

QUESITI

GIANLUCA RUGGIERO

L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante

La riforma del delitto di abuso d'ufficio con d.l. 76/2020 nel tentativo di restringere la portata applicativa dell'art. 323 c.p. e per attribuire maggiore tassatività all'incriminazione, ha espunto la discrezionalità dalle ipotesi sindacabili dal giudice penale e, quindi, sottratto l'eccesso di potere dagli elementi fondanti un'imputazione penale. Attraverso una ricostruzione storico-dogmatica dei delitti di "abuso", l'autore afferma che non v'è potere senza discrezionalità (tecnica o vincolata che sia). L'esclusione della discrezionalità dall'accertamento giudiziario appare irrealistica in vista della complessità del procedimento amministrativo che richiede bilanciamenti di interessi per giungere ad una soluzione finale ragionevole e soddisfacente al pubblico interesse.

The Offence of breach of duty in public office between discretion and targeted statutory offences.

The "unclear" art. 323 Italian penal code governing misconduct in public office was reformed by the Decree Law 76/2020. The reform would modernise and clarify the offences, so they are easier to understand whilst also ensuring they only target the most serious misconduct in public office also. Through the historical and dogmatic reconstruction the Author affirms that there is no public power without discretion. The author's approach is to look at what, if any, powers, discretion or duties have been entrusted to the defendant in his official position for the public benefit. The exclusion of discretion from judicial findings seems to be unrealistic in view of the extremely complicated administrative procedures which will require balancing of interests towards a reasonable measure in accordance with the public general interest.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Evoluzione storico-dogmatica dell'abuso d'ufficio. - 3. Per un concetto unitario di abuso. - 4. Qualche riflessione sulla discrezionalità amministrativa: un'esclusione riuscita? - 4.1. Le modalità di esercizio del potere amministrativo: attività discrezionale e merito amministrativo. - 4.2. Il punto nevralgico dei rapporti fra giudice ordinario e pubblica Amministrazione: l'eccesso di potere come vizio di sindacabilità del merito amministrativo. - 5. Discrezionalità e fattispecie penali incomplete. Il problema (?) della discrezionalità tecnica. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* I c.d. "Decreto semplificazioni" del 16 luglio 2020, n. 76 convertito nella L. 11 settembre 2020, n. 120 modifica, con l'art. 23, la fattispecie di abuso d'ufficio contemplata all'art. 323 c.p., "limando" la formulazione - già pasticciata nel 1997 - della condotta di violazione «*di norme di legge e di regolamento*» esasperata alla «*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*», lasciando invariati gli altri elementi di fattispecie.

L'intento della riforma del 2020 è (sarebbe) quello di espungere dalla portata incriminatrice dell'abuso d'ufficio l'esercizio (anche distorto) del potere discrezionale, quasi che l'esercizio dell'attività amministrativa sia scevro, anche nelle ipotesi c.d. "vincolate", dall'esercizio di un tale potere di valutazione, di ponderazione degli interessi in gioco: un abuso d'ufficio "senza abuso", insomma¹.

Di come si possa abusare di qualcosa senza poter disporre di un margine di azione nell'uso della stessa o del potere conferito non è dato di capire, nonostante il linguaggio del legislatore sia sufficientemente univoco e, per quanto riguarda i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, racchiudibili entro il perimetro tracciato dal n. 9 dell'art. 61 c.p.: "abuso dei poteri"- "violazione dei doveri".

A ciò si aggiunga che la rubrica dell'art. 323 c.p. non troverebbe alcun riscontro nella semantica della legge ove non residuasse alcuno spazio per l'esercizio del potere pubblico discrezionale e che, di contro, si esercitasse esclusivamente "per rime obbligate" o - seguendo sempre il linguaggio del legislatore - si sostanziasse solo nello «*svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale*» (cfr. art. 358, comma II, c.p.). E le indicazioni normative vanno proprio in quest'ultimo senso. Si ponga mente al criterio elaborato dalla giurisprudenza che attribuisce la qualifica di i.p.s. a coloro che compiono atti non meramente materiali e che implicano conoscenza e applicazione delle normative di settore, mentre la nega a coloro che svolgono mansioni del tutto scevre dal ricorso a prestazioni intellettive e predeterminate *in toto* da soggetti esterni².

Pur in presenza di forti elementi di diritto positivo né il legislatore, né i commentatori immediatamente successivi alla riforma hanno esitato a proclamare l'espunzione della discrezionalità dal novero delle ipotesi per le quali potesse farsi questione di responsabilità penale, per limitare appunto l'area di rischio penale alle sole "lapalissiane" violazioni di legge o di atti aventi forza di legge³.

¹ CONTENUTO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Bari, 2002, 612 ss.

² Cfr. Cass., Sez. VI, 26 marzo 2019, Paventi, in *Riv. pen.*, 2020, 534. In dottrina, per tutti, BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, 35.

³ E ciò anche a fronte di quelle proposte sapienziali secondo cui anche qualora si utilizzino procedure informatiche che portino direttamente alla decisione amministrativa, la liceità della condotta dell'agente non potrebbe essere automatica, dovendosi sempre fare i conti con le attività decisionali complesse o controverse, dove è necessario un contemperamento di interessi che solo la persona fisica è in grado di effettuare, dove la motivazione in merito alla necessità di prescindere nel caso concreto dal risultato suggerito dalla "macchina" o della ragionevolezza della soluzione adottata come atto finale del procedimento amministrativo, presuppone l'esercizio del potere discrezionale. In questo senso COPPOLA,

Un simile argomentare, però, potrebbe risultare fondato solo qualora si fosse riuscito a dimostrare che l'abuso può fare a meno della discrezionalità e che il giudice penale non può più conoscere dell'atto amministrativo (nella maggior parte dei casi di natura provvedimentale), attraverso il quale la p.a. costituisce, modifica o estingue posizioni giuridiche soggettive (favorevoli o sfavorevoli) e, conseguentemente, disapplicandolo.

La disapplicazione dell'atto amministrativo e del regolamento da parte dell'autorità giudiziaria è uno "spaccato" del sistema istituzionale, attraverso il quale si entra nel vivo dei rapporti fra i poteri dello Stato - nei limiti in cui, s'intende, nell'attuale momento storico ha ancora un senso ipotizzare una distinzione fra i poteri stessi⁴ - in quanto si tratta di stabilire fino a che punto quel settore dell'attività della pubblica Amministrazione che si concreta nella produzione di atti amministrativi può essere oggetto di sindacato ad opera della magistratura ordinaria nella fase processuale.

Uno dei "nodi gordiani" dell'abuso d'ufficio e che spiega l'attenzione - a tratti maniacale - ad esso riservata dal legislatore, riguarda proprio questa sua natura osmotica, permeabile alle indagini del giudice penale sull'attività degli organi della P.A.⁵, tale da porre in crisi il già fragile equilibrio istituzionale fra i poteri dello Stato⁶.

Senza soffermarci su questioni specifiche del diritto amministrativo, possiamo affermare che quando si parla di "sindacato" o di "sindacabilità" dell'atto amministrativo da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria si fa riferimento a qualcosa di diverso rispetto all'inapplicabilità dello stesso come conseguenza della sua invalidità riconosciuta dal giudice amministrativo. Più precisamente, facciamo riferimento ad un aspetto del fenomeno che attiene non più al risultato (la non applicazione dell'atto in un determinato giudizio), bensì al complesso dei poteri spettanti al giudice che l'atto deve considerare come applicabile o meno nel processo di cui trattasi.

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*, 2020, 23-24.

⁴ Fra i classici della letteratura gius-pubblicistica v. BALLADORE-PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 811; ROMANO S., *Principi di diritto costituzionale generale*, 2^a ed., Milano, 1946, 170 s.; SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, 673. Più di recente *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di Vignudelli, Milano, 2009.

⁵ Stesso problema si è posto alla *Law Commission* inglese (<https://www.lawcom.gov.uk>) di riforma del delitto di "misconduct in public office" il quale ha da sempre avuto la caratteristica di essere un contenitore "catch all offence", idoneo a farvi rientrare qualunque condotta non punibile in altro modo.

⁶ Cfr. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 43 e ss.

Dov'è altresì chiaro che la disapplicazione evidenzia un ambito più circoscritto di operatività, limitando gli effetti del fenomeno al caso dedotto in giudizio, non pregiudicando le applicazioni che l'atto possa avere rispetto ad altri soggetti ed anche ai soggetti che furono in causa, al di fuori del caso medesimo. Resta tuttavia impregiudicata la constatazione che il sindacato del giudice penale sull'atto (provvedimento) amministrativo è l'esplicazione di poteri di valutazione del comportamento degli organi responsabili dell'attività amministrativa, sindacato che - a differenza di quello esercitato dal giudice amministrativo - si conclude con la disapplicazione, mai con l'annullamento dell'atto⁷.

La dottrina più accorta aveva tuttavia da tempo abbandonato il riferimento alla disapplicazione, così come configurata dalla citata legge 2248/1865, sia perché erroneo, sia perché ultroneo: è la stessa fattispecie penale a richiedere l'accertamento di determinati elementi normativi di carattere extrapenale, elementi necessari di fattispecie e, conseguentemente, di accertare altresì tutti i vizi dell'atto amministrativo in una prospettiva teleologica alle esigenze di tutela delle singole norme incriminatrici⁸.

Nell'ambito dei reati edilizi - ad esempio - si è molto riflettuto sui rapporti fra illecito penale e atto amministrativo⁹, atto che rappresenta il "presupposto" per l'esistenza stessa di talune fattispecie, quali, ad esempio, i lavori realizzati in totale difformità dalla concessione edilizia¹⁰.

In presenza, tuttavia, di un presupposto del fatto (o della condotta) la giurisprudenza - sulla scia della dottrina poc'anzi citata - aveva preso ad abbandonare il campo minato della "disapplicazione", in quanto il titolo abilitativo

⁷ Cass., Sez. un. civ., 2 novembre 2018, n. 28053: «Spetta al giudice ordinario la cognizione delle controversie relative al pagamento di crediti per prestazioni sanitarie erogate dalle strutture accreditate, anche nei casi in cui sia necessario accertare la legittimità di provvedimenti amministrativi (nella specie sui tetti di spesa e le conseguenti regressioni tariffarie), la cui efficacia sia stata eccepita in via di eccezione dalla amministrazione resistente quale fatto impeditivo o modificativo della pretesa creditoria».

⁸ CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Scritti 1964-2000*, cit., 416-417.

⁹ Sulla disapplicazione v. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sull'attività amministrativa*, Milano, 2002, 199 ss.; ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969. Nella letteratura amministrativista, fondamentale, CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; CINTIOLI, *Disapplicazione* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, vol. III, 269.

Sul ruolo dell'atto amministrativo nella fattispecie penale BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, Napoli, 2016, 19, 58; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 269 s. e, con particolare riferimento alle ricadute in tema di riconoscibilità del precetto, ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli 'innovativi' di tutela*, Torino, 2018, 128.

In giurisprudenza Cass., Sez. III, 12 dicembre 2006, Consiglio, in *AmbienteDiritto.it*

¹⁰ Cass., Sez. III, 13 maggio 2011, Cesaroni *et al.*, in *AmbienteDiritto.it*

è un elemento normativo della fattispecie penale e, come tale, rientra nel normale potere di accertamento giuridico e fattuale del giudice e contribuisce, altresì, alla definizione dell'oggetto della tutela da identificarsi nella salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio¹¹.

Tuttavia, gli effetti del sindacato del giudice ordinario sono transitati dall'atto amministrativo sino ad investire l'attività amministrativa nel suo complesso¹², penetrando così nel vivo della vita istituzionale assumendo il giudice sempre più il ruolo di moralizzatore dell'operato dei pubblici amministratori, trasformando ad es. una semplice irregolarità o ciò che non sarebbe andato oltre un illecito disciplinare, in un "affare" penale da meritare il più ampio giudizio di disvalore sociale.

Le "storture" dell'uso indiscriminato dello strumento penale in senso paternalistico ed eticizzante, non deve tuttavia sminuire il reale significato dell'abuso d'ufficio e della sua importanza nell'intelaiatura generale dei delitti contro la pubblica Amministrazione¹³.

2. Evoluzione storico-dogmatica dell'abuso d'ufficio. Prima di formulare talune riflessioni di ordine esegetico (e dogmatico) della (seppur parziale) nuova formulazione dell'art. 323 c.p. reputiamo necessario ricercare lo 'spirito' dell'abuso d'ufficio individuandolo in una tradizionale punizione della condotta di prevaricazione del pubblico agente nei confronti del privato o, più in generale, a danno di colui che si rapporta con la pubblica Amministrazione e che, in ogni caso, si trova in una situazione di non parità nei confronti di colui che esercita poteri inerenti ad un ufficio pubblico.

L'art. 175 del c.p. del 1889 puniva al Capo IV del Titolo III del Libro II il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, avesse commesso (od ordinato di commettere) un atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge¹⁴.

¹¹ Cass., Sez. III, 30 ottobre 2018, Bruno *et al.*, in *AmbienteDiritto.it* ed *ivi* i richiami alle fondamentali SS.UU. *Gilini e Borgia* del 1993.

¹² Cfr. PADOVANI, *Commento all'art. 1 legge 16-7-1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, 742.

¹³ In generale, sull'argomento, si v. le lucide riflessioni di DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2014.

¹⁴ Sosteneva CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Roma-Torino-Napoli, 1890, CCLXVI: «Il Codice in questa materia segue un notevole progresso non solo di forma ma anche di sostanza sulle legislazioni precedenti. Infatti, i Codici vigenti in Italia, specialmente il toscano, limitavano il titolo di abuso di autorità solo ad una serie di delitti commessi da pubblici ufficiali contro la libertà; mentre gli abusi, ai quali il legislatore deve provvedere con apposite sanzioni penali, possono ledere non solo la libertà, ma anche altri diritti individuali, e ledono sempre la pubblica amministrazione, appunto per il motivo che il mezzo, con cui si commette la lesione, è sempre l'abuso di quell'Autorità di cui si scuote

Con molta chiarezza il Codice inseriva le disposizioni degli artt. 175 e 176 (interesse privato in atti d'ufficio) c.p. all'interno di una più ampia concettualizzazione racchiusa nella dicotomia «*abuso di autorità*»-«*violazione dei doveri inerenti ad un pubblico ufficiale*».

Che di vera e propria suddivisione si tratti, nei fatti, è lecito dubitare, essendo l'abuso - di per sé - una violazione dei doveri di probità e di lealtà del pubblico agente nei confronti dell'Amministrazione di appartenenza e nei confronti degli utenti che a quella si rivolgono o con la quale entrano in contatto¹⁵.

L'abuso di autorità, secondo il Carrara, «*esprime ora un genere ed ora una specie particolare. Come genere si applica indistintamente a qualsiasi fatto colpevole, a consumare il quale lo agente siasi valso della situazione che gli forniva l'ufficio da lui coperto. Come specie esprime più particolarmente quegli abusi che oltre ad essere mere trasgressioni disciplinarie, o violazioni dei semplici doveri morali di ufficio recano eziandio tale offesa al diritto da meritare una repressione penale e costituire per ciò veri e propri reati; ma nel tempo stesso non offrendo in loro una particolare odiosità meritevole di un apposito nome rimangono sotto la generica appellazione*»¹⁶.

Questo concetto fu fatto proprio dal Legislatore del 1889, come emerge dalla Relazione ministeriale sul progetto del 1887 (e che ribadisce la presenza di detta fattispecie in tutti i progetti precedenti), secondo cui l'art. 166 (poi art. 175) «*contiene una disposizione generale e complementare diretta a reprimere tutti quegli abusi commessi dai pubblici ufficiali contro l'altrui diritto, che non sono contemplati da una speciale disposizione di legge. Siccome non tutti gli abusi che si possono commettere dai pubblici ufficiali sono specialmente preveduti e repressi dal codice, è giusto, per evitare deplorevoli lacune, che una norma generale provveda a tutte le possibili contingenze. Parve poi questa la sede opportuna di tale disposizione per due considerazioni. In primo luogo, perchè, collocata in uno od in altro dei Capi compresi nel Titolo dei delitti contro la libertà, sarebbe rimasta troppo ristretta la cerchia degli abusi*

il prestigio».

¹⁵ La tesi della responsabilità da contatto amministrativo prende le mosse dalla sentenza n. 500 delle SS.UU. della Cassazione del 1999 in tema di risarcibilità degli interessi legittimi per concludere che questi, preordinati alla soddisfazione del bene finale "vita", generano veri e propri diritti di protezione in favore del privato a fronte dei quali vi sono dei precisi obblighi a carico della P.A. i quali, ove inadempiti, determinano una sua responsabilità della PA (di natura contrattuale). In dottrina, per tutti, PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1.

¹⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V., 2^a ed., Lucca, 1870, § 2551.

ai quali la disposizione stessa si sarebbe riferita; in secondo luogo, perchè, mentre gli abusi ai quali si vuol provvedere possono ledere il libero esercizio di diritti individuali, ledono però sempre la pubblica amministrazione, appunto per il motivo che il mezzo con cui si commette la lesione è l'abuso di quell'autorità di cui scuotono il prestigio»¹⁷.

Come detto, il Codice Zanardelli ha provveduto a razionalizzare, unificandoli, i vari delitti che contemplavano un abuso di autorità, contemplati dal codice sardo-piemontese del 1859, all'art. 194 (degli attentati alla libertà individuale ed al libero esercizio dei diritti)¹⁸ e 220¹⁹ c.p. nonché agli artt. 176 § 3, 185 e 196 del codice penale toscano del 1853 che punivano, rispettivamente, la ingiusta risoluzione di affari amministrativi o giudiziari per favore o inimicizia, l'abuso di autorità minacciando, maltrattando o lusingando un incolpato o un testimone per indurlo a confessare o a deporre in un dato modo ovvero, da ultimo, ogni altra violazione dei doveri d'ufficio per favore o inimicizia, sia per procurare a sé o ad altri un'illecita utilità, sia per recar pregiudizio allo Stato o ai particolari²⁰.

Come si può agevolmente notare il modello dell'art. 196 c.p. toscano è confluito in larga parte nell'art. 323 c.p. 1930 che incriminava il c.d. "abuso innominato" di ufficio cioè un fatto illecito, proprio perché abusivo, non contemplato come reato da una particolare disposizione di legge, per recare ad altri un danno o per procurare un vantaggio all'autore della condotta antiggiuridica, andando oltre la disposizione dell'art. 175 del codice dell'89 che non contemplava il dolo specifico se non come ipotesi aggravante qualora il reo avesse agito per un fine privato²¹.

Questa piccola premessa ricostruttiva ha messo in risalto talune "costanti" delle condotte abusive - per quanto qui interessa - ravvisabili in taluni comportamenti dei pubblici agenti e che si possono racchiudere nella generale schematizzazione offerta dall'art. 61 n. 9 c.p. e cioè nell'abuso dei poteri o nella

¹⁷ *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli), Seduta del 22 novembre 1887, Volume II, Relazione Ministeriale (Libri secondo e terzo), Roma, 1887, 71-72, XCII.*

¹⁸ Art. 194 c.p. 1859: «Ogni ufficiale pubblico, agente od incaricato del Governo, che eserciti o comandi qualche atto arbitrario contro la libertà personale di un privato od il libero esercizio dei suoi diritti, sarà punito colla pena del carcere e della multa, e colla sospensione dal l'esercizio dei pubblici uffizi».

¹⁹ «Saranno puniti colle pene rispettivamente stabilite nei precedenti articoli gli ufficiali od impiegati suddetti che avessero abusato del loro ufficio per passione od altro fine secondario».

²⁰ Cfr. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 13.

²¹ Cfr., PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, 1987, 45.

violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio che quel reato rendono possibile realizzare²².

Nella sistematica del codice, per quanto concerne i reati contro la pubblica Amministrazione, è dato rinvenire tre fattispecie di abuso da parte del pubblico agente: *a*) una condotta appropriativa di cosa o di denaro altrui abusando, in via dei poteri ad egli attribuiti, della funzionalizzazione degli stessi (art. 314 c.p.); *b*) un abuso dei poteri o delle qualità in capo al p.u. per costringere taluno a dare o promettere indebitamente danaro o altra utilità; *c*) un abuso della funzione e dei poteri attraverso il mercimonio della funzione pubblica per il compimento di un atto conforme o contrario ai doveri di ufficio (artt. 318, 319, 319 *ter* c.p.) ovvero la medesima condotta ma tesa al perseguimento di un fine “deviato” rispetto a quello originariamente perseguito dalla legge attraverso l’attribuzione di quel potere pubblico, non scevro dall’ottenimento di un vantaggio anche patrimoniale (art. 323 c.p.).

Nella schematizzata trilogia il verbo *abusare* compare espressamente solo nel delitto di concussione, dovendosi compiere un notevole salto in avanti, precisamente all’art. 326, per ritrovare richiamate le condotte di abuso di qualità e di violazione di doveri inerenti alle funzioni o servizio, dove l’abuso è già una violazione di doveri (o comunque...etc.)²³.

Stesso discorso, a titolo esemplificativo, può essere fatto a proposito dell’abrogato delitto di abuso di foglio firmato in bianco (art. 486 c.p.) posto che il riempimento della scrittura privata con un atto produttivo di effetti giuridici, diverso da quello a cui il soggetto era “autorizzato”, si sostanzia in un comportamento che esorbita chiaramente dalla sfera dei poteri riconosciuti.

Come detto l’art. 175 c.p. 1889 non contemplava un’ipotesi di dolo specifico ma l’aggettivo “arbitrario”, che segna una sorta di anti-giuridicità globale, un contrasto con una norma extrapenale che stabilisce dei doveri e degli obblighi in capo ad un soggetto qualificato.

Che cosa si intenda per “arbitrario” – nella grammatica del diritto penale – lo si può esprimere in termini oggettivi, come forma corrotta di uso del potere, alla quale è essenziale il riferimento ad un soggetto munito di autorità: un malgoverno del potere che mina le basi stesse della convivenza civile. Dov’è chiaro che l’“arbitrarietà” rimanda ad un predicato di “illegittimità”, inteso

²² PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2020, 531; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11^a ed., Padova, 2020, 446.

²³ Ma v., ancora, artt. 606 c.p. (arresto illegale) e 609 c.p. (perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie) dove l’abuso dei poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale è la modalità della condotta di realizzazione di entrambi i reati.

come eccesso dai limiti delle attribuzioni del potere e, di conseguenza, contrario alla legge (perché viziato per eccesso di potere, violazione di legge o incompetenza e, nell'ipotesi di atti discrezionali, per non conformità allo scopo del potere discrezionale medesimo)²⁴.

Sempre ragionando in termini sistematici, un ulteriore spunto di riflessione è dato dall'art. 393 *bis* c.p. che prevede un'ipotesi scriminante a favore del privato qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto reattivo, eccedendo, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni.

La semantica legislativa si dimostra fortemente asseverativa del discorso che siamo venuti sin qui sviluppando, allorché lega la rilevanza giuridica del travalicamento dei poteri in capo al pubblico agente, non a qualsiasi "eccesso" – che può condurre ad un tipico vizio di illegittimità dell'atto amministrativo – bensì all'arbitrarietà di quello, nel senso che tanto maggiore è la sproporzione dell'atto rispetto alla finalità legittimante, tanto maggiore è il sopruso utile a scriminare²⁵.

Un'accezione soggettiva del termine è altrettanto sostenibile qualora il pubblico agente ecceda i limiti delle proprie attribuzioni con la consapevolezza di tale eccesso o addirittura con la deliberata volontà di porlo in essere in quanto tale, a danno del privato²⁶.

Lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, a proposito dell'art. 609 c.p. (perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie) a proposito del quale – si ritiene comunemente – non è sufficiente una semplice inosservanza di leggi, istruzioni etc., dovendo fra leva su un concreto sviamento di poteri, sull'esercizio dell'autorità per finalità diverse da quelle per le quali la stessa è stata conferita, l'estraneità dell'esercizio del potere pubblico rispetto al fine perseguito dalla legge.

Secondo la suprema Corte affinché la perquisizione effettuata dalla P.G. di propria iniziativa a norma dell'art. 352 c.p.p. possa ritenersi arbitraria e raggiungere la soglia della illiceità penale, occorre un *quid pluris* rispetto al mancato rispetto in concreto dei requisiti fissati dal codice di rito, la cui violazione

²⁴ CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità della reazione del privato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 301; ID., *Sulla nozione di atto arbitrario e della discrezionalità dell'atto in particolare*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 487.

²⁵ FORTI, SEMINARA, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, 20^a ed., Padova, 2020, 2153. *Contra* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 6^a ed., Bologna, 2021, 325 secondo cui l'arbitrarietà non aggiungerebbe nulla alla illegittimità del comportamento del pubblico funzionario: si tratterebbe dello stesso identico fenomeno da valutarsi *a parte subiecti*.

²⁶ VENDITTI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Milano, 1954, 103.

è già sanzionabile con la non convalida da parte dell’Autorità giudiziaria. Per superare lo stadio dell’illegittimità e giungere in quello dell’illiceità, è quindi necessario accertare la totale mancanza anche in astratto dei presupposti previsti dalla legge, ed una tale situazione ricorre allorché l’atto del pubblico ufficiale non sia semplicemente erroneo o connotato da negligenza, imprudenza o imperizia ma sia caratterizzato dal deliberato proposito di eccedere le proprie attribuzioni per finalità diverse da quelle per cui gli sono stati attribuiti i pubblici poteri²⁷.

Ai fini della nostra indagine un’impostazione del discorso in simili termini contrapposti non ha una reale importanza se non per evidenziare che, nell’economia dell’art. 175 c.p. 1889 i concetti di “abuso” e di “arbitrario” compaiono congiuntamente, tali da ingenerare il dubbio che per aversi abuso d’ufficio, nel senso del diritto penale, non valga la semplice illegittimità dell’atto ma occorra qualcosa in più e cioè che a quella si accompagni una modalità illecita che concretizzi l’eccesso, permettendo di qualificarlo – appunto – come arbitrario.

La riforma del 1930 non ripropose più questa formulazione – in verità più restrittiva senza però mortificare irrinunciabili necessità di tutela²⁸ – e l’abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico agente, attraverso le quali si fosse commesso qualsiasi fatto non preveduto dalla legge come reato da una particolare disposizione di legge, venne inteso come atto arbitrario o, detto meglio, un atto arbitrario era di per sé considerato un abuso (innominato) d’ufficio²⁹, convivendo con le ipotesi, per la verità sopravvissute alla riforma del 1997, in cui il p.u. avesse posto in essere un atto in sé non arbitrario ma accompagnato da modalità illecite tali da attribuire ad esso la qualifica di arbitrarietà³⁰, ovvero un atto legittimo ma teso a conseguire un fine illecito (la cui qualifica di anti-giuridicità poteva essere ricavata dall’art. 97 Cost.)³¹.

²⁷ Cass., Sez. V, 20 febbraio 2017, Calligaris, in *Ced Cass.*, 2017, Rv. 269031.

V, altresì, quanto sostenuto da Cass., Sez. III, 14 febbraio 2011, Battagli *et al.*, in *Ced Cass.*, 2011, Rv. 250596, la quale, nel ritenere sussumibile nella fattispecie di cui all’art. 609 c.p. l’ipotesi della perquisizione eseguita pur nel rispetto delle condizioni previste dalla legge ma con modalità illegali, ha punito proprio il pubblico ufficiale che aveva in concreto dimostrato, nel percuotere il soggetto perquisito, la totale estraneità del suo concreto esercizio della pubblica funzione rispetto al fine pubblico perseguito dalla legge, essendo la sua condotta stata improntata al sopruso, alla prepotenza, alla prevaricazione nei confronti del privato, sfociati nel diverso reato di lesioni personali (nell’ambito del quale la Corte ha ritenuto assorbito quello di perquisizione arbitraria).

²⁸ *Contra*, individuando una continuità normativa nell’indeterminatezza della disposizione, MERLO, *L’abuso d’ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 9.

²⁹ Per tutti, RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 2^a ed., Padova, 1962, 221 s.

³⁰ PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, cit. 43.

³¹ RUGGIERO G., *Abuso d’ufficio*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale, Reati contro la pubblica*

Sono state, tuttavia, le riforme successive alla formulazione del 1930 (come detto modificativa dell'art. 175 c.p. 1889) che hanno creato sconquassi sistematici, non solo *intra codicem* ma, soprattutto, di ampiezza globale.

3. *Per un concetto unitario di abuso.* Il riferimento è, intuitivamente, alla soppressione del c.d. “peculato per distrazione” confluito, secondo la pregevole relazione di accompagnamento, nell'abuso d'ufficio³² qualora ne fossero stati integrati gli estremi. Non è affatto automatica, per quanto qui sinteticamente si richiama, la riproposizione della condotta distrattiva sotto forma di abuso d'ufficio, potendo questa, soprattutto a seguito della riforma del 1997 e del 2020 non risultare punibile qualora realizzata in violazione di parametri normativi ma per conseguire un fine pubblico, ovvero, in presenza di un interesse privato ma non sorretta dal dolo intenzionale ovvero, secondo l'ultima versione, nell'esercizio di un potere discrezionale.

In altri termini, le riforme sovrappostesi nel tempo hanno cercato di limitare le ipotesi, pur legittimamente ricavabili dal testo della legge, di abuso del possesso e di abuso della funzione pubblica (non consistente in un mercimonio ma nel perseguimento di un fine personale o di favoritismo) alle sole violazioni “strumentali” nell'esercizio della funzione pubblica, creando evidenti vuoti di intervento sanzionatorio e distonie sistematiche relativamente a quelle ipotesi - mal celate - di strumentalizzazione della funzione pubblica e/o dell'esercizio di poteri che non potevano rimanere senza tutela³³.

amministrazione, a cura di Grosso, Pelissero, Milano, 2015, 369.

³² Relazione della 28 Commissione permanente (Giustizia) - Relatore Nereo BATTELO - Comunicata alla Presidenza il 3 aprile 1990 sui disegni di legge «*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*» (n. 2078) approvato dalla II Commissione permanente (Giustizia) della Camera dei deputati nella seduta del 24 gennaio 1990, in un testo risultante dall'unificazione del disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia. Prosegue la relazione: «*In verità, ci troviamo di fronte ad un nuovo reato, che intende porre termine alle perduranti (e variamente risolte dalla giurisprudenza) querelles sulla reciproca delimitazione tra abuso innominato e interesse privato (la soluzione variava a seconda del significato che si attribuiva all'interesse privato dell'articolo 324, di talchè esso si allargava a dismisura a detrimento dell'interesse consistente nel recare ad altri danno o procurargli vantaggio, ex articolo 323). Viene qui chiarito che non c'è reato se non c'è abuso e opportunamente distinguendosi tra interesse patrimoniale e interesse non patrimoniale, si dà modo di discriminare, anche dal punto di vista sanzionatorio, la condotta «affaristica», cioè la condotta patrimonialmente profittrici (da due a cinque anni) e la condotta di favoritismo o prevaricazione (altrui vantaggio non patrimoniale o danno ingiusto) ovvero di proprio profitto non patrimoniale, ove cioè la deviazione dei pubblici poteri non sia ispirata dalla avidità di denaro (reclusione fino a due anni). Vi è ricompresa anche eventuale condotta distrattiva, nella misura in cui sussista abuso dell'ufficio assistito dal suddetto dolo specifico».*

³³ Incisivamente, sul punto, MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?* in questa *Rivista*, 2021, 1 ss.

In linea del tutto generale l'abuso che l'amministratore pubblico (*id est* pubblico agente) può commettere in danno del patrimonio della pubblica Amministrazione sfruttando la disponibilità, per ragioni dell'ufficio o del servizio, dei beni ad essa (o a terzi) appartenenti (peculato) ovvero l'abuso a danno di soggetti diversi sfruttando i poteri o le qualità che ad egli fanno capo (concussione) ovvero ancora strumentalizzando l'esercizio della funzione pubblica per perseguire scopi patrimoniali (mercimonio della funzione: corruzione) o, infine, realizzando comportamenti con finalità del tutto egoistiche e personali, siano essi concorrenti con interessi pubblici (peculato per distrazione: abuso d'ufficio) o ancora realizzando scopi personali, di favoritismo o di danneggiamento attraverso condotte illecite (interesse privato in atti d'ufficio, abuso d'ufficio per violazione di legge), oppure perseguendo un fine illecito di quelli surrichiamati ponendo però in essere un'attività formalmente lecita (abuso d'ufficio, *sub species* eccesso di potere per sviamento dalla funzione tipica³⁴), chiude la trama dei fatti punibili che un legislatore penale può tessere.

La tipologia offerta dalla ricognizione storica e dall'attualità è varia e radicata sulla situazione di "dominio" del pubblico agente dovuta all'esercizio di poteri e di funzioni e fa sì che l'Amministratore può compiere le più ampie attività di gestione delle risorse pubbliche e di esercizio dell'attività amministrativa³⁵. Ciò accade sia nei casi in cui il pubblico agente utilizzi dette risorse per fini propri, egoistici (peculato per appropriazione), sia che le devii per fini pubblici, tuttavia diversi da quelli impressi *ab origine* ai beni conferiti al p.a. per lo svolgimento del suo ufficio (abuso d'ufficio per distrazione)³⁶. Si tratta delle due forme che può assumere la strumentalizzazione di una posizione gestoria, culminante in un atto di appropriazione o, detto altrimenti, in un abuso d'ufficio ritenuto particolarmente grave perché travolge tanto il buon andamento, quanto la imparzialità dell'Amministrazione e, in più, offende un ulteriore interesse che è quello al mantenimento della originaria destinazione della cosa³⁷.

³⁴ Sottolineiamo solo che la nozione di "sviamento" è dalla dottrina amministrativista intesa in senso più ampio, perché, oltre ad essere una figura sintomatica di eccesso di potere, può a sua volta essere posto in essere per fini pubblici (in parte coincidente con il peculato per distrazione non più punibile neanche ai sensi dell'abuso d'ufficio) ovvero essere una presunzione *iuris et de iure* di eccesso di potere che in penale non avrebbe rilevanza alcuna: ad es. il difetto di istruttoria.

³⁵ Il pubblico agente, oltre ad avere la disponibilità giuridica di beni (nell'ambito del suo ufficio o servizio), gode giocoforza di una sfera di discrezionalità e di conoscenze riservate (argomentando ex art. 326 c.p.).

³⁶ Ritiene l'"appropriazione" una *species* della generale "distrazione" PAGLIARO, *Studi sul peculato*, in *Il diritto penale fra norma e società*, vol. II, *Monografie di parte speciale*, Milano, 2009, 285 s.

³⁷ PAGLIARO, *Sub art. 1*, in *Leg. pen.*, 1991, 270.

4. *Qualche riflessione sulla discrezionalità amministrativa: un'esclusione riuscita?* Come detto più in alto il legislatore ha ritenuto di dover espungere dall'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio quelle sub-fattispecie che si sostanziano nell'esercizio di un potere discrezionale. Che l'operazione sia riuscita è affermazione abbastanza diffusa³⁸, tuttavia con opportuni distinguo: a) l'art. 97 Cost. continua, nel richiamarsi all'imparzialità, a mantenere un ruolo precettivo positivo, elemento normativo della fattispecie incriminatrice ex art. 323 c.p.³⁹; b) sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difforni e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanziano nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi⁴⁰.

Proprio sul piano del sindacato dell'azione amministrativa si riflette un ulteriore momento di rilevanza della distinzione tra vincolatezza e discrezionalità. Il risvolto per così dire "patologico" di quest'ultima è rappresentato infatti dall'eccesso di potere, figura la cui definizione concettuale è la risultante degli sforzi, compiuti da dottrina e giurisprudenza, costantemente riguardosi della sfera di apprezzamento degli interessi pubblici riservata all'Amministrazione.

³⁸ Dubitativamente MANNA, SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?* *Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 17 dicembre 2020, 5. V., comunque, NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. Pen.*, 20 novembre 2020; AMATO, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili, così la nuova riforma svuota il reato*, in *GD*, 8 agosto 2020, 34/35, 30 ss.; GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sist. Pen.*, 2 dicembre 2020; ID., *Da "spazzacorrotti" 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?)*, *ivi*, 17 luglio 2020.

³⁹ MANNA, SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"*, cit., 6. Ma vedi già SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, 14^a ed., Napoli, 1984, 687, secondo cui la violazione del dovere di imparzialità è da ritenersi violazione di legge.

Rileva ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Commentario sistematico, I delitti dei pubblici ufficiali*, 4^a ed., Milano, 2019, 13 ss. come, in ogni caso, la riformulazione della fattispecie incriminatrice potrà muovere lungo il solco di una maggiore concretizzazione della più specifica "imparzialità" ma senza vincoli che ne restringano in misura decisiva il campo di azione.

Sull'imparzialità a livello costituzionale ANTONINI, *Imparzialità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Sandulli M.A., 3^a ed., Milano, 2020, 93 s.

⁴⁰ Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442, in *Giurisprudenza penale Web.*, 11 gennaio 2021, 5. Per un più ampio svolgimento del tema VALENTINI, *La difesa dall'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *DisCrimen*, 2021, 7.

Uno dei punti nevralgici della riforma del 2020 sta nel pretendere di cancellare d'un tratto un'acquisizione del diritto amministrativo, la cui centralità nel dibattito si saldò nei primi decenni del '900, con la posizione privilegiata che in quel periodo assunse, nella riflessione teorica, il provvedimento amministrativo autoritativo. In questo confluivano sia la "libertà" dell'Amministrazione di apprezzare gli interessi implicati, sia il punto di contatto tra la sfera del potere pubblico e quella dei privati, dove la tutela di questi ultimi era solo indiretta e secondaria.

Che l'autoritatività degli atti sia un requisito insopprimibile dell'attività amministrativa che attraverso questi si estrinseca non è in discussione (art. 357 c.p.)⁴¹. Da rimarcare è tuttavia che il «*farsi dell'atto amministrativo*», e cioè la sua funzione, sono fondati sulla discrezionalità e sul connesso problema dell'eccesso di potere, com'è testimoniato dalla teoria, elaborata in quel contesto, che lo configurò come «*vizio della funzione*».

Proprio questa notazione ha portato una dottrina autorevole - ma rimasta minoritaria - a sostenere che solo l'atto discrezionale sarebbe vero atto di autorità, laddove l'atto vincolato costituirebbe mera applicazione, al caso concreto, di una disciplina esterna; atto che avrebbe una funzione meramente ricognitiva di fatti e non espressivo di alcun potere di scelta⁴².

In realtà tale proposta sapienziale era precisamente indirizzata al riparto di giurisdizione. Breve: se c'è vincolatività non c'è esercizio del potere e, di conseguenza, non siamo in presenza di un interesse legittimo ma, bensì, di un diritto soggettivo per cui è da affermare che tale questione giuridica rientra nella competenza del giudice ordinario.

Seguendo queste linee di pensiero, infatti, soltanto in presenza di discrezionalità si avrebbero provvedimenti autoritativi, produttivi di effetti giuridici non scaturenti direttamente dalla legge, espressione del ruolo veramente essenziale della pubblica Amministrazione, quello di operare scelte in vista di interessi pubblici affidati alla sua responsabilità e tutela.

Che le cose stiano in modo in parte diverso è dato dal fatto che anche l'"accertamento tecnico" può essere oggetto di sindacato pieno da parte del giudice amministrativo, dato che il criterio da usarsi per il fine che si vuole

⁴¹ PELISSERO, *Disposizioni comuni*, in *Reati contro la pubblica amministrazione* (a c. di Grosso C.F.-Pelissero M.), Milano, 2015, 33-34.

⁴² CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 289; ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39 ss. *Contra* FOLLIERI F., *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 114 ss.

raggiungere è certamente discrezionale, trattandosi di una precomprensione del momento della valutazione⁴³.

Un'ulteriore conferma è data dall'art. 31, comma III, cod. proc. amm., che consente al giudice di «*pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio [...] quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*». La formulazione, ripresa dalla riforma dell'art. 323 c.p., solo apparentemente gioca a favore della tesi che esclude la discrezionalità dall'oggetto del sindacato del giudice penale. Al contrario. Il terzo comma dell'art. 31 citato riprende, positivizzandolo, un orientamento giurisprudenziale noto come "riduzione a zero" (*Reduzierung auf Null*), o anche di "vincolatezza in concreto"⁴⁴, successivamente ribadito dal Consiglio di Stato secondo cui ci possiamo trovare di fronte ad un'ipotesi di vita amministrativa che nasce discrezionale ma che, per talune vicende, si riduce sino a giungere ad una scelta vincolata⁴⁵. Quando annulla il provvedimento fondato sull'esercizio di un potere vincolato (ridotto a zero) il giudice amministrativo può ordinare all'Amministrazione di provvedere nel senso favorevole al ricorrente (c.d. condanna pubblicistica) se non residuano margini per valuta-

⁴³ La dottrina, infatti, ha da tempo abbandonato gli aggettivi "vincolata" e "tecnica" riferiti alla discrezionalità in favore del più completo concetto di "accertamento tecnico". CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di Sandulli M.A., 2^a ed., Milano, 2017, 457.

⁴⁴ In argomento, MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 ss., in commento alla sent. TRGA, Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 305. In generale, sul tema, per ulteriori riferimenti, IMMORDINO M., *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di Perongini, Torino, 2017, 264.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, La Macchia, in *dirittifondamentali.it*. Il supremo Consesso ha stabilito che «*la "riduzione" della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto: a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati*».

zioni ulteriori od esigenze istruttorie, ed è entro questi limiti che la formulazione dell'art. 31 deve essere intesa.

Che la valutazione circa l'esercizio non consentito del potere amministrativo possa essere compiuta solo *ex post* e in concreto emerge invece da una lettura cd. sostanziale degli istituti partecipativi *ex artt.* 7 e 8 L. 241/1990 che esclude la loro applicazione tutte le volte in cui l'apporto del privato, nella fase endo-procedimentale, non possa comunque spiegare alcuna influenza concreta sul contenuto del provvedimento finale, come accade nel caso in cui l'attività amministrativa abbia natura vincolata. Nel caso, infatti, in cui l'Amministrazione non effettui alcuna valutazione di carattere discrezionale, essendo l'esercizio dell'attività amministrativa interamente predeterminato dalla legge in tutti i suoi aspetti, l'eventuale presentazione di memorie e documenti sarebbe priva di una concreta utilità. Utilità che, di contro, emerge vistosamente qualora l'Amministrazione, fornita di possibilità di scelta, può prenderli in considerazione ai fini della ponderazione finale, senza essere vincolata all'applicazione meccanica di prescrizioni predefinite⁴⁶.

È pur vero che si è assistito, negli ultimi anni, ad una progressiva riduzione dell'ambito della discrezionalità c.d. "pura" per mezzo di una disciplina legislativa delle modalità di azione dell'Amministrazione tendenzialmente esautiva. Al soggetto pubblico è riservato tuttavia uno spazio maggiore di discrezionalità "tecnica", caratterizzata dalla possibilità di operare valutazioni, cui sarebbe però estranea la facoltà di scegliere come disporre dell'interesse pubblico, senza tuttavia che ne sia eliminato il momento della scelta che consegue alla ponderazione di interessi, anche se arretrato ad un livello diverso e più generale, onde la questione della distinzione tra "discrezionalità" e "attività vincolata" torna a riproporsi con tutta la sua carica di problematicità.

Secondo la tesi più diffusa nella dottrina pubblicistica italiana la scelta discrezionale concerne la «*comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva*»⁴⁷. In ba-

⁴⁶ Sugli artt. 7 e 8 L. 241/1990 e sul novellato art. 10-bis ad opera del d.l. n. 76 2020 v. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 306.

Da segnalare altresì Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2012, Cardone *et al.*, in *gazzettaamministrativa.it* ove si pone a conforto dell'impostazione sostanzialistica e teleologica il disposto del comma secondo dell'art. 21 *octies* L. 241/1990, ritenuto «*applicabile tanto alla ipotesi di atto vincolato che a quella di atto discrezionale*. Secondo il giudice amministrativo, è, difatti, espressione di quel generale principio «*volto a far prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali nelle ipotesi in cui le garanzie procedimentali non produrrebbero alcun vantaggio a causa della mancanza di un concreto potere di scelta da parte dell'amministrazione*».

⁴⁷ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74; ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale*

se a questa opinione nella discrezionalità si fonderebbero una fase del giudizio (fissazione del valore comparativo degli interessi) ed un momento volitivo (scelta della soluzione); mentre, secondo altra tesi, alla fase della pura conoscenza seguirebbe un momento complesso che si sostanzierebbe nella determinazione in astratto, nel quadro delle soluzioni tra cui la legge consente all'Amministrazione di scegliere, di quelle nel caso idonee a soddisfare pubblici interessi, per passare a stabilire le conseguenze che le diverse soluzioni potrebbero produrre e, infine, nella scelta, che sarebbe opera della volontà.

In altra prospettiva – e andando al di là delle disquisizioni specifiche – è possibile convenire con autorevole dottrina sulla necessità di rimarcare il nesso tra funzione e discrezionalità nel senso che quest'ultima va rapportata alla prima e non già all'atto né al potere, posto che il potere è *prius* rispetto al suo esercizio, mentre all'atto, concretizzazione del potere, non può riferirsi una discrezionalità già esercitata⁴⁸.

Questa notazione è in perfetta linea con il dettato dell'art. 357 c.p. – altrimenti ridondante – allorché ricollega la disciplina del potere da parte di norme di diritto pubblico alla manifestazione all'esterno della volontà della pubblica Amministrazione o del suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi, coincidente, quindi, con il momento volitivo di una precedente rappresentazione dei fatti⁴⁹.

A questo punto si potrebbe obiettare che il legislatore del 2020, con formulazione ancor più stringente rispetto a quella del 1997, ha escluso dall'area di rilevanza penale l'esercizio del potere discrezionale, quasi ad intendere che l'abuso può avvenire solo per violazione di specifiche regole di condotta e non in altre ipotesi⁵⁰.

dell'interpretazione, Milano, 1939; BARONE, voce *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 7-8; VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2^a ed., Torino, 2017, 17, 53 ss.

⁴⁸ CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 522; ID., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503 ss.

⁴⁹ Cfr. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Parte speciale*, vol. II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 901.

⁵⁰ Dubita della reale efficacia della riforma 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, il quale propende per una coraggiosa, netta – ancorché non condivisibile – abrogazione dell'abuso d'ufficio.

La discrezionalità, intesa nella sua nozione archetipa, quale facoltà di scelta e di valutazione inerente all'esercizio di una pubblica potestà ha, da sempre, costituito l'ostacolo più forte all'ammissibilità di forme di controllo sull'attività della pubblica Amministrazione. Per i necessari riferimenti storici v. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1984; PUBUSA, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1988, vol. IX, 401 ss.; AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima*

In ogni caso – e avremo modo di spendere ancora qualche parola in argomento – non ci pare esatto dire che nelle fattispecie criminose che si riportano alle violazioni di espresse norme comportamentali non si possano ravvisare *in nuce* fenomeni di abuso.

Si faccia il caso del delitto di “abuso di autorità” contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), generalmente indicato come ipotesi di superamento dei limiti obiettivi posti dalla legge ai poteri del pubblico ufficiale. Anche in questo caso l’«abuso» compare solo nella rubrica, mentre è chiaro, invece, che l’uso delle «*misure di rigore non consentite dalla legge*», il quale concreta l’elemento materiale del reato, appunto in quanto si tratta di comportamento non facoltizzato dall’ordinamento giuridico, ma nemmeno descritto nel contenuto, purchè la sfera di libertà del soggetto passivo subisca, per effetto della violenza, un’ulteriore restrizione mediante la privazione della libertà residua attraverso misure di rigore abusive, deve realizzare una fattispecie di prevaricazione⁵¹.

4.1. *Le modalità di esercizio del potere amministrativo: attività discrezionale e merito amministrativo.* Come già rilevato in altra sede⁵² l’autoritatività dipende dalla scelta dell’ordinamento generale che attribuisce poteri all’Amministrazione caratterizzati dalla possibilità di produrre effetti giuridici in modo appunto autoritativo. I poteri attribuiti dovranno essere da essa esercitati in vista del raggiungimento dell’interesse pubblico per la cui cura sono stati previsti.

La legge predefinisce normalmente le modalità di esercizio del potere. Molto spesso, tuttavia, ciò avviene solo in parte, nel senso che residuano spazi non disciplinati in astratto dall’ordinamento: in questi casi il potere deve pur sempre essere esercitato, in quanto il dovere del perseguimento dell’interesse pubblico costituisce un carattere immanente all’Amministrazione⁵³.

La pubblica Amministrazione dispone della possibilità di produrre effetti giuridici tanto nell’ipotesi di atto discrezionale quanto nel caso di attività vincolata ma, ove ricorra discrezionalità, essa non risulta limitata sotto tutti gli aspetti

scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale, Padova, 1989; BARONE, voce *Discrezionalità (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XIII, 1 ss.; GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, (trad. it.), Milano, 1999; MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, vol. III, 1993 ss.

⁵¹ FORTI, SEMINARA, *Commentario breve, complemento*, cit., 3173.

⁵² CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 243 ss.

⁵³ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., 256 s.

dell'agire in forza di norme generali. Essa sarà chiamata a scegliere "come" produrre quegli effetti, secondo quali modalità e con quale graduazione. In sintesi: residua in capo all'Amministrazione un potere di scelta, un potere cioè di valutazione circa la modalità di azione e di perseguimento dell'interesse pubblico.

Prima di approfondire ulteriormente l'argomento è altresì da chiarire che ciò che è sempre stato precluso al giudice ordinario, così come al giudice amministrativo, è prendere cognizione dei vizi relativi al merito, ipotesi da parte di taluno fatta confluire nell'eccesso di potere⁵⁴.

Rimane il fatto che, sebbene la terminologia legislativa non sia precisa ed univoca, anche ponendo mente agli artt. 4 e 5 della citata l. 2248 all. E, l'espressione «conformità a legge» viene comunemente intesa con riferimento alla tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere), non figurante nella legge del 1865, ma formulata per la prima volta dall'art. 24 l. 31 marzo 1889 n. 5992 (istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato), poi trasfusa nell'art. 26 RD 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e ribadita dall'art. 3 l. 6 dicembre 1972, n. 1030 (legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali) e finalmente resa esplicita dall'art. 29 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo)⁵⁵.

Rimandando alla manualistica di settore per ogni ulteriore approfondimento, merita ricordare quella dottrina - seppur datata - secondo la quale anche il merito del provvedimento rientrerebbe nel concetto di legittimità in senso lato⁵⁶.

Proprio la dottrina e la giurisprudenza formatesi sull'istituto della "disapplicazione" ci consente di valutare con la maggiore cognizione di causa possibile il

⁵⁴ Per tutti, GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

⁵⁵ Si v. la ricostruzione VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova 2003, 5, secondo la quale le disposizioni dell'art. 3 della legge 5992/1889, poi trasfuse nell'art. 26 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato e negli artt. 2 e 3 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, si limitano peraltro a menzionare quali sono i vizi laddove descrivono i poteri del giudice amministrativo nei confronti dell'atto amministrativo impugnato (né avrebbe potuto essere diversamente, visto che si tratta di disposizioni inserite in un testo riguardante non già l'atto amministrativo o l'attività amministrativa, bensì la giustizia amministrativa) e sono, pertanto, prive di qualsiasi carattere definitorio, il che spiega come mai la caratterizzazione dei vizi sia stata, prevalentemente, il frutto di una lunga produzione giurisprudenziale, che per molti aspetti si presenta in continua evoluzione.

⁵⁶ Tesi formulata da ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 2^a ed., 1958, 189 s. Per la discussione in seno alla dottrina formatesi successivamente v. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, 130; LEVI F., voce *Legittimità (dir. amm.)*, *ivi*, vol. XXIV, 1974, 124.

modo in cui l'eccesso di potere è diventato il grimaldello per consentire il sindacato del giudice penale sull'attività della pubblica Amministrazione. È curioso - o, quantomeno, singolare - che fino alle soglie degli anni '60 del '900, si pretendeva di escludere l'eccesso di potere dall'ambito dei vizi sindacabili ad opera del giudice ordinario, forse per una serie di ragioni storico-politiche per cui il principio della separazione dei poteri era molto sentito. Così, ad esempio, le Sezioni unite della Cassazione penale, con una storica sentenza, affermarono essere preclusa al giudice ordinario la disamina dell'eccesso di potere in quanto la stessa, «*impingendo inevitabilmente nel merito amministrativo, proietterebbe nel giudizio penale elementi che vi debbono rigorosamente rimanere estranei*»⁵⁷.

Successivamente, la giurisprudenza si è orientata in senso opposto, soprattutto a seguito di alcuni episodi clamorosi che indussero la magistratura a sindacare in maniera più penetrante il comportamento degli organi amministrativi, segnatamente di amministratori di enti pubblici⁵⁸.

Al culmine di una vicenda giudiziaria che ebbe larga eco (il c.d. processo Ippolito) è stato sostenuto che «*in materia penale il giudice ordinario ha normale competenza a giudicare per occasionem e incidenter tantum sulla legittimità dell'atto amministrativo, anche se discrezionale, giacché il riscontro di legittimità sugli atti amministrativi riconosciuto al giudice ordinario dall'art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo, va inteso, per quanto riguarda le controversie penali, come estensibile all'accertamento di tutti i vizi attinenti alla legittimità dell'atto, ivi compreso l'eccesso di potere, con l'unico invalicabile limite del divieto di ogni rivalutazione dei fatti e di quegli atteggiamenti concreti dell'esercizio del potere discrezionale, che ineriscono all'apprezzamento delle esigenze di necessità, convenienza e opportunità*»⁵⁹.

Affermazione che può essere sintetizzata nel senso che l'eccesso di potere rientra nel potere di sindacato del giudice penale con inammissibilità del sindacato stesso sul merito dell'atto amministrativo⁶⁰.

⁵⁷ Cass. SS.UU., 2 luglio 1955, in *Giust. pen.*, 1955, II, 769. Successivamente v., altresì, Cass. 15 febbraio 1960, in *Giust. pen.*, 1960, 534, m. 911; ID., 8 ottobre 1965, in *Cass. pen.*, 1966, 534, m. 848; ID., 16 marzo 1970, *ivi*, 1971, 201, m. 159.

⁵⁸ Per ulteriori citazioni relative a detto momento storico ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 63 s., sul presupposto che il giudice penale non avrebbe minori poteri di quello amministrativo. Si v. altresì la panoramica offerta da GAMBARDILLA, *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1378 ss.

⁵⁹ Cass. 15 novembre 1967, in *Cass. pen.*, 1968, 64, m. 54.

⁶⁰ GAMBARDILLA M., *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161.

La terminologia non è stata tuttavia delle più convincenti, a volte troppo schematica e altre volte poco precisa, nel senso che sarebbe ammissibile la valutazione dei presupposti di validità del provvedimento amministrativo, ma non dei suoi presupposti di fatto⁶¹.

Secondo un adagio diffuso, la censura da parte del giudice investe soltanto il modo di esercizio del potere, il contenuto dell'atto sotto il profilo dell'eccesso di potere, senza che con ciò si sconfini nel merito e che, pertanto, segua la stessa sorte comune degli altri due vizi di legittimità.

Le difficoltà sussistono sul piano pratico, stante l'estrema delicatezza della linea distintiva fra i due fenomeni, e della facilità con cui il merito può essere fatto rifluire nella legittimità dell'atto con un semplice travestimento verbale dei termini⁶².

In effetti, come più volte ribadito dalla dottrina amministrativistica, l'eccesso di potere è una figura sostanzialmente unitaria, attraverso la quale si colpisce in effetti il vizio di merito dell'atto amministrativo, insindacabile se non nei casi di illogicità manifesta o di irrazionalità.

Nella dottrina penalistica italiana si è andata col tempo consolidando una tesi intermedia - sempre di derivazione amministrativistica - che ha cercato di salvare (almeno apparentemente) l'insindacabilità del merito amministrativo, isolando, fra le ipotesi di eccesso, l'eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica - il c.d. sviamento dell'interesse pubblico, che si ha quando l'atto sia determinato da un fine diverso da quello del soddisfacimento dell'interesse pubblico (es. soddisfacimento di un interesse privato o comunque in conflitto, sviamento per falsità od illiceità della causa, ecc.)⁶³ - in quanto non potrebbe considerarsi conforme a legge il provvedimento emanato nell'esercizio di un potere diverso da quello attribuito all'Amministrazione. Non sarebbe -

⁶¹ Cass., Sez. un., 20 giugno 1972, in *Giust. civ.*, 1972, 1105; ID., Sez. un., 4 gennaio 1973, *ivi*, 1973, 2.

⁶² PIRAS A., voce *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 598, 609 s.

⁶³ MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 216; PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge e di eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, I, 72; ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Vita e Pensiero, Milano, 1939, 456; BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 e ss., 249, il quale precisa come il principio della divisione dei poteri fosse ispirato sia dall'intento di impedire l'intervento dei tribunali nel campo riservato alle amministrazioni, sia dall'esigenza di garantire l'unità e l'accentramento del potere esecutivo; SACCHI MORSIANI, voce *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it., App.*, vol. III, 1982, 219 e ss.; VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 411 e ss.

Per la sindacabilità dell'eccesso di potere quanto meno sotto il profilo dello sviamento v. Cass. Sez. un., 22 aprile 1976, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, 623; Cass., 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 1406; Cass. Sez. un., 10 gennaio 2012, Rossi, in *Dir. pen. cont.*, 2012; Cass., Sez. VI., 24 giugno 2014, C.G., in *Ced. Cass.*, 2014, rv. 261748; Cass., sez. VI, 21 febbraio 2017, De Luca, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

di contro - consentito il sindacato su quelle altre figure di eccesso di potere che comportano un controllo sulle valutazioni in base alle quali la P.A. ha effettuato scelte discrezionali, perché questo sarebbe riservato (in estremo) alla giurisdizione amministrativa, così come non sarebbe possibile distinguere fra ipotesi di eccesso di potere riscontrabili esaminando la conformità dell'atto alla legge ed ipotesi di eccesso di potere che comportano apprezzamento del merito dell'atto.

4.2. Il punto nevralgico dei rapporti fra giudice ordinario e pubblica Amministrazione: l'eccesso di potere come vizio di sindacabilità del merito amministrativo. L'eccesso di potere da vizio di un elemento dell'atto lascia il posto alla teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione. Le figure sintomatiche sono ricollegate alla violazione dei principi di giustizia sostanziale, di ragionevolezza, di organizzazione amministrativa, permettendo di identificare la forma tipica dell'eccesso di potere con il sindacato sull'uso del potere discrezionale.

Qui si situa uno dei punti nevralgici del dibattito penalistico, e cioè la legittimità dell'ingresso di principi generali che, entrando integralmente a far parte dell'ordinamento giuridico, quali vere e proprie norme, diventano altresì elementi normativi e, come tali, soddisfacenti la necessaria determinatezza della fattispecie penale⁶⁴.

Se, come evidenziava Benvenuti in un noto saggio, i principi non costituiscono soltanto indicazioni di buona Amministrazione, ma vere e proprie «*condizioni indirette di validità*» del provvedimento amministrativo⁶⁵, non altrettanto può affermarsi - con sicurezza e *de plano* - nei riguardi degli elementi normativi di fattispecie, deve vige l'ulteriore necessità di previa conoscibilità da parte dell'agente dei presupposti di un abuso punibile⁶⁶.

Eppure, già nel vigore della riforma del 1997, vi era chi dubitava fortemente della eterointegrazione dell'art. 323 c.p. da parte dell'art. 97 Cost. sotto il pro-

⁶⁴ Cfr. BORSARI, *Reati contro la Pubblica amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova 2012, 84.

⁶⁵ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1-29. Secondo l'illustre A. «...essi non toccano gli elementi essenziali del provvedimento ma costituiscono vera e propria disciplina dell'attività che si esercita per quell'atto e, al definitivo, "condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo"».

⁶⁶ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., 255; MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 40 ss.

filo programmatico del buon andamento della P.A. in ispecial modo per la sua maggior indeterminatezza rispetto all'altro profilo, quello dell'«imparzialità», di contro ritenuto - ancor oggi - un parametro cogente di riferimento e idoneo a divenire un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice⁶⁷.

Era - ed è - da ritenersi consolidato quell'indirizzo che attribuisce un significato precettivo a quest'ultimo principio, consistente nel divieto di favoritismi, «nell'obbligo cioè per la Pubblica Amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelati alla stessa maniera, conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive. In sostanza, il principio d'imparzialità, se riferito all'aspetto organizzativo della Pubblica Amministrazione, ha certamente una portata programmatica e non rileva ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, in quanto detto principio generale deve necessariamente essere mediato dalla legge di attuazione; lo stesso principio, invece, se riferito all'attività concreta della Pubblica Amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che confliggono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione»⁶⁸.

Sembra, quindi, di poter affermare che il contributo dato dalla dottrina penalistica allo studio dell'eccesso di potere abbia portato a stabilire l'unità concettuale di detta figura, per cui il vizio si deve ritenere esistente ove si accerti la difformità dell'interesse concretamente perseguito nella fattispecie normativa. Ed invero, si afferma, nonostante si debba riconoscere che l'indagine sull'eccesso di potere può implicare per sua natura la considerazione di elementi che, di per sé, non sarebbero apprezzabili in quanto appartengono alla sfera discrezionale, tale indagine si rende possibile per la strumentalità che tali elementi assumono per affermare l'uso distorto del potere discrezionale (oltre che per la legittimità del provvedimento stesso).

Il problema, dal versante del diritto amministrativo e con inevitabili riflessi in campo penale, coinvolge la complessa questione della distinzione fra discrezionalità amministrativa, intesa quale margine di apprezzamento che la legge lascia alla determinazione dell'Amministrazione⁶⁹, e merito dell'atto ammini-

⁶⁷ Cfr. VALENTINI, *La difesa dall'abuso d'ufficio*, cit., 8-9, secondo il quale il canone dell'imparzialità sarebbe pienamente fagocitato dalla condotta di omessa astensione.

⁶⁸ Cass., Sez. VI., 24 giugno 2014, n. 37373, cit.

⁶⁹ Oltre al già citato lavoro di GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; ID.,

strativo, inteso quale corrispondenza fra il contenuto dell'atto ed il risultato cui esso dovrebbe tendere in base al principio dell'opportunità⁷⁰.

Nonostante gli sforzi compiuti dalla dottrina richiamata, il "merito amministrativo" - inteso come "opportunità" e "convenienza" - tradizionalmente concepito quale area riservata alla Pubblica Amministrazione, diventa sindacabile dal giudice in sede di legittimità proprio attraverso il ricorso alla categoria dell'eccesso di potere. La discrezionalità amministrativa, intesa quale potere dell'Autorità, assume una fisionomia unitaria (e solo concettualmente distinguibile) tenuta insieme dal fine pubblico che attraversa sia la fase comparativa degli interessi in gioco sia quella della scelta.

Gli è che, gli studi sul potere discrezionale si intrecciano e si combinano con quelli dedicati ai principi di "ragionevolezza" e di "proporzionalità"⁷¹, potendo affermarsi che la ragionevolezza attiene al procedimento di formazione della volontà, mentre la proporzionalità al risultato dell'attività provvedimento⁷².

Non ci dilunghiamo sulla copertura costituzionale del principio di proporzionalità già ampiamente dimostrato in altra sede⁷³. Qui interessa mettere in evidenza come non sia possibile distinguere, oltre che fra discrezionalità e merito, nemmeno circa i limiti del sindacato sull'eccesso di potere, a seconda che si tratti di vizio evidenziato oppure no da taluna delle c.d. figure sintomatiche e, fra queste, segnatamente da quelle relative ai c.d. vizi "estrinseci" all'atto amministrativo, nel senso che solo nel primo caso si avrebbe quel carattere di vizio "esterno" che ne consentirebbe la disapplicazione. E ciò in quanto, come detto, le figure sintomatiche non provocano di per sé l'illegittimità del comportamento, ma questa si verifica in quanto il risultato sia difforme dallo scopo perseguito dalla legge, pur se nella gran parte dei casi non può esservi -

Diritto amministrativo, Milano, 1970, 483 ss.; si veda DEL PRETE, *La discrezionalità della Pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, 1941; TESAURO, *La discrezionalità degli atti amministrativi: natura e limiti*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, II, 49; LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 220 ss.; SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della Pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 879; PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 65; FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, 2^a ed., Bari, 2014, 45 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁷⁰ Fondamentali, sul punto, i lavori di AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; MORTATI C., *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e dir.*, 1941, 135 s.; OTTAVIANO, voce *Merito (dir. amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, 1964, 575; CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 130.

⁷¹ Per una ricostruzione completa ed un approccio innovativo v. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistemica*, Torino, 2011.

⁷² FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit.

⁷³ GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 108 ss.

a nostro parere - uno scarto tra la sussistenza della figura sintomatica e l'illegittimità valutata con riferimento al risultato⁷⁴.

Diversamente ragionando ci si limiterebbe ai vizi apparenti dell'atto, travisando il sindacato sull'eccesso di potere, come accadrebbe se si ritenesse preclusa l'analisi di fatto sottostante all'azione amministrativa (sempre che non emerga dall'atto). Senza contare che si arriverebbe alla conclusione di sindacare unicamente quegli eccessi di potere sostanzialmente confessati dall'autorità, mentre sfuggirebbero le ipotesi, più subdole e pericolose, nelle quali il vizio sia stato nascosto sotto una forma esternamente ineccepibile⁷⁵. D'altra parte, non si vede, in mancanza di qualsiasi disposizione processuale limitativa dei mezzi di accertamento del giudice penale, dove una tale preclusione potrebbe trovare la sua ragion d'essere, una volta sostenuto che, a livello sostanziale, l'eccesso di potere è rilevante e può essere accertato dal giudice ordinario⁷⁶.

Ora, accanto all'atto illegittimo il diritto amministrativo conosce l'atto illecito (o fatto illecito), il quale viene comunemente definito come atto illegittimo caratterizzato dal fatto che esso implica, oltre che una semplice violazione di norme di azione dirette a regolare il comportamento della pubblica Amministrazione, anche una violazione di norme di relazione comportante la lesione di una sfera giuridica di un altro soggetto e in particolare di un diritto soggettivo del cittadino⁷⁷.

Sembra potersi affermare una stretta relazione fra illiceità e illegittimità, nel senso che l'atto illegittimo non sempre è illecito, ma può esserlo, mentre l'atto illecito, a volte, non è illegittimo, come quando si palesa l'esercizio di un potere legittimo per perseguire un fine illecito⁷⁸. Ciò che rende la problematica dell'implicazione (unilaterale o reciproca) fra i due concetti sostanzialmente trascurabile per il penalista, è il fatto - a prescindere dall'essere l'illiceità (violazione di una norma di relazione) risarcibile e l'illegittimità (violazione di una norma di azione) ripristinabile solo attraverso la eliminazione o la riforma dell'atto emanato - che il perseguimento di un fine in conflitto di interessi con quello pubblico ovvero l'arrecare un danno ad un soggetto o il procurarsi

⁷⁴ Per la tesi che ritiene *ipso iure* illegittimo il provvedimento (o dell'attività) in presenza di una figura sintomatica CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 23^a ed., Milano, 2021, 491 ss.

⁷⁵ Cfr. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7 ss.

⁷⁶ V., nella dottrina penalistica, STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 230-231.

⁷⁷ Celebri, in argomento, le pagine del GUICCIARDI, *Diritto soggettivo, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, c. 33.

⁷⁸ Cfr., fra i primi ad aver intuito il problema, CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 216; ID., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 249-250.

un vantaggio, rende in ogni caso ravvisabile un abuso penalmente rilevante perché in contrasto con le finalità attribuite dalla legge al quel potere.

Sotto questo profilo, ed in quanto si rinunci - lo si ripete - ad introdurre capillari distinzioni tra i singoli fatti dal punto di vista di un loro asserito divario qualitativo di rilevanza, cade ogni necessità di attribuire isolata importanza alle categorie della (il)legittimità-(il)liceità rientrando queste - in quanto compatibili - nella categoria dei presupposti della condotta o delle sue condizioni di illiceità⁷⁹.

Può poi ben verificarsi che sia la stessa formulazione legislativa a presupporre una condotta legittima ma al contempo illecita, come avviene nella fattispecie di corruzione funzionale (art. 318 c.p.) incentrata com'è sull'atto dell'ufficio conforme o legittimo⁸⁰, così come può verificarsi che lo stesso effetto derivi da una modalità "costrittiva" pur fondata sulla minaccia dell'esercizio di un potere legittimo (art. 317 c.p.)⁸¹.

L'impossibilità di una discriminazione di ordine quantitativo fra illegittimità ed illiceità fa sì che ciò che davvero interessa è il collegamento fra un'attività (giuridica o materiale) del pubblico agente con gli effetti previsti per l'esercizio (legittimo e lecito) di quel potere. L'ordinamento, in realtà, non si preoccupa di valutare in astratto le ipotesi di fatto (che possono essere molteplici) ma piuttosto alla stesse attribuisce senz'altro conseguenze di diritto che vanno oltre i vizi del provvedimento amministrativo. Ci riferiamo alla categoria degli atti amministrativi non costituenti provvedimento ma estrinsecazione di una serie di attività strumentali che concorrono alla formazione o alla integrazione di un provvedimento amministrativo ovvero in un comportamento produttivo di effetti giuridici anche se non concretante un atto amministrativo formale.

Si ponga mente, a chiarimento dell'assunto, alla condotta di un pubblico agente consistente in un abuso delle "qualità" (es. art. 317 c.p.) postulante una condotta che, indipendentemente dalle competenze proprie del soggetto attivo, si manifesti quale strumentalizzazione della posizione di preminenza dallo stesso ricoperta nei confronti del privato, asservimento che deve, comunque,

⁷⁹ Senza escludere quelle ipotesi, sempre tratte dal diritto amministrativo, nelle quali ad es. la revoca del bando di gara perché è venuto meno l'interesse pubblico a quel contratto (atto legittimo) può, per le modalità concrete con cui è stato fatto, essere considerato illecito obbligando l'Amministrazione al risarcimento del danno.

⁸⁰ Pacificamente, sul punto, Cass., sez. VI, 2 luglio 2018, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2019, 159.

⁸¹ Cfr. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di Bartoli, Seminara, Pelissero, Torino, 2021, 472.

attenere ad un possibile, e pure prospettato, esercizio abusivo, da parte dell'agente, dei suoi poteri di pubblico agente⁸².

Si è infatti, affermato che l'abuso di qualità rileva anche quando sia esplicitato in rapporto ad atti non rientranti nella competenza funzionale dell'agente, laddove questi ne lasci presumere un esercizio informale o di fatto⁸³.

È sufficiente, quindi, che la qualità soggettiva del pubblico ufficiale lo agevoli e lo renda credibile e idoneo a costringere o indurre il soggetto passivo all'indebita promessa od alla dazione di denaro o di altra utilità: è quindi, sufficiente che la vittima percepisca come probabile o anche solo come possibile un'estrinsecazione funzionale dei poteri del pubblico ufficiale non favorevole ai propri interessi e, per tal motivo, si senta costretto o indotto a dare o promettere l'utilità richiesta e sempre che vi sia una connessione tra l'offerta o dazione e la funzione pubblica esercitata dal soggetto agente⁸⁴.

A questo punto è possibile concludere che l'ordinamento attribuisce – definendo una serie di condizioni e di prescrizioni – ad un soggetto (privato o pubblico) il potere di svolgere determinate attività ed, anzi, ne attribuisce (direttamente o indirettamente) legittimazione. Lo schema ricostruttivo di tale vicenda è quello che viene comunemente sintetizzato nel modello *norma-potere-effetto*, intimamente connesso alla stessa nozione di funzione amministrativa. In questo schema di rapporti, da sempre, svolge un ruolo primario il concetto di *interesse*, sia esso pubblico o privato, e la relativa correlazione e ponderazione costituisce espressione tipica del potere che si esprime nella discrezionalità amministrativa⁸⁵.

5. Discrezionalità e fattispecie penali incomplete. Il problema (?) della discrezionalità tecnica. L'esplorazione dei rapporti (e delle tensioni) fra giudice ordinario e giudice amministrativo e pubblica Amministrazione ha messo in luce – nei paragrafi precedenti – che il sindacato sull'uso del potere discrezionale consente ad entrambi di valutare quali-quantitativamente il potere di valutazione e decisione della amministrazioni pubbliche, anche – e soprattutto – attraverso il ricorso ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Ciò

⁸² Cass., sez. VI, 9 luglio 2010, n. 45034, in *Ced. Cass.*, 2010, Rv. 249030, citato da GIOVAGNOLI, *Codici civile e penale*, Milano, 2011, 556.

⁸³ Cass., sez. VI, 12 febbraio 2014, R. A., in *Ced. Cass.*, 2014, Rv. 259896, citata anche da MORONE, *Concussione, induzione indebita e corruzione*, Frosinone, 2016, 19; Cass., sez. VI, 24 aprile 2009, C. et al., *ivi*, Rv. 244364.

⁸⁴ Cass., sez. VI, 6 luglio 2018, F.C., in *Diritto & Giustizia*, luglio 2018.

⁸⁵ SCOCA, *Diritto amministrativo*, 6^a ed., Torino, 2019, 27.

consente ulteriormente - secondo la migliore dottrina - di misurare «l'ampiezza e la significatività (per qualità e quantità, ancora) del sindacato giurisdizionale sul "modo di farsi del potere", e dunque non meramente sui provvedimenti amministrativi in senso stretto, soprattutto ad opera del giudice amministrativo»⁸⁶.

Che la "discrezionalità" concorra alla determinazione della fattispecie penale in molteplici fattispecie criminose - oltre all'art. 323 c.p. e, come vedremo, agli artt. 318 e 319 c.p. - fa sì che queste di presentino con un grado di indeterminatezza dovuta alla maggiore o minore ampiezza dell'elemento vago di fattispecie, ulteriormente complicato dal fatto che il tipo di elemento assume la forma di un provvedimento amministrativo o di un comportamento materiale.

Ci sembra tuttavia che questo termine (discrezionalità-elemento normativo) possa essere utilizzato come formula riassuntiva intesa a definire una classe di fenomeni omogenei, suscettibili di una considerazione unitaria, e che ha alla base il dato costituzionale dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Che si tratti di un aspetto, forse il più vistoso e difficoltoso, del problema dell'interpretazione della norma (penale in particolare) non deve impressionare più di tanto.

In primo luogo, perché la figura della discrezionalità non può essere riferita che allo schema di un comportamento previsto come atto normativo, il che del resto è implicito nell'uso corrente, nel quale la funzione grammaticale dell'aggettivo "discrezionale" si esaurisce nella qualificazione di determinati tipi di poteri. In quest'ordine di idee si parla di discrezionalità a proposito della determinazione della pena da parte del giudice penale (es. artt. 132 e 133 c.p.) o rispetto a determinati poteri dei quali è investita la pubblica Amministrazione.

La perfetta simmetria instaurata fra poteri comunque diversi, fa sorgere, in entrambi i casi, un identico ordine di problemi ed illumina su di un equivoco terminologico fondato sulla riluttanza a stemperare il vocabolo "discrezionalità" in un significato così vago (e tra l'altro, inutile ai fini costruttivi) da equivalere a "non dovuto" ovvero "a non obbligatorio". Va da sé che la locuzione «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» oltre ad importare un'inespressiva sovrastruttura linguistica, nuoce al corretto intendimento della realtà giuridica, giacché riduce la "discrezionalità"

⁸⁶ FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.

ad una esangue categoria concettuale dove finiscono per essere sistemate classi di fenomeni assolutamente eterogenei.

Una riprova di quanto or ora affermato è offerta dalla contrapposizione terminologica creata dal legislatore del 2020 fra le (non meglio specificate) regole di condotta espressamente previste dalla legge e i margini di discrezionalità, quasi che si volesse, nella definizione di quest'ultima, puntare sul momento negativo della "libertà", inteso come assenza della statuizione di una modalità di comportamento giuridicamente doverosa.

La cartina di tornasole della fallacia di questo modo di legiferare emerge da quella tripartizione - oramai abbandonata e formulata anni or sono - articolata su "discrezionalità assoluta" (intesa come la possibilità di una determinazione dispotica della propria condotta), "discrezionalità pura" (rispetto a cui opererebbe il parametro delle idee di giustizia, equità, convenienza) e "discrezionalità tecnica"⁸⁷. Quanto a quest'ultima (figura dai labili contorni che ebbe larga fortuna nella meno recente dottrina amministrativistica⁸⁸) una dottrina che non viene più ricordata la ebbe a designare come l'attività giudiziale di integrazione degli elementi indeterminati della fattispecie⁸⁹.

Attenta dottrina, ha osservato, in tempi più recenti, come sia veramente delicata l'operazione di sceverare a livello di esame in sede giudiziaria gli aspetti discrezionali da quelli tecnici. L'attività di controllo del giudice non può infatti arrestarsi davanti all'(apparente) ostacolo di valutazioni insindacabili provenienti da fonti già oggetto di una pre-valutazione in altra sede, dovendo in ogni caso compiersi un'attività critica alla stregua dei criteri di "attendibilità", "ragionevolezza" (anche intrinseca) e "proporzionalità"⁹⁰.

A fronte di un'evoluzione sempre più tecnicizzata dei processi decisionali dell'Amministrazione, non è tuttavia possibile eludere i principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano l'attività amministrativa⁹¹, per cui - ridotta la questione in termini penalistici - ogni forma di discrezionalità (autentica o tecnica che sia) si richiama ad una condizione primordiale, caratterizzata dalla presenza di una fattispecie del comportamento incompletamente descritta dalla norma (la cui lacuna deve appunto essere colmata in base al risultato di quell'attività ricognitiva e conoscitiva tipica dell'interpretazione)

⁸⁷ CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 97 ss.

⁸⁸ PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 7, 48.

⁸⁹ CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, I, 1930, 33 ss.

⁹⁰ VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 346 s.

⁹¹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, Liberio *et al.*, in www.giustizia-amministrativa.it

ragion per cui l'aggettivo "tecnica" si risolve in una nota ridondante, che nuoce più che giovare all'intendimento del fenomeno.

L'esigenza di riportare il concetto di "discrezionalità" nel quadro di una valutazione normativa, superando l'ambiguo concetto di "libertà", fa sì che la violazione dei doveri di ragionevolezza e di proporzionalità e, maggiormente, di imparzialità (a cui la ragionevolezza va riportata) e, quindi, l'adeguamento dell'azione amministrativa a canoni di razionalità amministrativa⁹², si risolvano nella violazione di una specifica regola di condotta prevista dalla legge ai sensi dell'art. 323 c.p.

6. *Conclusioni.* Al termine di questo discorso ri-costruttivo della nozione di "abuso" - seppur limitato ai reati contro la pubblica Amministrazione - è emerso che, come non esiste un potere la cui attività sia meramente vincolata, così non esiste una discrezionalità che non sia espressione di un potere e vincolata al buon uso di questo.

Che non esista una "discrezionalità" pura o libera è dato sul quale non conviene insistere. Che esista una "libertà" dell'attività decisionale (e/o provvedimentale) della pubblica Amministrazione, intesa come l'assenza di una valutazione normativa il cui criterio sia stabilito da una proposizione statico-sostanziale, può configurarsi secondo una estesa gamma di gradazioni quantitative, che vanno da quella minima di un comportamento vincolato nell'*an* e libero nel *quando*, all'ipotesi estrema della scelta libera da modelli normativi ovvero a quella - più frequente - di condotte regolate in modo più o meno dettagliato dalla legge.

Ogni ipotesi richiamata può essere oggetto di una valutazione in termini di validità-invalidità e di liceità-illiceità, anche quando - lo si ripete - la discrezionalità si inserisce in una fattispecie normativa che presenti parti vincolate e parti libere: si pensi, ad esempio, ad una norma la quale lasci libero un organo statale di porre o no in essere un dato comportamento, ma imponga, in caso affermativo, l'osservanza di determinati requisiti (es. una procedura di esproprio per pubblica utilità).

In questi, come negli altri casi, il "vincolo nel fine" significa la determinazione del tipo di condotta e/o procedimento imposto dalla legge alla stregua di un certo criterio di diagnosi riferito a circostanze obiettive: che il consiglio di amministrazione di una Università blocchi qualsiasi richiesta da parte di un

⁹² ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 96.

Dipartimento di procedure selettive o valutative ai sensi degli artt. 18 e 24 l. 190/2010 perché si vuole favorire uno specifico docente non invece designato (per vari motivi: meritocratici, di anzianità ecc.) dal Consiglio di deliberante, segue sì una procedura legittima - perché facoltizzata dalla legge - ma viziata nel fine.

I tentativi di rintuzzare la portata incriminatrice dell'abuso d'ufficio non sono - come noto - affatto nuovi. Al più tardi a partire dal 1997 si è cercato, da un lato, di "rimpolparlo" in punto determinatezza e di efficacia selettiva di comportamenti realmente offensivi; da altro lato, ci si è impegnati a ridurre lo "scarto" numericamente relevantissimo, sussistente fra i delitti denunciati e condanne definitive registrate.

Sotto il primo profilo, il cammino dalla originaria formulazione del 1930 a quella attuale è paragonabile al "passo del gambero": da una fattispecie che contemplava un abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge, dove l'abuso di potere era individuato in quell'azione, il cui specifico contenuto oggettivo e soggettivo fosse adatto a costituire il portatore reale delle valutazioni nelle quali si risolvevano gli elementi normativi contenuti nella fattispecie dell'art. 323 c.p.⁹³, si è transitati per una disciplina che tali elementi muta descrivendo come tipico il comportamento del pubblico agente che «*abusa del suo ufficio*», una formulazione di portata tendenzialmente più ampia⁹⁴ - con considerazioni simili al novellato art. 318 c.p. *post* l. 190/2012 - rimodulando il dolo specifico in modo da dare maggior pregnanza all'elemento oggettivo, così da attribuire una concreta idoneità alla condotta abusiva a relizzare un danno o a procurare un vantaggio (non patrimoniale o patrimoniale)⁹⁵.

⁹³ Con la consueta lucidità, PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 259.

⁹⁴ Anche se poi la dottrina ha escluso la mera violazione dei doveri o dell'abuso di qualità per attribuire al "nuovo" art. 323 c.p. una maggiore concretezza in punto "offensività", dato che i veri e propri casi di "abuso" si manifestano attraverso l'emanazione di atti della pubblica Amministrazione ovvero nell'esercizio di attività materiali o di attività di esercizio del potere coercitivo o di atti frazionati (e non autonomamente impugnabili) PARODI GIUSINO, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, App. 590-591; MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 12 ss. spec., 17 ss.

⁹⁵ Cfr. GROSSO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola, Zagrebelsky, vol. IV, 2^a ed., Torino, 1996, 277, 280.

Il dibattito, a riguardo, è risalente nel tempo. V., per tutti, GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953, 177; PICOTTI, *Il dolo specifico nel «nuovo» abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Torino, 1993, 276. Cfr., altresì, C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 7, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 984 ss. con nota contraria di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, 985 ss., 997 s.

La vera novità sta nell'accorpamento, al nuovo abuso d'ufficio, del delitto di interesse privato in atti d'ufficio (ex art. 324 c.p.) col quale condivide lo sfruttamento dell'ufficio di cui il pubblico agente responsabile è titolare, sia ponendo in essere direttamente l'atto amministrativo o il comportamento materiale, sia partecipando alla formazione dello stesso.

La condotta alternativa «*o omette di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*» pone, accanto ad un obbligo derivante da una fonte extrapenale, anche un dovere di non prendere interesse privato al di fuori di un'espressa regolamentazione legislativa, come possono essere norme interne o, più frequentemente, esercizio di attività discrezionale.

In altre parole: l'omessa astensione coincide con il dovere di imparzialità del pubblico agente che, come recitava il vecchio art. 324 c.p., «*prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio*»⁹⁶.

Sotto questo aspetto la dottrina aveva già messo in evidenza che sia l'abuso innominato che l'interesse privato in atti d'ufficio fossero accumulati da un identico requisito di disvalore speciale, fondato su un uso distorto e travalicante dei poteri funzionalmente inerenti all'ufficio, identità che ne ha giustificato, a seguito della riforma del 1990, la parificazione sanzionatoria⁹⁷.

Per quanto riguarda, invece, le statistiche addotte circa l'effettività dell'incriminazione, queste, già all'alba della riforma del 1997 parlavano di 10 condanne a fronte di 3.147 delitti denunciati del 1991 per finire alle 226 condanne su 9.583 denunce del 1995⁹⁸, per arrivare, nel 2017, a fronte di oltre 6.500 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, a 57 condanne irrevocabili. Nel 2018, dei 7.133 procedimenti per abuso d'ufficio definiti da Gip e Gup, 6.142 sono stati archiviati, di cui solo 373 per prescrizione⁹⁹.

⁹⁶ RANIERI, *Manuale, parte speciale*, cit., 225.

⁹⁷ La dottrina aveva già da tempo manifestato fondate perplessità sulla diversità di trattamento sanzionatorio fra i delitti di abuso e di interesse privato, sostenendo che, in fondo, sono due forme di eccesso di potere per sviamento, l'una diretta a cagionare un danno o a procurare un vantaggio, l'altra a soddisfare un interesse privato. Così GROSSO, *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966, 130 ss., spec. nota 43.

⁹⁸ Dati riportati da MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. I, 2000, 3 nt. 6.

⁹⁹ Dati riportati da CHERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020. Per una ricerca geograficamente circoscritta v. COPPOLA, *Abuso d'ufficio*, cit., 16; LANZAROTTO, *Salerno, il flop dell'abuso d'ufficio: la condanna è una chimera*, in *La Città di Salerno*, 13 febbraio 2020, <https://www.lacittadisalerno.it/cronaca/salerno-il-flop-dell-abuso-d-ufficio-la-condanna-è-una-chimera-1.2370838>

Se, da un lato, i dati sono poco incoraggianti, non significa che una riforma come quella prospettata dalla bozza “Castaldo-Naddeo”, volta a privare di rilevanza penale l’uso “deviato” del potere discrezionale, si profili come risolutiva¹⁰⁰.

Non potendo - nell’economia del presente lavoro - dilungarci sull’articolato¹⁰¹, ci sembra che la penuria di sentenze di condanna non possa certamente proclamare il fallimento della norma, anche perché non si chiarisce se le assoluzioni sono dovute a carenza dell’elemento oggettivo o - come più spesso accade - dell’elemento soggettivo che, è appena il caso di ricordarlo, è l’elemento tipico più vistosamente rivolto a circoscrivere la portata applicativa dell’abuso d’ufficio (“intenzionalmente” etc.).

In giurisprudenza si è tuttavia andato formando un consistente indirizzo che desume la prova del dolo anche dalla «*macroscopica illegittimità dell’atto*». In sostanza - si dice - la graduazione dell’offesa oggettiva si riverbera sull’intensità del dolo sino al suo massimo grado - che è quello richiesto dall’art. 323 c.p. - necessario per la punibilità del delitto¹⁰².

In questo modo, la macroscopica illegittimità del provvedimento o del comportamento - purchè assistito dalla clausola della “doppia ingiustizia” - sarà completamente svincolata dalla tipicità “altrove”¹⁰³, anche perché non risulta affatto dimostrato che la “burocrazia difensiva”¹⁰⁴ rappresenti uno scudo da

¹⁰⁰ CASTALDO, COPPOLA, *La riforma dell’abuso d’ufficio nel D.L. “Semplificazioni”*, in *Quotidiano giuridico*, 17 luglio 2020.

¹⁰¹ Si v. i contributi contenuti in *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018.

¹⁰² Cfr. Cass., sez. VI, 30 maggio 2019, Indelicato, in *Il Quotidiano giuridico*, 27 giugno, 2019: «*La prova del dolo intenzionale non richiede l’accertamento di uno specifico accordo collusivo (...), perché può essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell’atto risultante da elementi dimostrativi dell’intento di conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto ulteriore rispetto al mero comportamento non iure dell’agente*»; Cass., sez. III, 29 gennaio 2018, Giugliano, in *Lexambiente.it*; Cass., sez. VI, 27 giugno 2017, Pazzaglia, in *Riv. pen.*, 2018, 77 (s.m.); Cass., sez. III, 6 aprile 2016, Cella, in *Ced Cass.*, 2016, Rv. 267633: «*La prova del dolo intenzionale può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assumono rilievo l’evidenza, reiterazione e gravità delle violazioni, la competenza dell’agente, i rapporti fra agente e soggetto favorito, l’intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge*»; Cass., sez. V, 28 dicembre 2020, Danzè, in *Ced Cass.*, 2021, Rv. 280108: «*In tema di abuso d’ufficio, la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa, può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assume specifico rilievo la violazione del dovere di astensione gravante sui pubblici ufficiali e sugli incaricati di pubblico servizio, non rilevando la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento dell’interesse pubblico costituisca l’obiettivo esclusivo o primario dell’agente*»;

¹⁰³ Sullo “scudo penale” delle regole di condotta ricavabili *aliunde* si discute animatamente in dottrina. Per uno “schizzo” del dibattito BARLETTA, CAPPELLINI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell’agire pubblico*, in *Leg. pen.*, 2021, 20-21.

¹⁰⁴ CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura

facili denunce o, invece, non sia frutto di una scarsa formazione di base del personale amministrativo. Com'è stato in altra sede ben rilevato - posto che non vi sono decisioni amministrative prive di rischi - chi domina la materia di cui si occupa è in grado di ipotizzare meglio i rischi, valutarli e correre quelli che ritiene opportuni (il che non equivale ancora ad affermare il dolo intenzionale). Il funzionario - di contro - poco preparato non ha piena contezza della materia e non è in grado di valutare compiutamente i rischi dell'attività amministrativa, rifugiandosi nei formalismi potenzialmente oggetto di ricorso giurisdizionale, a séguito del quale il TAR dirà cosa si può fare e cosa non si può fare¹⁰⁵.

Orbene, la riforma del 2020 se, in taluni punti, richiama quanto da tempo suggerito da parte della dottrina circa la ricerca della maggiore determinatezza possibile in una norma "fisiologicamente" insofferente ad essere completamente ingabbiata nella violazione formale di legge, si rivela di difficile realizzazione: la nozione di "abuso" è - di per sé - incompatibile con il formalismo, perché va oltre questo.

Abuso ed esercizio del potere, con riferimento tanto alla discrezionalità quanto all'attività vincolata - come ampiamente dimostrato - sono legati da un nesso funzionale e, voler arrestare il potere di valutazione del giudice alle soglie della discrezionalità, espungendo questa dagli elementi normativi del precetto dell'art. 323 c.p. (mantenendo il richiamo all'abuso nella rubrica), crea ulteriori incoerenze sistematiche.

Si pensi al mercimonio della pubblica funzione per il compimento di un atto discrezionale. Che in entrambi casi rilevi sia come corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, perché la pattuizione si risolve in un inquinamento dell'esercizio di detto potere per la presenza di un interesse privato, con la conseguenza che l'atto risulterebbe viziato per eccesso di potere, sia come corruzione impropria, senza interferenza di interessi estranei¹⁰⁶, mette viepiù in risalto - a livello generale - che il binomio conforme-difforme non realizza mai, almeno in queste zone di confine fra Amministrazione e magistero penale, lo spartiacque preciso fra impunità e punibilità.

di Romano, Marandola, Torino, 2020, 291 ss.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 208 s. *Contra*, UBIALI, *Attività politica e corruzione*, Milano, 2020, 296 ss. la quale esclude la compatibilità della corruzione propria nei confronti di soggetti che svolgono funzioni di indirizzo politico e che fisiologicamente agiscono nell'esercizio di un'attività discrezionale.