Migliorare le performance*, cit., 129.

¹⁰¹ Oltre alla proposta Castaldo Naddeo, da ultimo si ritorna su queste tematiche, v. BARLETTA, CAPPELLINI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *Leg. pen.*, 2021, 20-21.

¹⁰² CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano, Marandola, Torino, 2020, 291 ss.

la valutazione e la gestione dei rischi. Il funzionario impreparato non avendo il dominio della materia, non è in grado di valutare compiutamente i rischi dell'attività amministrativa, rimettendo al TAR, adito a seguito di ricorso, la scelta politica che spetterebbe alla PA¹⁰³.

9. *Conclusioni: un abuso d'ufficio per campi di materia.* L'alternativa per il legislatore potrebbe essere quella di scegliere i settori in cui, data la loro importanza, il controllo sull'operato della PA merita una fattispecie penale avamposto come l'abuso d'ufficio, in grado di sindacare anche le ipotesi di eccesso o di sviamento del potere. Quello che è sempre mancato nelle riformulazioni dell'art. 323 c.p. è la scelta del legislatore di quei settori meritevoli di una tutela penale più avanzata¹⁰⁴, come ad esempio la materia giudiziaria¹⁰⁵, quella dei concorsi pubblici e quella degli appalti¹⁰⁶. L'art. 323 nasce come norma "civetta", norma che consente di penetrare nella PA e scoprire reati più gravi e più difficili da individuare, ad es. la corruzione. La corruzione si scopriva con le intercettazioni telefoniche attraverso un inizio del procedimento penale per il reato di abuso di ufficio.

La realtà oggi è mutata, in quanto l'art. 323 c.p. ha perso quella funzione di norma *passerpartout*, cioè che consentiva indagini sulla PA con mezzi di ricerca della prova invasiva e capaci di portare alla luce altri e più gravi reati, in favore di altre norme come gli artt. 353 e 353 bis. La legge spazza-corrotti ha introdotto norme volte a scardinare quel patto corruttivo (ad es. 323 ter) che riprende l'idea del Progetto Cernobbio¹⁰⁷, senza considerare la figura dell'agente provocatore che si aggiunge a questi strumenti di lotta alla corruzione. Sorge dunque l'interrogativo circa l'utilità dell'abuso di ufficio o quan-

¹⁰³ FOLLIERI F., *Illegittimità e vincolatezza del provvedimento amministrativo alla prova del legislatore penale*, atti del Convegno di Biella, 16 aprile 2021, in corso di pubblicazione.

¹⁰⁴ DE SALVATORE, *La Corte di cassazione in tema di abuso d'ufficio in ambito sanitario: brevi osservazioni sulle modalità di accertamento della qualifica pubblicistica e del conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività medica*, in *Cass. pen.*, 2014, 542 e spec. 545

¹⁰⁵ La mancata punizione del rispetto formale delle norme del c.p.p. o di ordinamento giudiziario o penitenziario che, però, si traducono in una frustrazione della *ratio* delle stesse, condurrebbe a ipotesi di arbitrio intollerabili, v. PARODI GIUSINO, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in *Pubblica amministrazione*, cit., 25 ss. Sul tema della repressione anche penale di condotte di abuso da parte dei soggetti del processo v., *amplius*: NOTARO, *In foro illicito versari*, cit., 238 ss.

¹⁰⁶ MANZONI, *Corruzione e anticorruzione nel settore sanitario*, in questa *Rivista*, 2019, 3 ss.

¹⁰⁷ MASIERO, *La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive. Brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.*, in questa *Rivista*, 2021, 3 ss.; STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in questa *Rivista*, 2019, 3 ss.

to meno di una sua applicazione generalizzata. La sua utilità potrebbe essere ridotta a pochi settori, che sensibilità collettiva considera così importanti da meritare un controllo più penetrante del giudice penale e ulteriore e più ampio rispetto a quello offerto dalle fattispecie tipizzate nello statuto penale della PA.

La soluzione in favore di una abolizione totale dell'art. 323 c.p. per superare la burocrazia difensiva ed allo stesso tempo deflazionare anche le procure da un numero considerevole di denunce che realisticamente non si tradurranno in condanne, non è obbligata. Il numero considerevole di denunce per abuso d'ufficio è una questione culturale legata alla sfiducia del cittadino nei confronti della PA. Sulle ragioni propriamente culturali è difficile incidere. L'aumento delle denunce verso i pubblici agenti può essere a volte anche infondate, motivate da rancore, invidia, gelosia nei confronti del funzionario pubblico. Il pubblico agente soffre di un privilegio inverso rispetto a quello che avviene per i colletti bianchi. Questi ultimi godono di una doppia presunzione di non colpevolezza. Si pensi alle politiche legislative in tema di statuto penale dell'impresa privata che è meno effettivo rispetto a quello della PA¹⁰⁸. All'amministratore pubblico si applica una presunzione di colpevolezza, probabilmente perché si ritiene che il colletto bianco, l'imprenditore, possa commettere reati al fine di profitto e reinvestirlo, creando benessere per la collettività perché produce beni e servizi, invece l'amministratore pubblico no, è solo un privilegiato. In effetti, seppur le statistiche ci dimostrano che vi è una riduzione del numero dei reati, ci accorgiamo che il tasso di corruzione percepito, ma non verificato, è in aumento¹⁰⁹. Si vive sempre in una logica emergenziale, non solo dal punto di vista legislativo.

Sulle ragioni culturali che a volte portano ad un aumento esponenziale delle denunce per abuso d'ufficio pretestuose, è più difficile incidere¹¹⁰. È una battaglia culturale che coinvolge anche il modo di intendere la legalità, spesso percepita come bisogno incondizionato di punizione, più che come rispetto delle regole, in primo luogo la tipicità della fattispecie penale. La pubblica amministrazione dovrebbe riacquistare fiducia e credito nei confronti dei cit-

¹⁰⁸ SALCUNI, *I "circuiti e i cortocircuiti" nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 845 ss.

¹⁰⁹ PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in questa *Rivista*, 2018, 3 ss.

¹¹⁰ FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come "spauracchio"?*, in *Migliorare le performance*, cit., 108 ss.

tadini, ma si tratta di operazione lunga e difficoltosa, soprattutto perché screditare la PA porta consenso e attenzione massmediatica¹¹¹.

¹¹¹ L'uso massmediatico e aggregatore di consenso sociale è stato da sempre messo in evidenza dalla dottrina, v. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.