

THE IMPORTANCE OF BEING EARNEST:
OSSERVAZIONI (DALLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO)
SULLA PRIMA GIURISPRUDENZA APPLICATIVA DEL “NUOVO” ART. 323 C.P.

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari: funzionalità amministrativa e responsabilità penale del funzionario nel d.l. semplificazioni. – 2. Abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa nella “penultima” versione dell’art. 323 c.p.- 3. *Segue*. Discrezionalità e abuso d’ufficio nel diritto vivente: profili critici. - 4. La riforma del 2020: alla ricerca della determinatezza penale e dell’efficienza amministrativa smarrite – 5. La prima giurisprudenza applicativa del “nuovo” art. 323 c.p. – 5.1. L’abuso per omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. – 5.2. L’abuso d’ufficio e la violazione di norme regolamentari. – 5.3 Abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa. – 6. I limiti al potere discrezionale e l’importanza delle parole (giuridiche). – 7. Abuso d’ufficio ed eccesso di potere nel vigente articolo 323 c.p.: il richiamo alla discrezionalità “esaurita”. – 8. *Segue*. Le regole suscettibili di violazione.

1. Notazioni preliminari: efficienza amministrativa e responsabilità penale del funzionario nel d.l. semplificazioni

Il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con la legge n. 120 dello stesso anno) ha proiettato l’esigenza di “semplificazione”, che rappresenta il *trait d’union* di una serie di misure assai eterogenee per ambito applicativo ed effetti, anche sul versante della responsabilità penale del funzionario pubblico riformulando nuovamente l’art. 323 c.p. che è dedicato, come noto, all’abuso d’ufficio¹.

Il collegamento tra semplificazione e modifica del regime della responsabilità si fonda sulla idea, piuttosto ricorrente, che quest’ultima (se non adeguatamente delimitata) rischi di rallentare o addirittura paralizzare l’attività del funzionario, inducendolo ad atteggiamenti pavid, difensivi, burocraticamente ossessionati «dal rispetto del cavillo»².

In questa ottica, la mancanza di un confine stabile o sufficientemente certo al sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa (che è grave di per sé, in quanto suscettibile di incrinare i principi di determinatezza e tassatività delle fattispecie incriminatrici³), è destinata a riverberarsi sulla funzionalità amministrativa.

L’abuso d’ufficio riflette da sempre la complessità del rapporto tra amministrazione e giurisdizione e la difficoltà di trovare un equilibrio soddisfacente tra la necessità di predisporre un adeguato sistema penale a

¹ Tra i primi commenti dedicati alla novellata versione dell’abuso d’ufficio si vedano G. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in www.sistema.penale.it, 2020; G.L. GATTA, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” (e la riserva di legge)*, in www.sistema.penale.it, 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2020; N. PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 9; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, in www.discrimen.it, 2020.

² A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2007, p. 258. Sulla «paura della firma», recentemente: B. ROMANO, *La continua riforma dell’abuso di ufficio e l’immobilismo della pubblica amministrazione*, in www.ilpenalista.it, 2020; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio*, in www.la legislazione penale.eu, 2020.

³ La determinatezza si riferisce «a un requisito di formulazione della norma (ovviamente legislativa) che sia così tanto e bene espressiva del precetto da contenere al minimo e tendenzialmente a zero il ricorso integrativo alle fonti sostanziali da parte del giudice», la tassatività a un «divieto applicativo per il quale al giudice viene interdetto di applicare la norma legislativa oltre i casi, cioè il modello di comportamento, da essa previsti»: così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 105.; *Id.*, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, p. 170. Sul ruolo del diritto vivente nel garantire una interpretazione certa e stabile delle fattispecie penali si veda F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, ETS, Pisa, 2019, p. 26.

presidio del buon andamento e dell'imparzialità della p.a.⁴ e l'esigenza di preservare l'autonomia dell'azione amministrativa stessa⁵.

Da un lato, è diffusa la percezione che sovente «l'arbitrio più sfacciato e partigiano» si nasconde «tra le maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza delle leggi e dei regolamenti», da cui deriva la necessità che l'abuso d'ufficio non si colleghi ai soli «profili incontrovertibili della legalità dell'azione amministrativa»⁶. Dall'altro, affiora il timore che ritenere sufficiente per la sussistenza del reato «una qualche indefinita deviazione delle dinamiche dell'ufficio rispetto agli scopi tipici» finisca per appiattire l'illecito penale su quello di carattere amministrativo aprendo «le porte a dannose intromissioni del giudice penale» sulle valutazioni di merito⁷.

Tale aspetto è testimoniato dalla lunga serie di interventi normativi che hanno inciso sulla fattispecie allo scopo, alternativamente, di allargare e di restringere la sfera del sindacato consentito al giudice penale.

Da ultimo, il cd. decreto semplificazioni persegue il tentativo di rendere più efficienti gli apparati pubblici non solo mediante lo snellimento di alcune procedure, ma anche (al titolo II, capo IV) attraverso la revisione della responsabilità dei funzionari sul versante erariale⁸ e, appunto, penale.

La novella citata ha riformulato un segmento del testo dell'art. 323 c.p., incardinando la condotta abusiva non più sulla «violazione di norme di legge o di regolamento», ma su quella di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Questo scritto intende analizzare, prendendo in esame le sentenze della Cassazione pronunciate all'indomani della riforma, come si atteggi oggi l'abuso d'ufficio in presenza di un provvedimento amministrativo discrezionale al fine di verificare quali siano le regole suscettibili di essere violate affinché la fattispecie possa ritenersi integrata (a condizione, ovviamente, che sussistano tutti gli altri elementi costitutivi del reato).

2. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa nella "penultima" versione dell'art. 323 c.p.

⁴ La dottrina prevalente identifica il bene tutelato dall'art. 323 c.p. negli interessi costituzionalmente garantiti dall'art. 97 Cost., fermo restando che, nei casi di abuso commesso in danno del cittadino, il reato assume natura plurioffensiva: si vedano, anche per ulteriori riferimenti, A. D'AVIRRO, *Abuso d'ufficio*, in A. D'AVIRRO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 83; A. PAGLIARO, M. P. GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 232; A. BARBARANO, *L'abuso d'ufficio in danno è plurioffensivo*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 55. Ugualmente, la giurisprudenza riferisce la norma citata all'imparzialità e al buon andamento: Cass. pen., II, 11 dicembre 2013, n. 5546; Cass. pen., VI, 14 novembre 2006, n. 40694; Id., 15 novembre 1996, n. 3513.

⁵ Si veda A. D'AVIRRO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 282. Sugli effetti si veda anche B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 76, il quale evidenzia come «il senso della funzione amministrativa rischia di offuscarsi sotto la pressione della forza simbolica della norma penale».

⁶ T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 747.

⁷ A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2007, p. 258. Si veda anche B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., p. 76: dal momento che l'oggetto della tutela penale viene ravvisato nell'imparzialità e nel buon andamento, sembra che il giudice si muova «alla ricerca di distorsioni nell'esercizio concreto della funzione - l'abuso appunto - utilizzando come parametro la propria interpretazione della funzione stessa, nonché delle regole e dei principi che presiedono al suo svolgimento». Non dovendo sussistere la prova dell'accordo illecito (a differenza che nella corruzione), «finiscono per essere sussunti nella fattispecie anche episodi di esercizio della funzione amministrativa nei quali l'amministratore ha soltanto interpretato ed esercitato la propria funzione in buona fede, senza alcuna intenzione di distorcerla per arrecare a chichessia un qualche vantaggio». Pertanto, esso si presta a sanzionare condotte amministrative che il giudice penale «non condivide in quanto tali», cosicché si presenta con particolare intensità «il rischio di interferenza del processo penale sull'azione amministrativa».

In termini generali, sul problema del rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione cfr. T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969; R. BAIANO, *La tutela penale del governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 1980; B. CARAVITA DI TORRITTO, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *Quaderni C.S.M.*, gennaio 1991, p. 50; U. FRAGOLA, *L'atto amministrativo e il diritto penale*, in *L'amm. it.*, 1996, p. 696; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giudice penale*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 663; L. PALADIN, *Problemi, esperienze e rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1979, p. 457; R. VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del g.o.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1135; Id., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, ivi, 1964, p. 1135.

⁸ In particolare, l'art. 21 del d.l. 76/2020 cit., da un lato, aggiunge nell'ambito della prova del dolo del funzionario anche la «dimostrazione della volontà dell'evento dannoso» e, dall'altro, individua un regime temporale transitorio (attualmente prorogato fino al 31 dicembre 2021) durante il quale nelle ipotesi di condotta attiva (ossia di danni non causati da omissione o inerzia) il funzionario è chiamato a rispondere solo per i danni arrecati con dolo e non ("semplicemente") con colpa grave.

Nella direzione prescelta, non si intende ripercorrere la storia dell'abuso d'ufficio ⁹.

Il diritto positivo, in quanto diritto posto in un determinato periodo, vive di vita propria e dovrebbe ritenersi separato dal diritto "attivo" in periodi trascorsi. In molti casi, però, la disciplina pregressa di un istituto non semplicemente è di aiuto nel comprendere il significato della sua regolamentazione attuale, ma finisce per condizionarne il significato anche *oltre* quello che è desumibile facendo esclusivo riferimento alla normativa esistente.

Tale fenomeno (che spesso ricorre nel diritto amministrativo) connota anche il reato di abuso d'ufficio: le prime sentenze che hanno fatto applicazione della ultima versione dell'art. 323 c.p. sembrano infatti riflettere gli orientamenti della precedente giurisprudenza sul tema.

È necessario quindi accertare se l'ordine di idee seguito dai giudici sia il risultato di una sorta di inerzia interpretativa o se possa (e in quale modo) considerarsi aderente alla nuova formulazione della fattispecie penale.

La "penultima" riforma dell'abuso d'ufficio (realizzata dalla legge 16 luglio 1997, n. 234) aveva già sostituito la generica formula «abusa del suo ufficio» (di cui alla formulazione ancora precedente) con quella relativamente più specifica di «violazione di norme di legge o regolamento», necessaria (in alternativa alla violazione di un obbligo di astensione) perché il delitto potesse ritenersi integrato.

L'intento della modifica (secondo quanto emerso dai lavori parlamentari) era stato sottrarre la discrezionalità amministrativa al controllo del giudice penale attraverso un mezzo (apparentemente) semplice: ancorare il suo giudizio alla legalità intesa in senso formale e precludergli il sindacato sull'eccesso di potere ¹⁰, vizio "naturale" ed esclusivo del provvedimento discrezionale ¹¹.

Tuttavia, nel momento in cui si è rivelato necessario individuare il "tasso di cambio" tra la violazione richiesta dall'art. 323 c.p. e i tre vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, si è affermata rapidamente l'idea che la «violazione di norma di legge o di regolamento» penalmente rilevante non

⁹ Sull'abuso d'ufficio si vedano, *ex plurimis*: C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, Cedam, Padova, 2013, p. 942; M.I. BIANCO, *La configurabilità del delitto di abuso d'ufficio tra obbligo di astensione e conflitto di interessi*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2548; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 255; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 250; M. GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio*, in E. APRILE, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 309; ID., *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2336; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 334; E. INFANTI, *Abuso d'ufficio*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, II, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 2008, p. 318; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio, luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1050; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, Padova, 1998; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 21; M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: «la violazione di norme di legge»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 818; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 232; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 263; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in C. F. GROSSO, M. PELLISSERO, (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 368; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1999; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *St. juris*, 1997, p. 1251; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 39; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio tra diritto penale e diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 262.

¹⁰ Sull'eccesso di potere si vedano, *ex plurimis*, P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 124; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, vol. V, p. 341; ID., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, I agg., Utet, Torino, 2012, p. 1; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2012; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Jovene, Napoli, 2008; M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in AA. VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 433; C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*; F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma, 1989, p. 1; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 173; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, in *Nss. dig. it.*, app. III, Utet, Torino, 1982, p. 221; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Jovene, Napoli, 2012; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, ETS, Pisa, 2013.

¹¹ M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 264. Si veda anche A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 271: il movimento dall'abuso di potere alla violazione del dovere risponde alla necessità che la fattispecie penale si strutturi «nelle forme di una violazione davvero qualificata della legalità amministrativa» così da assicurarle una maggiore determinatezza e segnare un «ragionevole» confine tra pubblica amministrazione e giudice penale.

corrispondesse al *quasi* omologo vizio di legittimità (la violazione di legge) ma fosse idonea ad abbracciare tutti i vizi di competenza, forma, procedura, contenuto, oggetto, suscettibili di emergere rispetto a quanto previsto da norme di legge o regolamento¹².

Certo, questa impostazione non avrebbe implicato di per sé la compatibilità dell'eccesso di potere con la struttura normativa dell'abuso d'ufficio, sia perché quel vizio è nato nel diritto amministrativo proprio per assegnare rilevanza (ai fini dell'annullamento dell'atto) a regole (originariamente) non scritte, sia (e soprattutto) perché la sua vaghezza ed elasticità avrebbero rischiato di rendere altrettanto vaghi ed elastici i contorni dell'incriminazione penale, in contrasto con il principio costituzionale di precisione¹³.

Nondimeno, a dispetto di qualche iniziale oscillazione¹⁴, la giurisprudenza si è assestata nel ritenere che anche l'eccesso di potere (*rectius*, la violazione delle regole che sul piano dell'invalidità del provvedimento danno luogo a eccesso di potere) sia idoneo a integrare la condotta penalmente sanzionata con l'abuso d'ufficio¹⁵.

L'esempio classico è quello del dirigente che per favorire o discriminare un funzionario ha adottato soluzioni organizzative in apparenza conformi a legge, ma nella sostanza dettate dall'intento di "premiare" qualcuno o "punire" qualcun altro: se la condotta dovesse essere riguardata solamente sotto il profilo della stretta legalità formale, probabilmente l'atto sarebbe immune da censura, se invece al giudice penale si riconoscesse il potere di sindacare il motivo che ha indotto quel dirigente a conferire posizioni di vantaggio al proprio favorito ovvero a emarginare il dipendente scomodo, il risultato processuale potrebbe essere del tutto opposto¹⁶.

La ricostruzione muoveva dalla premessa che anche l'eccesso di potere costituisca una violazione di legge.

Ciò si è affermato *de plano* con riguardo allo sviamento di potere.

Sull'assunto che la funzione amministrativa rappresenti un potere attribuito in vista di uno scopo (pubblico), che del potere costituisce la «causa intrinseca di legalità», si ha violazione di (norme di) legge anche qualora la condotta non si sia conformata al presupposto primo dal quale trae origine il potere stesso: pertanto «il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge, e quindi per uno scopo personale ed egoistico, e comunque estraneo alla pubblica amministrazione, si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta nella sua oggettività un'offesa dell'interesse tutelato»¹⁷.

¹² A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 292. Nello stesso senso, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 942; E. INFANTI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 318; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 281.

¹³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 250. Ancora, è stato sostenuto che l'eccesso di potere sia associato a «norme di indirizzo dai contorni del tutto generici o programmatici» e soprattutto «incapaci d'offrire riferimenti utili a valutare quale azione, in concreto, tra le tante possibili, sia doverosa»: tali norme non sono violabili (nel senso previsto dall'art. 323 cit.) «perché non sono in grado di indirizzare, di per sé sole, l'operato amministrativo», A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 285. Si vedano anche A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 113; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 360.

¹⁴ Cass. pen., VI, 16 dicembre 2002, n. 1761; Id., 1 dicembre 2000, n. 12556; Cass. pen., VI, 17 dicembre 1998, n. 4075; Id., 4 dicembre 1998, n. 12793; Id., 28 novembre 1997, n. 4544; Id., 10 novembre 1997, n. 1163; Cass. pen., III, 1 settembre 1999, n. 11831.

¹⁵ Cass. pen., VI, 131 marzo 2015, n. 25944; Id., 13 maggio 2014, n. 36125; Id., 3 marzo 2014, n. 32237. In dottrina cfr. A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 107; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997, n. 234*, cit., p. 834; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 334.

¹⁶ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013.

¹⁷ M. GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 309. In giurisprudenza si vedano Cass. pen., VI, 13 aprile 2018, n. 19519 (ipotesi in cui il sindaco di un Comune aveva disposto la revoca dell'incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidato in una lista contrapposta, apparentemente giustificando tale scelta con esigenze di contenimento della spesa, ma senza che fosse stata previamente deliberata una diversa organizzazione degli uffici); Cass. pen., VI, 18 ottobre 2010, n. 43789 (fattispecie relativa al rinvio strumentale dell'adunanza del Consiglio comunale allo scopo di impedire l'insediamento di tre consiglieri dichiarati eletti a seguito di sentenza del giudice amministrativo e di consentire la abusiva permanenza nello stesso Consiglio di quelli sostituiti). Nello stesso senso: Cass. pen., s.u., 29 settembre 2011, n. 155; Cass. pen., II, 5 maggio 2015, n. 23019; Cass. pen., III, 15 dicembre 2016, n. 7161; Cass. pen., VI, 2 aprile 2015, n. 27816; Id., 31 marzo 2015, n. 25944; Id., 10 dicembre 2012, n. 1229; Id., 16 ottobre 2012, n. 42182; Id., 11 marzo 2005, n. 12196; Id., 19 maggio 2004, n. 28389; Id., 5 luglio 2011, n. 35597.

Si ammette che il presupposto da cui trae origine l'attribuzione del potere possa anche ricavarsi da norme generali o di principio: così, Cass. pen., VI, 9 febbraio 1998, n. 5820, che ha ravvisato il reato *de quo* nella condotta di un assessore il quale, essendogli stata contestata l'infrazione stradale di parcheggio abusivo, aveva inviato al sindaco ed alla giunta del comune una missiva con la quale si lamentava della condotta "irrispettosa" del comandante dei vigili urbani, censurava il funzionario sotto il profilo professionale e chiedeva l'adozione di provvedimenti disciplinari a suo carico. Ulteriormente, al fine di conferire alla condotta una maggiore afferrabilità, il giudice penale è talora indotto a evidenziare come la condotta penalmente illecita debba oltrepassare comunque «ogni possibile opzione» attribuita al funzionario per la realizzazione di tale fine: Cass. pen., VI, 25 settembre 2009, n. 41402; Id. 18 ottobre 2006, n. 38965.

È stato più complesso riconoscere rilevanza, rispetto alla sussistenza dell'elemento materiale del reato, alle figure sintomatiche.

Il problema è stato per lo più scomposto dalla giurisprudenza in due diverse questioni attinenti, rispettivamente, alla violazione di norme di principio e alla violazione di altre regole riferibili al procedimento o al provvedimento adottato.

Per quanto riguarda le prime, l'attenzione della giurisprudenza è stata polarizzata dai principi costituzionali di cui all'art. 97.

Nonostante inizialmente la Cassazione avesse adottato una posizione di netta chiusura riesumando l'idea della portata meramente programmatica e non precettiva dell'indicata norma costituzionale¹⁸, ha prevalso un orientamento di segno opposto volto a riconoscere rilevanza anche alle norme di principio: il requisito della violazione di norme di legge è riscontrabile anche nella *sola* inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della p.a., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi e impone al funzionario una precisa regola di comportamento di immediata applicazione¹⁹.

Per quanto attiene, invece, alla violazione delle altre regole, il giudice penale le ha progressivamente considerate rilevanti in ragione della loro idoneità a influenzare la scelta dell'amministrazione²⁰.

Ciò vale in particolare per il difetto di istruttoria: l'inosservanza da parte dell'amministratore pubblico del dovere di compiere una istruttoria viola la legge, poiché incide «direttamente sulla fase decisoria in cui i diversi interessi, pubblici e privati, devono essere ponderati»²¹.

¹⁸ Il nesso di derivazione causale tra la violazione della norma e l'evento costitutivo dell'ingiusto vantaggio o danno può determinarsi solo con riferimento a norme «che siano dotate di specifico contenuto precettivo, la cui inosservanza vada a incidere su posizioni soggettive "sostanziali" (o finali), con esclusione, per converso, dei casi in cui l'inosservanza abbia a oggetto norme meramente programmatiche (come quella dettata dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità della p.a.), ovvero norme procedurali destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento, senza incidere in modo diretto o mediato sulla c.d. fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali oggetto di valutazione amministrativa»: Cass. pen., II, 4 dicembre 1997, n. 877. Cfr. anche Cass. pen., VI, 11 ottobre 2005, n. 12769; Id., 30 settembre 1998, n. 12238; 10 aprile 2007, n. 22702; Id., 8 maggio 2003, n. 35108.

¹⁹ Cass. pen., VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Id., 12 giugno 2018, n. 49549; Id., 2 aprile 2015, n. 27186; Id., 12 giugno 2014, n. 38257; Id., 30 gennaio 2013, n. 12370; Id., 14 giugno 2012, n. 41215; Id., 17 febbraio 2011, n. 27453; Id., 12 febbraio 2008, n. 25162. In alcune sentenze, peraltro, si ricercano agganci normativi al principio di imparzialità ulteriori rispetto all'art. 97 Cost., si veda Cass. pen., VI, 12 giugno 2012, n. 25189: in tema di abuso di ufficio, per gli amministratori degli enti locali il dovere di imparzialità trae fondamento, oltre che, in via generale, dall'art. 97 Cost., anche dall'art. 78 del d.lgs. n. 267 del 2000, per cui la sua inosservanza integra il requisito della violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità del reato.

²⁰ Anche parte della dottrina ritiene che le norme di legge a carattere meramente procedimentale possano rientrare nell'ambito dell'incriminazione di cui all'art. 323, evidenziando che (eventuali) «istanze antiformalistiche» restano comunque ben garantite dal predicato dell'evento naturalistico del reato: l'ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto che consente di evitare «in assenza di fatti offensivi la configurazione del reato *de quo*»: M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p. 281. Si vedano anche C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 75 A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, cit., p. 55.

²¹ Cass. pen., VI, 14 giugno 2007, n. 37531. Nello stesso senso Cass. pen., VI, 14 giugno 2007, n. 37531; Id., 4 novembre 2004, n. 69. Similmente Cass. pen., VI, 7 aprile 2005, n. 18149, con la precisazione che la violazione deve incidere in modo diretto e immediato sulla decisione. Cfr. anche Cass. pen., 15 dicembre 1997, n. 11520, che riconosce rilevanza al mancato rispetto delle regole del procedimento sotto il profilo della «mancata osservanza dell'ordine necessario di successione degli atti». Sulla rilevanza di un parere non vincolante vedasi Cass. pen., 17 ottobre 2001, n. 37410.

Si segnala una isolata pronuncia nella quale la rilevanza delle regole procedurali è filtrata dall'art. 2043 c.c.: «qualora il delitto di abuso d'ufficio si sostanzia nell'arrecare ad altri un danno ingiusto, non rileva soltanto la violazione di norme che fanno espresso divieto di un determinato atto o comportamento, ma anche le norme che, pur dettando regole procedurali integrano, se vulnerate, le condizioni per la riparazione del danno ingiustamente sofferto ex art. 2043 c.c., secondo la più recente interpretazione delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione», Cass. pen., V, 24 febbraio 2000, n. 4881.

In dottrina è stato evidenziato come sul versante penale la rilevanza di alcune figure sintomatiche possa essere recuperata costruendole *sub specie* di falsa applicazione di legge: G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riferimento alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in AA.VV., *Corte dei conti riformata e prospettive istituzionali*, Maggioli, Rimini, 1998, p. 101, con particolare riguardo al travisamento dei fatti e al difetto del presupposto. Altrove, tali figure sono state ricondotte alla violazione di specifiche disposizioni di legge: V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, p. 391; A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. proc. pen.*, 1997, p. 1399. Si veda anche M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 263: in linea di principio l'eccesso di potere non rientra nel fatto tipico, ma può rilevare nei «numerosi casi in cui l'esercizio del potere discrezionale sia in concreto regolato da norme».

Nella stessa ottica è stata considerata la violazione dell'obbligo di motivazione, che equivale alla mancanza di «profili contenutistici essenziali» collegati al percorso decisionale seguito dall'amministrazione²².

Questo atteggiamento interpretativo, però, ha condotto talora ad affermazioni assai generiche, nelle quali all'interno della condotta vengono recuperate una molteplicità di ipotesi non sempre riferibili a violazioni di regole specifiche: la prova della compartecipazione criminosa «può essere dedotta da uno o più indicatori sintomatici come la macroscopica violazione di legge, la comunanza di interessi tra i soggetti coinvolti, la competenza di ciascuno di essi rispetto all'oggetto della deliberazione, la motivazione dell'atto, la manifestazione o meno di un dissenso e il rapporto con i destinatari del provvedimento»²³, senza che risulti sempre del tutto chiaro quali siano le forme di "macroscopica illegittimità" capaci, a prescindere dalla corrispondenza con un dato normativo espresso, di segnare il superamento della liceità penale²⁴.

3. *Segue. Discrezionalità e abuso d'ufficio nel diritto vivente: profili critici*

Il modo, appena descritto, in cui il giudice penale ha "trattato" la discrezionalità amministrativa in relazione all'abuso d'ufficio ha in parte vanificato il tentativo del legislatore del 1997 di rendere la fattispecie più aderente ai principi di certezza del diritto e di determinatezza della fattispecie.

Innanzitutto, è discutibile l'oscillazione relativa al rapporto "astratto" tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere: la parziale coesistenza di due diversi orientamenti sul punto, uno escludente e uno inclusivo, rende in sé difficile prevedere quali possano essere le conseguenze penali dell'azione amministrativa.

L'attitudine del giudice continua a generare un senso di insicurezza anche se l'eccesso di potere viene utilizzato in modo più "concreto" attraverso la prospettata distinzione tra sviamento, norme di principio, regole sul procedimento.

Per quanto attiene allo sviamento, la qualificazione della condotta resta perplessa laddove la scelta del funzionario non sia "del tutto" incompatibile con il fine pubblico che sorregge l'attribuzione del potere.

Con riferimento alle altre ipotesi, sembra che le violazioni delle norme di principio o procedurali non abbiano mai un rilievo "assoluto" o "decisivo", poiché il giudice si sente chiamato a verificare di volta in volta la loro idoneità a incidere sul processo decisionale dell'amministrazione.

Tuttavia, in presenza di un potere amministrativo discrezionale, non è possibile (o non è sempre possibile) verificare le conseguenze della violazione rispetto alla decisione finale (e questo senza scomodare l'ulteriore profilo, di rilevanza esclusivamente penalistica, attinente al nesso di causalità tra condotta ed evento). In altri termini, la discrezionalità amministrativa esige di per sé che le regole che la delimitano siano rispettate: perché se la loro rilevanza fosse mediata dal "procedimento decisionale", sarebbe la decisione finale appunto a essere sindacata (e non il rispetto della regola) in contrasto con l'assunto di partenza che vuole che l'epicentro della discrezionalità (il merito) sia insindacabile.

4. *La riforma del 2020: alla ricerca della determinatezza penale e dell'efficienza amministrativa smarrite*

La sensazione che l'indicato deficit di determinatezza sia imputabile alla tecnica normativa con cui è stato redatto l'art. 323 c.p. (tanto che periodicamente ne viene proposta la definitiva espunzione dall'ordinamento penale²⁵) piuttosto che alla sua interpretazione come formata nel diritto vivente, ha condotto a una rinnovata versione dell'abuso d'ufficio.

²² L'espressione è di A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 292. In giurisprudenza si vedano Cass. pen., VI, 27 ottobre 1999, n. 13; Id., 5 aprile 2013, n. 21976: «la violazione di legge può consistere nell'adozione di un atto amministrativo caratterizzato da una motivazione di mero stile, attraverso l'impiego di locuzioni che costituiscano una consapevole "non motivazione"». Cfr. anche Cass. pen., VI, 19 novembre 1999, n. 13341.

²³ Cass. pen., VI, 17 gennaio 2014, n. 10810.

²⁴ Cfr. S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 2019, f.1: l'illegittimità è da considerare macroscopica quando, «a seguito di una rigorosa verifica della possibile conformità dell'atto agli interessi pubblicistici, si finisca con l'escludere una qualsiasi compatibilità con questi ultimi, risultando che la "unica" ragione del compimento dell'atto sia il perseguimento di interessi privati». La categoria della illegittimità macroscopica è ampiamente utilizzata dalla giurisprudenza penale anche per stabilire i limiti della disapplicazione dell'atto amministrativo: cfr. Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3; Cass., Sez. IV, 20 luglio 2017, n. 38610; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423.

²⁵ B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *www.ilpenalista.it*, 2020; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A. CASTALDO (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 13.

La riforma (come emerge nitidamente dai comunicati ufficiali che la hanno accompagnata e dai primi commenti) non è stata direttamente ispirata dalla necessità di rendere l'abuso d'ufficio più conforme ai principi fondamentali del diritto penale. Non si può tacere, peraltro, che tale finalità non sarebbe stata sufficiente a integrare i requisiti di «straordinaria necessità e urgenza» che soli giustificano il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma avrebbe richiesto quella accurata ponderazione che è propria del procedimento legislativo ordinario o, al più, della decretazione legislativa.

L'obiettivo è stato, piuttosto, circoscrivere l'area dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante al fine ultimo di «di rasserenare funzionari e amministratori pubblici, chiamati a 'darsi da fare' per facilitare la ripresa del paese» anche in relazione all'emergenza sanitaria²⁶, liberandoli così «dalle ambascie che ogni scelta discrezionale, compiuta nell'esercizio del potere corrispondente all'esercizio delle loro funzioni, provocherebbe loro, in quanto connessa alla minacciosa prospettiva di un'indagine penale e di una successiva incriminazione»²⁷.

In questa prospettiva, la condotta sanzionata dall'art. 323 viene "accorciata", espungendo la violazione di norme di rango regolamentare, e precisata, limitando le disposizioni suscettibili di essere violate a quelle contenute in fonti di rango legislativo dalla cui applicazione non residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità.

Tuttavia, la nozione di "discrezionalità residua" non è del tutto univoca. La discrezionalità amministrativa, infatti, può mancare non solo quando la norma ha espressamente costruito la fattispecie come vincolata, ma anche quando (in modo parimenti espresso) essa contempla presupposti e requisiti la cui mancanza esaurisce la discrezionalità, nel senso che non lascia spazio a quel potere di scelta che della discrezionalità costituisce il *proprium*.

Su questo aspetto si tornerà tra un momento.

È da rilevare, a conferma della non univocità della dizione legislativa, che mentre secondo una parte della dottrina si sarebbe prodotta una parziale *abolitio criminis* che riguarda tutte le violazioni di regolamenti e quelle di leggi non più corrispondenti ai nuovi parametri²⁸, altri Autori hanno mantenuto un atteggiamento più critico²⁹, che si spinge a considerare la riforma «inutile» nella misura in cui gli abusi più offensivi rispetto al buon andamento e all'imparzialità della p.a. continuerebbero a nascondersi proprio dietro l'uso improprio del potere discrezionale³⁰.

Da qui è stata preconizzata la formazione di un diritto vivente che si muove in una direzione opposta rispetto a quella prefigurata dal legislatore e in buona sostanza analogo al precedente³¹.

5. La prima giurisprudenza applicativa del "nuovo" art. 323 c.p.

5.1. L'abuso per omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto

È decisivo, dunque, analizzare le prime pronunce che del nuovo abuso d'ufficio hanno dato applicazione.

²⁶ G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge)*, in www.sistema.penale.it, 2020.

²⁷ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2020. Sul collegamento tra la novella in esame e l'emergenza pandemica si vedano anche A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 2020; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit.

²⁸ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit. Cfr. anche A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2020: sussiste «*abolitio criminis* con riferimento alla violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità, dal momento che la penale rilevanza di queste forme di condotta non può sopravvivere alla luce della condotta omissiva dell'art. 323 C.p., pena la violazione del divieto di analogia».

²⁹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., secondo cui «l'idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza» nel senso che finirebbe per attribuire pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale. Si veda anche G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit.

³⁰ A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2020. Similmente, M. GAMBARDILLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 493: «il binomio è indissolubile: abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme (*simul stabunt vel simul cadent*). Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale: ne rappresenta l'essenza».

³¹ M. GAMBARDILLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 493.

Se ne individuano tre, che affrontano profili distinti e saranno considerate in ordine cronologico, anche per la ragione che è solo la più recente a occuparsi direttamente del rapporto tra abuso d'ufficio e potere amministrativo discrezionale.

La prima sentenza (Cass. pen. sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174) riguarda la "sottospecie" di abuso riferita alla violazione dell'obbligo di astensione, rispetto alla quale la modifica normativa non ha prodotto alcun effetto: l'origine di tale obbligo risiede nello stesso art. 323 c.p. e, pertanto, non è «pertinente» la limitazione alle fonti di grado legislativo, poiché rileva la «violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale» (salvo il rinvio, e solo per casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra penali che prescrivano un obbligo di astensione).

Trova conferma (nel silenzio del legislatore) il pregresso orientamento secondo cui l'abuso per conflitto di interessi non presuppone una specifica regola di condotta prevista dalla legge, poiché è direttamente l'art. 323 c.p. a introdurre, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti, con la conseguenza che l'inosservanza di tale dovere in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato «anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente»³².

Questa ipotesi (apparentemente scevra da nuovi problemi interpretativi) è particolarmente interessante "di riflesso" perché, ad avviso di alcuni Autori, potrebbe consentire di recuperare in via residuale le regole di condotta caratterizzate da margini più o meno ampi di opinabilità³³: continuerebbe a sussistere «invariata, una fattispecie di abuso consistente nel procurare l'evento ingiusto omettendo di astenersi rispetto a un atto o a un'attività che, ovviamente, possono essere meramente discrezionali; anzi, *debbono* essere discrezionali, perché, se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l'obbligo risulterebbe privo di senso», dal momento che sarebbe assurdo che un amministratore dovesse essere tenuto a non rilasciare a un congiunto un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque si trovi nelle stesse condizioni³⁴.

Tale estensione, tuttavia, non può ritenersi pacifica.

Da un lato perché è difficile ammettere che il sindacato sulla discrezionalità amministrativa sia precluso (o limitato) se l'abuso si è realizzato mediante una condotta attiva e si debba ritenere invece possibile nell'ipotesi di condotta omissiva³⁵. Dall'altro, perché l'obbligo di astensione non si collega al compimento di una scelta tra interessi, ma rileva prima e (quindi) a prescindere da tale decisione e dai margini di discrezionalità eventualmente implicati³⁶.

In altri termini, una dilatazione dell'abuso per omessa astensione rischierebbe di fare rientrare dalla finestra quello che (apparentemente o in parte) è uscito dalla porta, testimoniando – in ogni caso – il perdurante disagio ermeneutico legato all'abuso d'ufficio.

5.2. L'abuso d'ufficio e la violazione di norme regolamentari

La seconda sentenza (Cassazione pen., sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834), con riferimento al rilascio del permesso di costruire in violazione degli strumenti urbanistici, si occupa della irrilevanza (nel nuovo testo dell'art. 323 c.p.) della violazione di norme di rango regolamentare.

La Cassazione muove dalla premessa che l'abuso d'ufficio può essere integrato solo dalla violazione di regole di condotta espressamente previste da fonti di rango primario³⁷.

³² M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 493. In giurisprudenza si veda, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. IV, 15 marzo 2013, n. 14457.

³³ G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit.

³⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

³⁵ A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit. Si veda anche T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

³⁶ A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit.

³⁷ Sulla irragionevole esclusione dei regolamenti «dal novero delle fonti normative la cui inosservanza può dar luogo all'abuso d'ufficio», poiché proprio attraverso tali atti (spesso frutto di processi di delegificazione), si rinvengono «regole di condotta espresse e specifiche, relative alla funzione o al servizio esercitato in una determinata amministrazione pubblica e, pertanto, più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori» si veda G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit. Cfr. anche A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit.; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.

Nondimeno, essa conferma l'orientamento secondo cui il requisito della violazione di legge, necessario ai fini della configurabilità del reato in esame, è integrato anche dalla difformità dalle previsioni urbanistiche, dai regolamenti edilizi e dalla disciplina urbanistica che il dirigente è tenuto a rispettare (per la ragione che il permesso di costruire, ai sensi dell'art. 12 D.P.R. n. 380 del 2001, per essere legittimo, deve conformarsi a tutte le suddette prescrizioni). Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispettare il piano regolatore e e gli altri strumenti urbanistici integra una violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato.

A sostegno di ciò, la Corte aggiunge che piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti (che nel mutato quadro normativo si collocano al di fuori dalla fattispecie di abuso), ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità all'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica.

Senza affrontare il tema della distinzione tra regolamenti e atti generali³⁸, deve rilevarsi che il ragionamento della Cassazione suscita (di nuovo) alcune perplessità. Se esso poggia sulla circostanza che la violazione degli strumenti urbanistici sia sufficiente a integrare l'abuso d'ufficio per la ragione che tali strumenti integrano il paradigma di legittimità del permesso di costruire, ciò non dipende dalla circostanza che si tratta di atti generali (anziché regolamentari) ma per effetto del richiamo contenuto nel testo unico delle disposizioni in materia edilizia.

È senz'altro possibile affermare (ed è senz'altro l'interpretazione più aderente alla lettera della norma) che, nel nuovo testo dell'art. 323 c.p., non ci sia *tout court* spazio per la violazione di norme che non siano espressamente contenute in fonti di rango primario.

Ma, qualora si accetti l'ipotesi che la legge possa rimandare anche ad atti diversi per fissare i parametri di legittimità dei provvedimenti amministrativi, non sembra potersi sostenere che ciò debba valere solo in presenza di atti amministrativi generali e non anche di regolamenti.

I regolamenti sono ugualmente (e usualmente) passibili di un rinvio a opera della legge. Di più, sono atti formalmente amministrativi che *aggiungono* al carattere della generalità quello dell'astrattezza; e, anzi, il loro carattere sostanzialmente normativo li rende assai più vicini alle fonti legislative di quanto non siano gli atti amministrativi generali.

La "disparità di trattamento" tra violazione di regole contenute in atti generali e in regolamenti rispetto alla configurabilità del delitto di abuso d'ufficio, insomma, è priva di giustificazione e appare come il tentativo di conciliare non senza forzature il vecchio (orientamento) con il nuovo (testo dell'art. 323 c.p.)³⁹.

5.3 Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa

La terza sentenza (Cassazione pen., sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 442) affronta il principale dei problemi posti dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p.: la configurabilità del reato in presenza di un potere amministrativo discrezionale ovvero, vista da un'altra angolatura, il rapporto tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere.

La Corte (che continua a ravvisare il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p. nel buon andamento e nell'imparzialità, quali «valori fondanti dell'azione della pubblica amministrazione») muove dal rilievo che i nuovi elementi di fattispecie oggetto della violazione penalmente rilevante sono costituiti non più dalla

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, p. 124; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti amministrativi*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 13; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 217; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 60; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 63; M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 491; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 82.

³⁹ Incidentalmente si osserva poi che, durante la vigenza del "vecchio" art. 323 c.p., si riteneva rientrassero nella nozione di regolamento solo gli atti che hanno il carattere formale e il regime giuridico proprio dell'atto fonte: gli atti emessi secondo il modello delineato nella l. 400/1988, e quelli che derivano da ogni altra disposizione di legge con la quale venga conferita una potestà normativa in capo a un ente pubblico: si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., VI, 24 aprile 2001, n. 20282; Id., 18 dicembre 2013, n. 3745; Id., 16 ottobre 2012, n. 43476; Id., 17 marzo 2009, n. 26175; Id., 20 febbraio 2003, n. 34049; Id., 3 ottobre 2000, n. 11933. Per converso, la giurisprudenza affermava che non fossero rilevanti rispetto alla condotta prevista dall'art. 323 c.p. (tra gli altri atti, anche) i bandi di concorso *in quanto atti generali*: Cass. pen. VI, 17 giugno 2015, n. 27823; Id., 26 maggio 2009, n. 24480; Cass. pen., III, 19 ottobre 1999, n. 13795. Diversa, ovviamente, era la questione relativa alla condotta relativa alla formulazione del bando, su cui cfr. Cass. pen., VI, 17 novembre 2009, n. 4979.

indeterminata violazione «di norme di legge o di regolamento», ma dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, nè eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Da qui deriva «il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto».

Tuttavia, ad avviso della Cassazione, non è la mera esistenza di un potere amministrativo discrezionale a escludere la responsabilità penale per abuso d'ufficio, dovendosi comunque distinguere due diversi ordini di limiti.

È sottratto al giudice penale l'apprezzamento in ordine alla inosservanza (oltre che delle fonti normative di tipo subprimario o regolamentare) dei principi generali e del «cattivo uso» della discrezionalità, inteso come violazione dei «limiti interni nelle modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa».

Viceversa, mantiene rilevanza penale *ex art. 323* (e resta quindi rilevabile dal giudice) l'esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria «distorsione funzionale dai fini pubblici», formula che abbraccia lo sviamento di potere e la «violazione dei limiti esterni della discrezionalità», laddove risultino perseguiti «interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito».

6. I limiti al potere discrezionale e l'importanza delle parole (giuridiche)

Leggendo questa ultima sentenza con le lenti di un amministrativista si avverte l'impressione che la Cassazione non usi le parole migliori per rappresentare un certo fenomeno e, anzi, nello scegliere gli istituti a cui ancorare l'abuso d'ufficio recuperi un ordine di idee che dovrebbe oggi dirsi superato (almeno in gran parte) e che è anzi suscettibile di incrinare nuovamente la determinatezza della fattispecie penale e l'efficienza (*sub specie* di serenità) dell'amministrazione.

In particolare, la distinzione tra limiti interni e limiti esterni della discrezionalità non è in sé rilevante, e rischia di confondere l'interprete (o l'operatore del diritto) e riportare in auge categorie ormai obsolete come la contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione⁴⁰.

La discrezionalità⁴¹, nel nostro sistema costituzionale e istituzionale, non è un *prius* rispetto alla legge, ma ne è un prodotto: per questa ragione la disciplina che la delimita e che si traduce in regole di condotta opera come *limite giuridico* senza che abbia alcuna utilità distinguere tra limiti interni e limiti esterni⁴².

In altri termini, muovendo dalla premessa che dalle regole di condotta scaturiscano obblighi di comportamento, il potere amministrativo in una prospettiva giuridica non rileva perché (eventualmente) discrezionale, ma perché è delimitato.

⁴⁰ Si veda, per esempio, l'utilizzo che ne viene fatto in A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., p. 278: «nei limitati casi in cui si contesti la violazione di *norme sostanziali* o "di relazione", come tali destinate a regolare i profili vincolati della decisione amministrativa, si è proposto un metodo di accertamento della "condizionabilità abusiva" sostanzialmente basato sullo "scopo della norma violata", volto cioè all'individuazione di un nesso di corrispondenza tipica tra inosservanza ed evento valutabile già sul piano della formulazione astratta della norma violata. Viceversa, nei più frequenti casi in cui si imputi al pubblico agente la violazione di *norme strumentali* o "di azione" (norme procedurali, norme sulla competenza), potenzialmente capaci di condizionare negativamente l'esito sostanziale della procedura, si è suggerito di adottare una regola di giudizio basata sulla rilevanza impeditiva ipoteticamente attribuita al "comportamento alternativo legittimo", misurando» in base alle circostanze concrete presenti nella singola vicenda da giudicare, il potere che *di fatto* la condotta conforme al dovere era in grado di spiegare. Il risultato lesivo non può essere considerato ingiusto (cioè penalmente rilevante) se la specifica violazione normativa addebitata «non risulti almeno potenzialmente idonea ad alterare la valutazione comparativa degli interessi materiali da disciplinare attraverso l'esercizio della funzione».

⁴¹ Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, *ex plurimis*: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 52; E. CASSETTA, *Attività ed atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1957, p. 293; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1960, p. 1098; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1964, p. 65; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988, p. 758; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 85.

⁴² Sul tema si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 63.

La “quantità” di discrezionalità ravvisabile in una data ipotesi consente di individuare uno spazio di scelte (più o meno ampio) riservato all’amministrazione, non regolato da norme giuridiche e per questo giuridicamente non verificabile (il merito), e dunque incide sulla quantità di regole applicabili a una determinata vicenda amministrativa, ma non sulla qualità della prospettiva che resta la medesima.

Ciò premesso in termini generali, esiste poi un profilo ulteriore e diverso che attiene alla tecnica (ancora giuridica) di formulazione della norma, che può condurre a regole di comportamento puntuali o a regole “elastiche” (principi, clausole generali, concetti giuridici indeterminati).

Il carattere elastico (in senso lato) della regola non incide sulla sua precettività, né la sua utilizzazione implica una sostituzione del giudice all’amministrazione nell’esercizio del potere di scelta, ma richiede di essere *intrepretata*, colmata (utilizzando *standard* di comportamento condivisi) analogamente a quanto può accadere in qualsiasi settore del diritto.

Questa rappresentazione (riassuntiva ed elementare) vale a sottolineare come nel diritto amministrativo il potere discrezionale è limitato da una serie di regole diverse, strutturate come principi speciali (per esempio l’imparzialità), come principi comuni anche ad altri settori dell’ordinamento (la ragionevolezza, la proporzionalità, la buona fede...), come regole puntuali relative al procedimento da seguire o ai requisiti sostanziali richiesti per la produzione di un certo effetto. Cambiano i contenuti e il margine interpretativo consentito all’operatore chiamato ad applicarle, può cambiare la loro collocazione nel sistema delle fonti e perfino la loro formulazione che può essere espressamente contenuta in un testo normativo oppure ricavarsi dal “patrimonio giuridico” non scritto che ha progressivamente dato corpo a una parte del diritto amministrativo stesso. Possono cambiare perfino gli effetti della violazione della regola sul versante della validità (nullità, annullabilità, impossibilità di procedere all’annullamento), dell’eventuale riesercizio del potere (effetti conformativi, effetti preclusivi, effetti ordinatori), della responsabilità (risarcitoria, disciplinare, dirigenziale). Ciò che però non cambia è la precettività della norma, strutturabile sempre come regola di comportamento, in quanto tale astrattamente verificabile da qualunque giudice.

Rispetto a questo sistema, il legislatore penale (giusta l’autonomia dei due settori dell’ordinamento, la alterità tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, le peculiarità della funzione sanzionatoria) può individuare quali tra queste regole (o quali tipi di regole) abbiano una rilevanza rispetto alla condotta tipica delle singole fattispecie di reato: può richiedere, insomma, che alcuni delitti possano dirsi integrati solo qualora sia violata una regola testualmente disposta, oppure formulata in modo puntuale (*i.e.* non elastico)⁴³.

Questo è quanto avviene proprio con riferimento all’abuso d’ufficio nella misura in cui il legislatore ha selezionato, tra tutte le regole che disciplinano il potere amministrativo, quelle la cui violazione è necessaria per la integrazione del reato.

7. *Abuso d’ufficio ed eccesso di potere nel vigente articolo 323 c.p.: il richiamo alla discrezionalità “esaurita”*

L’ultima versione dell’art. 323 c.p., appunto, prevede che le regole suscettibili di assumere rilevanza debbano avere tre caratteristiche: siano strutturate come *specifiche* regole di *condotta*, siano *espressamente* previste da fonti di rango *legislativo*, la loro applicazione non lasci al funzionario *alcun margine* di discrezionalità.

Al fine di sciogliere la matassa relativa al rapporto tra eccesso di potere (quale vizio proprio del provvedimento discrezionale) e abuso d’ufficio bisogna dunque verificare quali, tra le regole sulla discrezionalità, soddisfino i requisiti previsti.

Preliminarmente è utile precisare il significato dell’espressione «non residuo margini di discrezionalità».

Se il legislatore avesse voluto limitare l’ambito di operatività dell’abuso di ufficio alle ipotesi di attività amministrativa vincolata (cioè a quelle ipotesi in cui la disposizione che disciplina l’attività amministrativa segue lo schema norma-fatto-effetto, individuando in modo completo e puntuale tutti i requisiti in presenza dei quali *deve necessariamente* prodursi, pur con la intermediazione del provvedimento amministrativo, un

⁴³ C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit.: se i precetti sulla discrezionalità (e altre valutazioni assimilate) sono un normale diritto, non vi è ragione alcuna che il giudice ordinario, quando deve giudicare la legittimità di un provvedimento amministrativo, debba o possa ritenere di incontrare limiti ulteriori rispetto al giudice amministrativo. Naturalmente, questo non esclude che in certi casi il giudice ordinario debba utilizzare una legittimità “limitata”. Ciò però è ammissibile solo in conseguenza della specifica struttura del fenomeno di cui il giudice deve occuparsi, e non per ragioni generali di sistema».

certo effetto giuridico, senza lasciare all'amministrazione alcun potere di tipo valutativo), avrebbe utilizzato un predicato verbale diverso da "residuare": per esempio "escludere".

L'espressione utilizzata, viceversa, non è incompatibile con la previsione di un potere discrezionale ma allude a un fenomeno diverso, nel quale la discrezionalità si è esaurita.

Che la discrezionalità si sia esaurita non vuol dire che l'attività fosse "a monte" vincolata, ma che, appunto, elementi (di fatto o di diritto) la abbiano reso in pratica insussistente: abbiano tolto cioè al funzionario qualunque spazio per l'esercizio del potere discrezionale.

Sono i casi in cui la realtà (la realtà dei fatti o la realtà giuridica, purché emerga in modo univoco) ha eroso i margini di scelta in capo al funzionario: perché, per esempio, la strada non poteva che passare da un certo punto, oppure perché il numero complessivo dei medici a disposizione non era oggettivamente sufficiente a creare un altro reparto.

Questa consumazione della discrezionalità, naturalmente, deve essere verificabile senza necessità che il giudice utilizzi elementi di tipo valutativo⁴⁴, la qual cosa consente di equiparare la discrezionalità esaurita alla attività vincolata.

Se si muove dalla precedenza (e dalla prevalenza) della legge sulla discrezionalità amministrativa⁴⁵, è possibile partire dalla verifica della sussistenza di tutti gli elementi di disciplina stabiliti dalla legge stessa per poi verificare se residui in capo all'amministrazione un ambito per procedere a valutazioni riservate.

Diviene insomma possibile "isolare i vincoli" e ordinare "cronologicamente" i profili vincolati e quelli discrezionali, di modo che l'amministrazione potrà esercitare la propria libertà di scelta solo una volta esauriti i profili (del tutto) vincolati.

Questa possibilità di "scomporre" la nozione di discrezionalità trova peraltro conferma in alcuni istituti del diritto amministrativo.

Si pensi alla disciplina dei vizi formali del provvedimento. Come confermato da quella parte della giurisprudenza che ha ritenuto applicabile la prima parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990 anche in presenza di un potere discrezionale (di modo che il riferimento alla «natura vincolata del provvedimento» equivarrebbe alla sua natura concretamente vincolata), anche il provvedimento discrezionale può essere equiparato, a determinati effetti, all'atto vincolato, per esempio laddove manchino *ex ante* i presupposti per l'esercizio del potere⁴⁶.

E, ancora, l'art. 31 del Codice sul processo amministrativo ammette il sindacato del giudice sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (sia nell'azione avverso il silenzio, sia a seguito dell'impugnazione di un provvedimento di diniego) non solo «quando si tratta di attività vincolata», ma anche quando «risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità» (e sempre che non siano necessari adempimenti istruttori riservati all'amministrazione)⁴⁷.

La circostanza che il legislatore, a determinati effetti, consideri l'attività amministrativa nella quale si è realizzata una consumazione della discrezionalità come una ipotesi (diversa ma) equivalente alla attività vincolata conferma che anche dopo la riforma del 2020 si può configurare un abuso d'ufficio anche in presenza di un potere astrattamente costruito dal legislatore come discrezionale.

⁴⁴ In questa prospettiva non vengono invece in rilievo quelle diverse ipotesi (ugualmente definite di discrezionalità esaurita) nelle quali la consumazione della discrezionalità avviene per effetto di preclusioni maturate all'interno del procedimento amministrativo (ai sensi della disciplina del cd. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241 del 1990) oppure si collega all'effetto conformativo di una eventuale sentenza di annullamento.

⁴⁵ Cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 143.

⁴⁶ Sui cd. vizi formali del provvedimento amministrativo cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali di atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 190; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003. Sulla contrapposizione tra discrezionalità in astratto e in concreto si veda L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 604.

⁴⁷ Si veda A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in C. CUDIA (a cura di) *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Atti del secondo colloquio fiorentino di diritto amministrativo. Firenze, 13 maggio 2019, Giappichelli, Torino, 2020, p. 15: con riferimento alla discrezionalità amministrativa «il limite identificato dal codice non è strutturale, ma è contingente; non è un corollario della norma che prevede e regola l'azione amministrativa, ma dipende dallo svolgimento che in concreto abbia avuto quell'azione amministrativa».

8. Segue. Le regole suscettibili di violazione

A questo punto, è finalmente possibile individuare quali siano le violazioni di regole rilevanti nella fattispecie in esame.

Nessun dubbio sembra esserci con riguardo alla violazione di regole puntualmente ed espressamente contenute in norme di legge, per esempio le disposizioni che stabiliscono i requisiti sostanziali per l'esercizio di un potere. In questo caso, tra l'altro, nessuna differenza è suscettibile di emergere in relazione al carattere vincolato o discrezionale dell'attività amministrativa: in difetto di un presupposto essenziale per l'esercizio del potere, la discrezionalità è *ex ante* esaurita nel senso sopra indicato che il funzionario non "arriva" a effettuare alcuna valutazione (non residuano spazi per l'uso della discrezionalità).

Il discorso è più articolato in riferimento alle regole dirette a limitare l'esercizio di un potere discrezionale e può muovere dalla "classica" scomposizione del vizio di eccesso di potere nel binomio sviamento-figure sintomatiche.

Lo sviamento di potere, con le precisazioni che seguiranno, continua a essere compatibile con la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio.

Tale vizio, infatti, è senz'altro riconducibile alla violazione di legge (la violazione della legge attributiva del potere)⁴⁸. Il vincolo di scopo è stabilito dalla norma e opera quindi come un qualsiasi limite giuridico: richiede che sia riscontrata in sede giudiziale la possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento (e che è il risultato del bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa) all'interesse assunto dalla norma come fine del potere attribuito.

Rileva, insomma, la relazione oggettiva di continenza (la compatibilità) tra due interessi. Non conta (a questi fini) il grado di quella compatibilità, né la valutazione che ha portato la p.a. a individuare l'interesse pubblico concreto (poiché si tratta di profili che non attengono al rispetto di *quella* specifica regola), ma solo che l'atto soddisfi un intento che non può essere riportato alla fattispecie astratta.

Il giudice penale potrà (dovrà) pertanto verificare se l'interesse perseguito in concreto sia suscettibile all'interesse pubblico formale tipizzato dalla norma attributiva del potere: senza possibilità di verificare la maggiore o minore adeguatezza della soluzione prescelta rispetto all'obiettivo da raggiungere, per la ragione che al giudice manca il parametro *giuridico* per effettuare tale valutazione. Con la qual cosa, non si intende sostenere che il carattere non ottimale della scelta debba essere penalmente irrilevante, ma che, eventualmente, integrerà una fattispecie diversa dall'abuso d'ufficio (per esempio, sussistendone i presupposti, la corruzione di cui all'art. 318 c.p.). Analogamente, se il provvedimento soddisfa un interesse privato, si potrà ipotizzare un abuso d'ufficio solo se l'interesse pubblico concreto (nel quale quell'interesse privato è venuto a confluire) non sia affatto riconducibile all'interesse pubblico formale.

Per quanto riguarda le figure sintomatiche, è da farsi una ulteriore distinzione tra quelle che corrispondono alla violazione di regole di carattere puntuale e quelle che rappresentano il contraltare, sul versante della validità dell'atto, di regole strutturate come principi o clausole generali.

Con riferimento alle prime, progressivamente una serie di disposizioni hanno già scritto, o trascritto, una parte di quelle regole che in passato erano state enucleate come figure sintomatiche⁴⁹.

Così alcune ipotesi (per esempio, la carenza di motivazione, la disparità di trattamento, il difetto di istruttoria, la mancata predeterminazione di parametri obbligatori, il travisamento dei fatti) possono essere costruite come direttamente come violazione di norme di condotta a contenuto puntuale (semplificando, la legge n. 241 del 1990)⁵⁰ che operano nello stesso modo degli atti legislativi che disciplinano i requisiti di forma e sostanza relativi all'esercizio dei singoli poteri attribuiti.

⁴⁸ Si vedano E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit., p. 348; M. GALDI, *Imparzialità, buon andamento e discrezionalità amministrativa*, Jovene, Napoli, 1996, p. 161; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/90*, cit., p. 173; F.G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1990, p. 171.

⁴⁹ Cfr. C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit..

⁵⁰ Sul punto si veda C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit. Cfr. pure G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Cedam, Padova, 2016, p. 172: la categoria dell'eccesso di potere come «fattore di qualificazione delle innumerevoli figure che vi sono comprese» risulta «davvero poco significativa» e il conservarla risulta «poco più che un omaggio alla tradizione storica del diritto amministrativo come del resto si può dire della intera tripartizione legale dei vizi del provvedimento». Similmente M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, p. 222: le figure sintomatiche hanno uno «statuto incerto» e potrebbero essere considerate, più semplicemente, come «figure retoriche ormai convenzionalmente accettate nella pratica argomentativa giudiziaria».

Si tratta di violazioni che soddisfano quanto richiesto dal vigente art. 323 c.p. perché hanno un espresso fondamento legislativo e rilevano di per sé, nel senso che il giudice non valuta l'incidenza della loro violazione rispetto al contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo: in questo senso può dirsi che la loro rilevanza (la loro capacità di limitare il potere) si colloca in un momento indipendente dall'esercizio della discrezionalità.

La circostanza che si tratti di regole "puntuali" (oltre che testualmente stabilite in modo espresso) in qualche modo le emancipa dal profilo strettamente decisorio: i margini di discrezionalità *non* residuano perché il difetto di un requisito formale/procedurale o sostanziale rileva di per sé, a prescindere dalla attività ponderativa in senso proprio.

Diversamente deve dirsi per le figure sintomatiche corrispondenti alla violazione di regole strutturate come principi o clausole generali (l'imparzialità, la proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede...).

In verità, molte di quelle regole hanno un fondamento normativo espresso (gli articoli 3 e 97 della Costituzione, di cui non è possibile mettere in dubbio la precettività, o l'art. 1175 c.c.).

Inoltre quelle regole, pur formulate in modo elastico, possono comunque essere costruite come regole di comportamento (di condotta, per riprendere la terminologia penalistica) che vincolano il funzionario e sono pertanto (teoricamente) verificabili dal giudice penale. Il timore che il giudice si sostituisca all'amministrazione nell'esercizio del suo potere di scelta "invadendo" il merito amministrativo può essere fugato ove l'indeterminatezza della regola sia colmata dal giudice stesso ricorrendo a *standard* di comportamento comunemente condivisi, "neutri", e che rimangono pertanto nell'ambito di una verifica di stretto diritto⁵¹. In altri termini, anche il giudice penale può utilizzare norme elastiche purché queste non subiscano una indefinita dilatazione ma siano mantenute all'interno di un processo di tipo interpretativo (aderente ai significati minimi ed essenziali che rientrano con certezza nell'alveo coperto dal precetto) e non valutativo.

Ciò che esclude la rilevanza penale dei precetti in esame alla luce della nuova configurazione dell'abuso d'ufficio quindi non è la mancanza di fondamento normativo espresso, né l'impossibilità di far sorgere in loro corrispondenza obblighi di condotta in capo al funzionario.

Quello che manca è invece il requisito della "specificità", parimenti prescritto dall'art. 323 c.p. Qui è d'aiuto il confronto con le precedenti versioni dell'abuso d'ufficio. Il senso della riforma risiede nell'ancoraggio della condotta a regole puntuali (formulate in modo non elastico): se l'aggettivo "specifiche" equivallesse a "individuate in modo preciso", sarebbe sufficiente il richiamo alla formulazione espressa della norma o alla sua collocazione in una fonte di grado particolare. La specificità si aggiunge alle *altre* caratteristiche della regola violata, richiedendo che essa ponga, appunto, obblighi di comportamento puntualmente definiti.

È una scelta del legislatore che con questa particolare modalità ha inteso circoscrivere la portata del reato in esame ritenendo che ciò possa incrementarne la determinatezza.

In aggiunta a questo rilievo di tipo testuale (e quindi assorbente), può osservarsi che da un certo punto di vista le regole elastiche rendono più complesso verificare l'assenza di margini di discrezionalità residua. Siccome si tratta di regole che riguardano direttamente la decisione, non può dirsi che esse siano violate *prima* che la discrezionalità sia stata esercitata. La qual cosa non vuol dire che esse non siano capaci di limitare il potere amministrativo (che non siano, ancora una volta, regole di condotta), ma che si collocano

⁵¹ Cfr. A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1229: «la clausola generale, attribuendo all'interprete l'integrazione dell'enunciato normativo, non pone un fine a parametro di queste disposizioni, poiché in tal caso si identificherebbe con esso. La clausola generale, demandando all'interprete un giudizio sull'azione amministrativa, implica che questo consiste in una valutazione di conformità alle regole che disciplinano la fattispecie. Per cui essa non può consistere in una valutazione di supremazia di un interesse rispetto ad un altro». Cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, p. 739, che, muovendo dalla «natura regolativa delle norme che limitano l'esercizio del potere amministrativo», sostiene la tesi della «natura non direzionale delle norme giuridiche», per cui le disposizioni che recano i suddetti principi e regole non devono essere qualificate in base al loro presunto scopo (cioè la direzione verso l'interesse pubblico). Alcune aperture in tal senso, sia pure limitatamente all'applicazione del principio di proporzionalità (e lasciando inalterata, per il resto, la tecnica centrata sull'eccesso di potere) si colgono pure S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1197. Sul tema, in generale, si vedano anche G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

in un momento diverso da quello in cui si percepisce la precettività delle disposizioni a contenuto puntuale, un momento che, alla luce della tecnica normativa con cui l'abuso d'ufficio è costruito, le rende inidonee a integrare l'elemento materiale della relativa condotta perché accrescono il tasso di incertezza in una misura che il legislatore ha ritenuto non sopportabile.

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. accoglie dunque una nozione di legittimità «limitata»⁵² rispetto a quella prevista in altre fattispecie penali (per esempio la corruzione di cui all'art. 319 c.p., nella quale la contrarietà dell'atto «ai doveri d'ufficio» è suscettibile di recuperare anche la violazione di principi e regole generali) e a quella propria del diritto amministrativo.

Il legislatore ha individuato il grado di determinatezza dell'abuso d'ufficio selezionando, tra le regole suscettibili di essere violate, quelle sufficientemente "specifiche", "espresse", applicabili "a prescindere" dalla avvenuta ponderazione di interessi rimessa all'amministrazione.

La condotta del reato in oggetto può così ritenersi oggi integrata (pure in presenza di un potere discrezionale) dallo sviamento di potere e dalla violazione di regole di condotta di rango legislativo, espresse e specifiche (ossia formulate in modo puntuale), riferibili a requisiti sia di tipo formale/procedurale che di tipo sostanziale.

Ragionando *de iure condendo*, laddove un apparato si mostri poco efficiente rispetto all'applicazione di una o più regole, le soluzioni ipotizzabili non necessariamente passano attraverso la "riduzione" di tali disposizioni o dell'apparato sanzionatorio posto a loro presidio, ma dovrebbero innanzitutto svolgersi attraverso una maggiore "cultura delle regole" tra coloro che sono chiamati a formare, a interpretare e a usare le norme.

Tuttavia, una volta che il reato in oggetto è stato riformato, torna imprescindibile tenere separati due piani: da un lato, il livello di punibilità delle forme di abuso, che rappresenta un problema di politica del diritto, la cui soluzione non può che essere riservata al legislatore. Dall'altra, l'esigenza di interpretare le fattispecie incriminatrici esistenti in conformità ai principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie, che è problema giuridico rimesso all'interprete.

È dunque auspicabile che il giudice penale non recuperi all'interno dell'art. 323 c.p. condotte che il legislatore ha inteso escludere e utilizzi concetti e istituti del diritto amministrativo (in particolare i precetti che, non senza fatica, sono stati tradotti in obblighi di comportamento) al fine di rendere quanto più possibile "afferrabili" le condotte passibili di incriminazione, a tutela (prima ancora dell'efficienza amministrativa) della legalità di entrambi i settori dell'ordinamento.

Prof.ssa Chiara Cudia

⁵² C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit..