

## “CHI NON FA NON FALLA”: LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DINNANZI AL REATO DI ABUSO D’UFFICIO (\*)

di Andrea Merlo

(Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Palermo)

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’abuso d’ufficio come causa della burocrazia difensiva. – 3. La riforma del 2020. – 3.1. Le violazioni mediate. – 3.2. Lo sviamento di potere. – 4. Gli “effetti collaterali”. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il tema dell’abuso d’ufficio è particolarmente congeniale a essere inserito in un ragionamento intorno agli «effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione»<sup>1</sup>. E ciò per più di una ragione. La prima – e la principale – è di così intuitiva evidenza che quasi non necessita di essere esplicitata: com’è noto, infatti, questa fattispecie di reato è da tempo additata – a torto o a ragione – fra le principali cause di rallentamenti, inerzie e disfunzioni della pubblica amministrazione<sup>2</sup>.

Prima di entrare *in medias res* è probabilmente opportuno anticipare qui un interrogativo che verrà poi sviluppato appresso. Non ci si può infatti esimere dal domandarsi se gli effetti generalmente ricondotti alla fattispecie di abuso siano effettivamente inquadrabili come «effetti collaterali» discendenti da una scelta di criminalizzazione (intesa cioè come una precisa volontà del legislatore di assegnare all’area del penalmente rilevante una condotta dotata di un suo specifico disvalore), ovvero se, più che da una specifica opzione normativa gli effetti lamentati non dipendano da fattori altri e più complessi, in ultima istanza riconducibili alla più

---

\* Il contributo, con minime variazioni, contiene il testo della relazione tenuta al convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*” tenutosi il 23 maggio 2023 presso l’Università degli Studi della Tuscia i cui Atti sono in corso di stampa (Editoriale Scientifica). Si ringraziano i Curatori, Martina Galli e Nicola Recchia, per aver consentito di anticipare la pubblicazione in questa *Rivista*.

<sup>1</sup> M. Galli, *Effetti collaterali (diritto penale)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, III. Parole dal lessico di uno studioso*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M. Scoletta, C. Sotis, S. Taverriti, Milano 2022, 1463 ss.; nonché Id., *La pena insostenibile. Effetti collaterali e delegittimazione del diritto penale*, Pavia 2021, *passim*.

<sup>2</sup> G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza come causa della burocrazia difensiva: la responsabilità penale per abuso d’ufficio come paradigma*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2/2022, 241 ss.; Id., *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. ec.* 2020, 117 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, in *GP* 2020, II, 520; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.* 2018, 625 ss.

generale temperie culturale che permea di sé la classe magistratuale, piuttosto incline a considerarsi il depositario unico del compito di svolgere un controllo di legalità dell'azione amministrativa e per questo disposta anche a forzare i «cancelli delle parole»<sup>3</sup>, nel cui perimetro il principio di legalità imporrebbe di restare.

Non si tratta di un problema recente<sup>4</sup>. Già nel 1997, quando il legislatore, per rimediare ad alcuni limiti che ancora scontava la fattispecie riformata nel 1990, ha ripensato il tipo legale scolpito nell'art. 323 Cp nei termini di un reato di evento che metteva al centro dell'incriminazione la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che «nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o regolamento [...] intenzionalmente procura[va] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto». Ebbene, anche a fronte di queste precise indicazioni normative, dopo una primissima fase giurisprudenziale di ossequioso rispetto del dato testuale e dello spirito della riforma<sup>5</sup>, si è fatta strada l'interpretazione per la quale anche l'atto viziato da eccesso di potere potesse essere alla base di un rimprovero per abuso d'ufficio, rendendo nuovamente l'art. 323 Cp il grimaldello attraverso il quale la magistratura penale poteva svolgere il suo sindacato sulle scelte dell'amministrazione, anche quelle connotate da discrezionalità<sup>6</sup>.

2. Di qui il riemergere di una crescente esigenza di ripерimetrare i confini della fattispecie perché considerata causa (o una delle principali cause) di atteggiamenti difensivi da parte dei funzionari pubblici<sup>7</sup>, che dinnanzi all'evenienza di trovarsi di fronte alla contestazione del reato di abuso d'ufficio tendono a reagire come davanti al volto della medusa: pietrificandosi e desistendo da qualsiasi iniziativa, con l'effetto di paralizzare il funzionamento della macchina burocratica<sup>8</sup>. Recenti lavori, infatti,

---

<sup>3</sup> L'espressione è di N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57.

<sup>4</sup> Sulle implicazioni di tale atteggiamento, anche sul versante dell'etica della giurisdizione e su quello della separazione dei poteri cfr. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari 1998, *passim*.

<sup>5</sup> Per un'agile rassegna delle tappe evolutive della giurisprudenza cfr. di recente L. Pellegrini, *Abuso d'ufficio e diritto vivente*, in *GI* 2023, 1414. V. altresì E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzioni e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli 2023; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019.

<sup>6</sup> Più diffusamente, A. Merlo, *L'abuso d'ufficio*, cit. Si veda inoltre di recente B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *Questa Rivista*, 12.12.2023.

<sup>7</sup> Per una approfondita ricerca sul tema cfr. A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini, V. Bontempi, M. P. Chiti, F. Decarolis, S. Mento, A. Pincini, A. Pirri Valentini, G. Sabato, *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2021, 1295 ss.

<sup>8</sup> Cfr. in proposito S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, 67, che ben descrive l'effetto «di

non hanno mancato di cogliere nell'esistenza stessa del reato di abuso di ufficio uno dei fattori suscettibili di produrre un "chilling effect"<sup>9</sup>. L'effetto di "congelamento" deriva già dall'esposizione al rischio di un processo, con il suo carico di aleatorietà rispetto agli esiti e con il discredito che comunque deriva dalla sua attivazione. Poco importa che nella maggior parte dei casi, l'imputazione non giunga neanche al dibattimento come effettivamente comprovato dalle statistiche giudiziarie<sup>10</sup>.

È piuttosto l'astratta possibilità di trovarsi destinatari di un rimprovero per abuso d'ufficio, la diffusa percezione nel corpo amministrativo di trovarsi facilmente esposto alle attenzioni della magistratura, che innesca forme di deterrenza o renitenza alla decisione che induce i funzionari pubblici a rinviare o evitare deliberazioni problematiche (atteggiamento definito dagli studiosi dell'organizzazione burocrazia difensiva «passivo-negativa»<sup>11</sup>) oppure li induce a irragionevoli aggravii di istruttorie o alla dilazione dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi, così come alla reiterazione di prassi contrarie a ogni semplificazione amministrativa consistenti essenzialmente nella duplicazione dei passaggi in modo da condividere con altri la responsabilità del provvedimento finale (approccio c.d. «attivo-positivo»<sup>12</sup>).

3. Il fenomeno dell'amministrazione difensiva è additato come una patologia cronica dell'apparato burocratico-amministrativo da diversi lustri. Cionondimeno, l'inattesa iniziativa del legislatore volta a predisporre argini più robusti per garantire l'attività dei pubblici funzionari dall'invasione della magistratura è maturata in modo

---

spiazzamento» sull'amministrazione conseguente al ruolo assunto dalle Procure della Repubblica nell'attività degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici. Cfr. inoltre G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza*, cit., che ben evidenzia come la conformazione della strategia difensiva del burocrate tende ad assumere a parametro più che il dato normativo in sé, la sua proiezione giurisprudenziale, dalla quale dipende la percezione del rischio della responsabilità.

<sup>9</sup> N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 251 ss.

<sup>10</sup> Cfr. R. Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 22.7.2020, il quale rileva che «l'esperienza insegna che la "paura della firma" dell'amministratore pubblico [...] non discende certo dalla prospettiva di essere sanzionati per abuso d'ufficio (ché, anzi, è noto che statisticamente la percentuale dei procedimenti per tale reato che si chiudono con una condanna è estremamente esigua), bensì dal rischio di discredito sociale connesso alla semplice possibilità di essere sottoposto a indagini ed al connesso *strepitus* mediatico e istituzionale. Un problema al quale con tutta evidenza è vano sperare di ovviare con interventi di *maquillage* sulla previsione della condotta incriminata, in un sistema giudiziario ancora incentrato sul principio di obbligatorietà dell'azione penale e sulla doverosità dell'avvio di indagini in presenza di una *notitia criminis*».

<sup>11</sup> G. Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, cit.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

estemporaneo nell'estate del 2020, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento che ambiva a restituire slancio alla produttività del Paese messa a dura prova dalla crisi pandemica<sup>13</sup> e a consentire alla macchina pubblica di funzionare senza rallentamenti dovuti alla «paura della firma»<sup>14</sup>. Quest'intervento si è tradotto in una significativa modifica del reato di abuso d'ufficio attraverso un procedimento di interpolazione del testo che ha sostituito il sintagma «violazione di norme di legge o regolamento» col riferimento a «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La gran parte degli osservatori aveva visto nella riforma il *de profundis* della fattispecie di abuso d'ufficio<sup>15</sup>. In buona sostanza, si era pensato che al legislatore fosse mancato il coraggio di procedere alla radicale eliminazione dell'art. 323 Cp ed avesse piuttosto optato per una sua sostanziale neutralizzazione, con un intervento che ne rendesse l'applicazione pressoché impossibile.

L'esperienza applicativa ha invece messo in evidenza che il restringimento del perimetro della fattispecie era per certi versi un effetto ottico, ingannevole circa la reale estensione delle zone non più raggiungibili dalla fattispecie incriminatrice. Sicché il tentativo del legislatore di sottrarre spazio al sindacato penalistico sugli atti amministrativi può dirsi se non radicalmente fallito, non del tutto riuscito. Già con le prime pronunce post-riforma, infatti, la Cassazione ha mantenuto una tendenza a valutare "in concreto" la sussistenza e la rilevanza penale della strumentalizzazione della funzione, ricavando in questo modo nuovi varchi ermeneutici che consentissero di ricomprendere entro gli angusti limiti testuali del "nuovo" abuso anche fattispecie caratterizzate da i) violazioni mediate di legge, ii) sviamento di potere, iii) violazioni di precetti contenuti in fonti sublegislative o paralegislative.

---

<sup>13</sup> La nota di accompagnamento alla l. 11.9.2020 n. 120 di conversione del decreto d.l. 16.7.2020 n. 76 spiega che l'esigenza di «definire in modo più compiuto la condotta rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio», si avvertiva in ragione della «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità».

<sup>14</sup> Cfr. 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.sistemapenale.it*, 17.7.2020, § 6; S. Vinciguerra, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso di ufficio (art. 323 c. p.)*, in *FI*, V, 2020, 372; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *DPenCont*, 1/2021, 76; A. Manna, G. Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma di abuso d'ufficio*, in *Questa Rivista*, 20.12.2020.

<sup>15</sup>Cfr. ad es. T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 7-8/2020.

3.1. Va detto che la scelta di escludere *tout court* la violazione delle norme regolamentari dal novero delle condotte vietate dal delitto di abuso d'ufficio suscita non poche perplessità, prima di tutto con riferimento alla stessa razionalità dell'intervento normativo rispetto agli scopi perseguiti. Se è vero infatti che l'impiego del termine "regolamento" aveva in passato creato non pochi problemi rispetto alla individuazione degli specifici atti-fonte rilevanti<sup>16</sup>, ben avrebbe potuto il legislatore scegliere formule più chiare, ad esempio facendo esplicito riferimento agli atti individuati dalla legge 23.8.1988 n. 400 o dal T.U. degli enti locali (d.lgs. 18.8.2000 n. 267)<sup>17</sup>, con esclusione di tutti gli altri. Invece, la mutilazione della fattispecie del riferimento a tutte le norme a carattere regolamentare si pone in aperta contraddizione rispetto alla generale tendenza alla delegificazione riguardante l'intera pubblica amministrazione, la cui organizzazione e il cui funzionamento sono oggi pressoché interamente disciplinati da norme di fonte secondaria, se non integrati da strumenti di *soft law*<sup>18</sup>. Inoltre, la riformulazione dell'articolo 323 Cp non tiene conto del fatto che è proprio nei regolamenti che sono in prevalenza contenute quelle regole di condotta *espresse e specifiche* cui il funzionario è chiamato a conformarsi<sup>19</sup>. Viceversa, le leggi si limitano sempre più spesso a fornire indirizzi generali e norme di principio, la cui rilevanza sarebbe pertanto esclusa alla luce della nuova norma. La contraddizione è evidente, dunque: l'art. 323 Cp assegna rilievo penale alle sole violazioni di norme che impongono condotte specifiche che non lasciano margini di discrezionalità, ma, al contempo, esclude la rilevanza delle norme che tali condotte prescrivono.

Tale paradosso ha prodotto una sorta di *rebound effect*, incentivando nella giurisprudenza la ricerca di soluzioni capaci di correggere le disfunzioni normative. Si è infatti assistito al ritorno del controverso schema della "violazione mediata" della legge e dei c.d. rinvii a catena che il legislatore della riforma non ha esplicitamente

---

<sup>16</sup> Cfr. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit.; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit.; S. Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione (con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020)*, Torino 2020.

<sup>17</sup> Cfr. B. Ballini, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10.8.2020, 2. La soluzione era già del resto suggerita dalla giurisprudenza più rigorosa: cfr. Cass. 17.3.2009 n. 26175, Verolla, inedita; Cass. 18.12.2001 Nicita, in *RP* 2002, 215; Cass. 29.2.2000 n. 5540, inedita. In dottrina, in questo senso, A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011, 287.

<sup>18</sup> F. Barletta, A. Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *Questa Rivista*, 18.6.2023, 16 ss.

<sup>19</sup> Cfr. G.L. Gatta, *Da "spazza-corrotti a "basta paura"*, cit.; E. La Rosa, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenicie"?*, in *GI* 2021, 1463.

vietato<sup>20</sup>.

Già nelle prime pronunce successive alla novella i giudici di legittimità non hanno tardato ad affermare che, anche sotto la vigenza della nuova norma, la violazione di atti amministrativi generali come il piano regolatore può comportare la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in ragione del rinvio a tali atti contenuto in norme di rango primario<sup>21</sup>. La legge, secondo questa diffusa interpretazione giurisprudenziale, non costituirebbe necessariamente la fonte del comando a cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio sono chiamati a conformarsi, ma il punto di diffrazione attraverso il quale il legislatore attribuirebbe rilevanza anche a regole collocate in altri luoghi dell'ordinamento<sup>22</sup>. Questo tipo di argomentazione, tuttavia, non si fa carico delle esigenze di determinatezza che dovrebbero improntare il settore dei delitti e delle pene: piuttosto che individuare con rigorosa e puntuale precisione la norma da osservare, infatti, si richiede al pubblico agente di conformarsi a un «sistema di norme»<sup>23</sup>, frutto del combinarsi di una pluralità di disposizioni eterogenee. A ben vedere, si finisce così con attribuire al reato di abuso d'ufficio la struttura della norma penale in bianco<sup>24</sup>; quest'ultima, però, per essere legittima dovrebbe almeno rispettare

---

<sup>20</sup> In questo senso, già A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit.

<sup>21</sup> Cass. 23.2.2022 n. 13139; Cass. 12.11.2020 n. 31873 (in *Riv. giur. ed.* 2021, 964, con nota di T. Guerini, *Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?*), in cui si afferma che dall'esplicito rinvio del d.P.R. 380/2001 agli strumenti urbanistici «discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una “violazione di legge”, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.». Con la precisazione che «i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche seguito della modifica normativa». Negli stessi termini Cass. 28.9.2020 n. 26834, secondo cui, appunto, la violazione degli atti amministrativi generali come i piani urbanistici «rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a cui deve farsi riferimento per ritenere concretata la “violazione di legge” quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p., anche a seguito della modifica normativa».

<sup>22</sup> Cfr. S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 4/2022, 496, che icasticamente rappresenta la fattispecie di abuso come una sorta di «rinvio mobile» al diritto amministrativo, che così «penetra nel sistema penalistico, portandosi dietro i suoi problemi e le sue contraddizioni, a partire dai cambiamenti intervenuti sul piano di una sempre più complessa relazione tra politica e amministrazione».

<sup>23</sup> Così C. Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»*, in *CP* 2001, 1030.

<sup>24</sup> Di diverso avviso V. De Fanti, *Il primo biennio di applicazione del “nuovo” abuso d'ufficio*, in *CP* 2022, 3460 ss. In precedenza, il rischio di una torsione verso lo schema della norma penale in bianco era segnalato da A.M. Stile, C. Cupelli, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. I, Milano 2006, 42 ss.

le indicazioni della Corte costituzionale<sup>25</sup>: il precetto, cioè, può essere riempito di contenuto con l'intervento concorrente di una fonte regolamentare, o se del caso anche di un mero atto amministrativo, solo ove la legge determini in modo chiaro i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti del comportamento doveroso, la cui trasgressione determina l'insorgere di una responsabilità penale. Ebbene, senza dilungarsi oltre, è difficile sostenere che dall'intricato ordito delle norme che regolano il funzionamento della pubblica amministrazione sortiscano indicazioni comportamentali che rivestano queste caratteristiche<sup>26</sup>. Pertanto, il vaglio sulla riconoscibilità del precetto sarebbe nella realtà destinato ad essere svolto *ex post* "caso per caso" e "in concreto" dal giudice.

3.2. La magistratura non si è limitata a tentare di rimediare alla difettosa formulazione della fattispecie, ma è tornata ad allargare le maglie della trama normativa in modo da recuperare la possibilità di estendere il proprio sindacato agli atti della pubblica amministrazione connotati da sviamento di potere. Com'è noto, il tema della sindacabilità o meno dell'eccesso di potere in sede penale ha negli anni rappresentato il cuore problematico del reato di abuso d'ufficio, perché a seconda dell'opzione ricostruttiva preferita cambia non solo l'estensione della fattispecie e la tenuta della tipicità del reato, ma il modo stesso di concepire la natura del sindacato del giudice penale sull'attività della pubblica amministrazione e la sua incidenza sul principio di divisione dei poteri<sup>27</sup>.

---

Per un inquadramento dell'abuso nei termini di una norma «parzialmente in bianco» cfr. invece A. Tesaurò, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002, 161 ss.

<sup>25</sup> Il riferimento è alle argomentazioni adoperate dalla Corte cost. "in soccorso" dell'art. 650 Cp: cfr. C. cost. 25.3.1971, n. 168, in *GCos* 1971, 1777 ss.

<sup>26</sup> Secondo Cass. 28.9.2020 n. 26834, cit., tuttavia, nel caso di violazione dei piani urbanistici si sarebbe comunque «senza dubbio» in presenza di «norme specifiche e per le quali non residuino margini di discrezionalità laddove l'art. 12 del d.P.R. 380/2001 detta i requisiti di legittimità del permesso di costruire, e il successivo art. 13 detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire». L'affermazione è frutto in realtà di una valutazione semplicistica dell'impianto normativo. È piuttosto vero, come rilevato da M. Lavatelli (*La Cassazione si pronuncia sul potere del Giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione*, in *Dir. proc. amm.* 2017, 1101), che «l'evoluzione del panorama normativo in materia urbanistico-edilizia, che ha consistentemente spostato il versante della legislazione verso la competenza concorrente delle Regioni, e quello della regolamentazione verso l'autonomia degli Enti locali che oltretutto possono valersi di procedure di accelerazione e compattazione dei procedimenti, in un quadro in cui definire lo "statuto di legalità" delle opere è sempre più complesso».

<sup>27</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.* 2019, 117.

Secondo alcuni autori, quale che sia la formulazione del tipo legale, l'eccesso di potere non potrebbe escludersi dal nucleo di significato della fattispecie incriminatrice perché sarebbe connaturato al concetto stesso di abuso d'ufficio, al punto da rappresentarne un connotato ontologico<sup>28</sup>, in quanto capace meglio di altri vizi dell'atto amministrativo di segnalare la strumentalizzazione a fini privati del potere pubblico.

Qualunque posizione si prenda in questa disputa, l'eccesso di potere rappresenta il vizio della discrezionalità amministrativa e non può senza forzature rimuoversi che il legislatore ha inteso sbarrare la strada a questo tipo di sindacato, assegnando rilevanza alla violazione dei soli atti «da cui non residuino margini di discrezionalità». E invece la giurisprudenza non ha tardato a smarcarsi dai limiti delle prescrizioni di legge<sup>29</sup> attraverso un insidioso modulo argomentativo articolato nel modo seguente. Dopo aver preso atto della «limitazione della responsabilità del funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa», la Cassazione si appresta a precisare «sempreché, beninteso, l'esercizio del potere non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei pubblici poteri, c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi»<sup>30</sup>.

4. Le forzature del perimetro della fattispecie descritte nei paragrafi che precedono sembrano testimoniare la volontà della giurisprudenza di recuperare al dominio del penale territori di liceità già riconquistati dal legislatore. Si tratta di un atteggiamento pernicioso che produce non pochi guasti o effetti collaterali.

---

<sup>28</sup> Cfr. M. 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.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7/2020, 133 ss.; M. Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio. Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, ivi, 7-8/2021, 71 ss.; G. Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen. web*, 3/2021; T. Padovani, *Vita morte e miracoli*, cit.

<sup>29</sup> Cfr. A. D'Avirro, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso d'ufficio*, in *DPP* 2021, 930 ss.

<sup>30</sup> Cass. 8.1.2021 n. 442.

Questa sorta di sabotaggio delle scelte legislative<sup>31</sup>, oltre a denotare una grave insofferenza di una parte della giurisprudenza verso il principio di stretta legalità<sup>32</sup>, è criticabile per più ordini di ragioni.

Innanzitutto, tale atteggiamento interpretativo dà per scontato che il diritto penale sia lo strumento migliore per contrastare le strumentalizzazioni della funzione o del servizio da parte degli amministratori. Quest'assunto, in realtà, è ampiamente smentito dai fatti: sia, a monte, perché è alla base degli atteggiamenti difensivi dei funzionari pubblici, sia perché, guardando agli effetti, la pretesa di esercitare un controllo penale sull'esercizio della funzione amministrativa in non pochi casi si è tradotto nel rallentamento o nel blocco delle attività nelle quali la presunta condotta abusiva si sarebbe annidata, mettendo così in ombra l'interesse pubblico che in teoria si sarebbe dovuto tutelare<sup>33</sup>.

Inoltre, tale impostazione sottende un'idea di amministrazione frutto di un'aberrazione penalistica che meriterebbe in realtà un serio ripensamento critico. In radice sta un «ossessivo pregiudizio» nei confronti della discrezionalità del pubblico funzionario, vista sospettosamente come «la fonte di possibili distorsioni del potere» attribuito dalla legge<sup>34</sup>.

L'idea quasi naïf coltivata dalla giurisprudenza per la quale il giudice penale può valutare se il potere sia esercitato per il perseguimento di interessi «oggettivamente difformi o collidenti» con quelli per i quali «soltanto» è attribuito<sup>35</sup> presuppone che il giudice possa scrutare nell'ordinamento amministrativo un preciso *τέλος* verso cui è diretta la norma attributiva del potere e che pertanto una deviazione da esso sarebbe oggettivamente accertabile.

Si tratta in realtà di una visione dell'amministrazione disallineata con il reale modo di svolgersi delle vicende dell'amministrazione e, prima ancora, con le basi

---

<sup>31</sup> Cfr. anche S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., il quale parla di «ribellione ermeneutica del giudice penale rispetto agli interventi legislativi». Di «conflitto permanente» fra legislatore e giurisprudenza penale parla invece G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza*, cit.

<sup>32</sup> Sulla progressiva emersione nell'ambito della magistratura una concezione della funzione giudiziaria intesa non più come attività descrittiva e veritativa, ma come attività valutativa e realizzativa del progetto costituzionale, cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VI, Milano 2013, 371 ss.

<sup>33</sup> Per ampie e documentate argomentazioni, cfr. G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 129 ss.

<sup>34</sup> Cfr. A. Alessandri, *I reati di riciclaggio e di corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *DPenCont*, 3/2013, 133 ss., il quale osserva come la tentazione sottostante sia sempre «quella di ridurre gli ambiti di discrezionalità: un compito impossibile rispetto all'attività della pubblica amministrazione, che non può essere ridotta, neppure concettualmente, ad una mera esecuzione delle norme».

<sup>35</sup> Cass. 8.1.2021 n. 442, cit.

epistemologiche del diritto amministrativo. Piuttosto, una conoscenza più approfondita della disciplina del funzionamento della pubblica amministrazione porterebbe con sé la consapevolezza che le ipotesi in cui la legge che conferisce il potere per la realizzazione di un ben identificato interesse, ove pur esistente, è davvero marginale. Nella maggior parte dei casi il burocrate si trova alle prese con una legislazione ipertrofica, disordinata e sovrabbondante, che impone all'amministrazione «dapprima di ricostruire in via interpretativa il quadro delle regole applicabili, poi di prendere in esame, e di coordinare e comporre razionalmente e correttamente a sintesi un insieme eterogeneo di interessi pubblici e privati contemplati da quella stessa legislazione»<sup>36</sup>.

Più in generale, anche al di là dei difetti contingenti della disciplina normativa, è cruciale considerare che quest'ultima ormai da diversi lustri evolve nel senso opposto rispetto alla previa e completa definizione legislativa degli interessi tutelati. La normazione in ambito amministrativistico, infatti, tende ad avvalersi in modo sempre più accentuato di "open ended standard", «nella direzione di una indeterminatezza sostanziale, cui spesso fa riscontro la vincolatezza procedimentale»<sup>37</sup>. Il contenuto del provvedimento amministrativo difficilmente può essere determinato in modo unilaterale e a priori, ma generalmente costituisce la risultante di una ponderazione complessiva di interessi contrapposti ad esito di un rapporto procedimentale tra

---

<sup>36</sup> S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit.

<sup>37</sup> E. Cardì, S. Cognetti, *Eccesso di potere, (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino 1990, 347. Cfr. inoltre A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 417, il quale rileva come «la disciplina legislativa "aperta" si presenta come l'unica possibile in situazioni in cui il completamento della norma non può che essere il frutto di un adattamento della regola astratta al caso concreto attraverso il confronto, semplicemente orientato al fine pubblico indicato dalla legge, fra i principi, valori e interessi diversi e mutevoli. Se la fissità della legge è stata rimpiazzata da un'elasticità che consente di determinare le regole a seconda delle esigenze del contesto, l'esercizio del potere discrezionale si traduce nella ricerca, orientata dai principi e dalla disciplina legislativa e dai criteri da essa desumibili, delle convergenze possibili fra gli interessi». Si vedano inoltre le considerazioni di M. Lavatelli, *La Cassazione*, cit., che mette in evidenza come anche in ambito urbanistico, all'impianto regolativo tradizionale si è affiancata una forma di "urbanistica concertata", che ha spostato quantomeno l'iniziativa sempre più verso i proprietari dei beni immobili, la cui azione è guidata evidentemente dall'interesse alla valorizzazione fondiaria, quando invece prima promanava principalmente dall'autonoma determinazione degli enti che istituzionalmente esprimono gli interessi della collettività e a cui era demandato il compito della pianificazione e della realizzazione di un assetto ordinato delle città e del territorio, corrispondente a un insieme di obiettivi d'interesse generale. Nonostante il ruolo sempre maggiore assunto da interessi e attori privati, sottolinea però l'autore, la rilevanza pubblica delle scelte compiute è assicurata dal confronto procedimentale «in un quadro di opportune garanzie di pubblicità e trasparenza, che consentano un effettivo controllo delle scelte da parte dell'intera collettività, deve presumersi che si sia realizzata, all'esito delle procedure previste, una sintesi che rappresenta la migliore garanzia della correttezza dell'azione amministrativa e cioè al di là di un raffronto astratto tra interesse privato e interesse pubblico, che si fondono e diventano, di fatto, non più distinguibili».

pubblica amministrazione e il destinatario dell'atto, a cui non di rado sono chiamati a partecipare anche altri attori, a loro volta portatori di specifici interessi. Nel gioco che conduce alla definizione del provvedimento finale l'amministrazione non assume una posizione di distacco o di estraneità. Al contrario essa «partecipa ai fatti ed è immersa negli interessi che quotidianamente ordina. Ne conosce i titolari, dalla cui collaborazione spesso dipende l'efficace realizzazione delle *policies* e la creazione di valore pubblico. La possibilità di influenza dell'interesse privato sulla decisione amministrativa, lungi dal rappresentare sempre uno "sviamento", è addirittura condizione di legittimità del potere amministrativo»<sup>38</sup>.

Del resto, come già trent'anni fa un illustre costituzionalista osservava ragionando sull'estensione del sindacato giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, «non esiste un noumenico "interesse pubblico": esistono gli interessi pubblici che l'amministrazione prende in considerazione, soppesa, compara e pondera; l'intervento del giudice, per definizione, non può svolgere una nuova comparazione, ma può essere effettuato solo assolutizzando, massimizzando un singolo interesse: la conseguenza è il classico provvedimento abnorme che ha la sua scaturigine proprio nei casi in cui il giudice, di fronte all'avvenuta ponderazione degli interessi da parte dell'amministrazione, pretende di intervenire scegliendone uno solo, e portando la sua tutela fino all'estremo»<sup>39</sup>.

Da una prospettiva amministrativistica si è inoltre sostenuto che, intestandosi la facoltà di sondare la coerenza teleologica dell'azione amministrativa, il giudice penale si «appropria» di poteri di valutazione e bilanciamento degli interessi che appartengono invece alla pubblica amministrazione<sup>40</sup>, determinando una mutazione

---

<sup>38</sup> S. Battini, *Abuso d'ufficio*, cit., 496.

<sup>39</sup> Cfr. B. Caravita di Torritto, *La «disapplicazione» dell'atto amministrativo da parte del Giudice Penale*, in *Quaderni del Csm*, 42, 45 ss., il quale si sofferma a «ricordare che il compito del giudice non può essere quello di ripercorrere, con intento cassatorio e sanzionatorio, le valutazioni operate dall'amministrazione circa la presenza dell'interesse pubblico e i modi migliori per soddisfarlo. Se il giudice – specie se penale – si pone in quest'ottica è facile che, prima o poi, superi i limiti dei suoi poteri» (55).

<sup>40</sup> Rileva a puntualmente F. Palazzo (*Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano 2013, 151 ss.) che «a misura che le funzioni amministrative cessano di essere prevalentemente esecutive e assumono carattere di penetrante e generale discrezionalità il controllo del giudice anche penale, non può che andare a spingere lo sguardo in aree di esercizio funzionale, limitrofe al merito». Laddove il merito, come insegna la dottrina amministrativistica, è l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è la «parte del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte di opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Torino 2017, 212). In conseguenza di questa sua natura, infatti, financo all'interno del diritto amministrativo sono ben poche le ipotesi in cui è ammesso un sindacato sul merito dell'azione amministrativa, poiché «l'espressione *vizio di merito* [...] non

della funzione amministrativa e della sua stessa natura<sup>41</sup>. Per di più, oltre ad essere frutto di una ponderazione degli interessi solo parziale, l'intervento del giudice penale intacca anche l'impianto assiologico su cui si fonda la pubblica amministrazione, per la quale la legittimità del provvedimento non costituisce affatto un valore assoluto da difendere a tutti i costi, mentre viene attribuito un valore preminente alla stabilità dell'atto<sup>42</sup>. Prova ne sia il fatto che la legge sul procedimento amministrativo (l. 7.8.1990 n. 241) limita a pochi e tassativi casi le ipotesi di nullità del provvedimento (art. 21 *septies*) e prevede un generale regime di annullabilità per il quale anche l'atto invalido – se non impugnato entro un breve lasso di tempo – acquisisce stabilità e dispiega pienamente i suoi effetti<sup>43</sup>. Peraltro, il rilievo dell'illegittimità è subordinato ad un interesse di parte, non potendo il giudice amministrativo rilevarla d'ufficio.

Sicché, anche nell'attivarsi per tutelare i beni della imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., il giudice penale dovrebbe avere l'onere di decifrare meglio lo statuto della pubblica amministrazione e abbandonare quella «mistica dell'interesse pubblico»<sup>44</sup> che troppo spesso è utilizzata per forzare le maglie della stretta legalità. Al contrario, in un'ottica di sistema, resta attuale il monito per il quale «tanto più si giustifica l'intervento del giudice penale in nome della tutela “sostanziale” dei principi costituzionali, meno si possono chiudere gli occhi di fronte alle conseguenze della sua azione in vista di tale tutela»<sup>45</sup>. Bisognerebbe, dunque, prendere atto che il legalismo formale cui il giudice penale è abituato lo rende «inadatto a comprendere uno dei caratteri fondamentali dell'azione amministrativa, che coincide con la sua stessa ragion d'essere, cioè l'elasticità, essenza del buon andamento»<sup>46</sup>. La

---

significa altro che la scelta di merito [...] può essere riesaminata e sostituita» (G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994, 264).

<sup>41</sup> G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit., 182. V. anche S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 71.

<sup>42</sup> G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit.

<sup>43</sup> Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, la *ratio* dell'art. 21 *octies*, perseguita «attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, è proprio quella di garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato» (Cons. Stato, IV, 9.1.2019 n. 256, in *FI*, Rep. 2019, voce *Atto amministrativo*, n. 203).

<sup>44</sup> L'espressione è di C. Marzuoli, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in AA.VV., *Corruzione pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze 2011, 5.

<sup>45</sup> C. Pinelli, *Profili costituzionalistici del reato di abuso d'ufficio*, in *GI* 2000, 1094 ss.

<sup>46</sup> B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit., 122; v. anche A. Alessandri, *I reati di riciclaggio*, cit., 151, che rimarca come nel processo penale «la discrezionalità fatica [...] a essere riconosciuta per quello che è, correndosi il rischio di schiacciare l'azione amministrativa sotto il peso di un legalismo che non contribuisce certo a produrre una più “buona” amministrazione pubblica».

riconsiderazione giudiziale dell'interesse pubblico rischia di offuscare il senso stesso della funzione amministrativa sotto la pressione simbolica della norma penale: se «l'amministrazione non è attuazione della legge, ma cura concreta dell'interesse pubblico, il diritto che presiede allo svolgimento della funzione costituisce il limite preposto a scongiurarne l'arbitrio, ma il suo rispetto non può assurgere a fine in sé, pena la perdita del senso stesso di cosa significhi concretamente amministrare nella realtà e non in un inesistente mondo ideale»<sup>47</sup>.

Per tirare le fila del ragionamento fin qui condotto, potremmo dire che un'autentica presa in carico dei valori espressi dall'art. 97 della Costituzione dovrebbe condurre ad un ridimensionamento del penale nelle vicende della pubblica amministrazione. È, piuttosto, il giudice amministrativo quello più adatto a garantire la legalità dell'amministrazione e, se del caso, a correggere le eventuali deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali. La stessa Corte costituzionale del resto, dinnanzi a un paventato vuoto di tutela di beni di rango costituzionale, di recente ha ribadito che l'interpretazione estensiva fino a ricomprendere nel fuoco dell'incriminazione le attività discrezionali della pubblica amministrazione non potesse trovare giustificazione nell'«ipotetico pregiudizio che potrebbe discendere a beni costituzionalmente tutelati, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione (peraltro evocati dall'art. 97 della Costituzione in relazione alla organizzazione dei pubblici uffici). Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono infatti nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni [...]; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* [...], cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela»<sup>48</sup>.

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

L'eccesso di potere rappresenta una patologia dell'atto amministrativo dai contorni incerti che diviene riconoscibile generalmente soltanto dopo l'adozione del provvedimento quando viene rimessa in discussione la sua congruità rispetto agli scopi perseguiti e l'adeguatezza della ponderazione degli interessi pubblici. Non può, infatti,

---

<sup>47</sup> B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit., 127.

<sup>48</sup> C. cost., 15.12.1998 n. 447 testualmente richiamata di recente da C. cost., 18.1.2022 n. 8. Negli stessi termini, inoltre, cfr. C. cost., 28.6.2006 n. 251.

ignorarsi che «il sindacato sulla legalità (intesa come mera conformità alla legge) si configura diversamente rispetto al sindacato (di legittimità) che ha ad oggetto la discrezionalità amministrativa, come diversa è del resto la specie di vizio che trova applicazione. E tale diversità è data essenzialmente da ciò, che il sindacato di mera legalità è un sindacato “rigido” [...]. Mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa è per sua natura “elastico”, inteso a valutare [...] tutte quelle attività volte alla piena conoscenza della situazione di fatto e alla piena comparazione degli interessi in gioco che l'amministrazione, al di là delle previsioni normative, pone in essere ai fini del corretto esercizio del potere discrezionale».

Tale elasticità di giudizio è, dunque, il riflesso della esteriorizzazione di prassi argomentative tipiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa: improntate a schemi non strettamente deduttivistici, ma piuttosto riconducibili a logiche “sfocate” o *fuzzy*, che meglio si prestano a spiegare come «un potere discrezionale raggiunge il suo fine tipicizzato dalla legge, o da qualunque altra norma che regola il potere, dando luogo a concetti “sfocati” non simbolizzabili. La razionalità applicata all'esercizio del potere discrezionale non è però soltanto “sfocata”, ma anche “selvaggia” cioè con manifestazioni eterogenee che non sempre appaiono riconducibili al linguaggio logico deduttivo o quantomeno ad un linguaggio logico deduttivo completo»<sup>49</sup>.

Senza soffermarsi oltre, nell'ottica del penalista è evidente come il vizio dell'eccesso di potere sia strutturalmente inidoneo ad essere posto alla base di un'incriminazione: la sua enorme duttilità non di rado lo rende poco riconoscibile in una prospettiva *ex ante*, ma – rappresentando spesso il saldo di uno scrutinio giudiziale – leggibile solo retrospettivamente. Ci troviamo dunque di fronte ad una forma di riconoscibilità postuma del fatto tipico, che si pone in evidente attrito con le esigenze di determinatezza e di prevedibilità dell'illecito. Per riprendere il c.d. *thin ice principle* di matrice anglosassone, la situazione del funzionario pubblico esposto al rischio penale può essere assimilata a quella di coloro che pattinano sul ghiaccio sottile: difficilmente essi potranno sperare di trovare un segno che indichi loro il punto preciso dove cadranno in acqua<sup>50</sup>.

Né, d'altronde, può condividersi la tesi – ancorché sostenuta con voce autorevole – per la quale il giudice penale «non può e non deve arrestare l'indagine di fronte a

---

<sup>49</sup> F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, 23.

<sup>50</sup> La metafora, che si deve a A. Aschworth, *Principles of criminal law*, 6 ed., Oxford 2009, 63, è riproposta da C. Paonessa, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, CXXIX, 2017, 309.

nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta»<sup>51</sup>. È invece particolarmente avvertita, in special modo dagli studiosi di estrazione amministrativistica<sup>52</sup>, l'esigenza di convergere su un linguaggio condiviso fra i due settori del diritto, che scongiuri la contrapposizione di paradigmi operativi differenti nel medesimo contesto d'azione, che rendono obiettivamente difficile l'esercizio della funzione o l'espletamento del servizio. La diversa angolazione prospettica dalla quale il penalista e l'amministrativista guarda al problema, non può far velo al dato oggettivo e pre- o para- giuridico per cui «l'esistenza del funzionario è unitaria e disporre di un armamentario concettuale (non unico, ma quantomeno) coerente risponde quindi ad un'esigenza di "sostenibilità" della propria attività»<sup>53</sup>.

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

---

<sup>51</sup> T. Padovani, *Vita morte e miracoli*, cit., 14. Secondo l'illustre Autore in presenza di condotte criminose il sindacato del giudice penale non intaccherebbe la sfera di autonomia riservata all'amministrazione, poiché «merito amministrativo e 'merito' criminoso» sarebbero «presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa». Tale prospettazione, tuttavia, assume le forme di quello che i logici definirebbero dialele (o fallacia del circolo vizioso) per via della sua struttura circolare: da un lato, il reato deriverebbe la sua essenza dall'esistenza di un «merito criminoso», dall'altro, può parlarsi di natura criminosa della condotta interessata solo se questa, a monte, costituisce un reato.

<sup>52</sup> A. Cioffi, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.* 2023, 285; C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubb.* 2017, 683 ss.; G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit.; B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit.; A. Travi, *La responsabilità penale di pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso d'ufficio*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di D. Sorace, Padova 1998, 503; L. Vandelli, *Riforma amministrativa e esigenza di rimodulare il ruolo del giudice penale*, *ivi*, 513, il quale registra che rispetto alle linee evolutive del diritto amministrativo il diritto penale si presenta «estraneo, indifferente, distante: il diritto penale sembra semplicemente muoversi su un piano diverso. Le due dinamiche non si incrociano. E in questo contesto il giudice penale rischia oggettivamente di essere un ruolo di sbarramento, o quantomeno di ostacolo, sulla via della riforma amministrativa». Sul versante penalistico, tuttavia, auspica da anni un più intenso confronto fra le due aree disciplinari coinvolte G. Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *QuestG* 1996, 319.

<sup>53</sup> Così, C. Cudia, *L'atto amministrativo*, cit., 721, la quale pone l'accento sulla necessità di raggiungere un «livello di coerenza accettabile» tra i diversi settori dell'esperienza giuridica che renda possibile scegliere in modo razionale le regole di comportamento da adottare e si interroga «su come sia possibile che un certo tipo di sindacato sia consentito al giudice penale, in un settore (il diritto penale, appunto) che dovrebbe essere il regno della *extrema ratio* e dove le esigenze di legalità sono più forti».

autentico “processo alle intenzioni”<sup>54</sup>.

Infine non può certo trascurarsi che l'esito del controllo di legalità sull'attività della pubblica amministrazione svolto attraverso l'abuso d'ufficio produce effetti paradossali: quello che dovrebbe essere un presidio del principio costituzionale del buon andamento finisce invece per intaccarne l'effettività, producendo il rallentamento o la paralisi della macchina burocratica<sup>55</sup>.

5. Come si è visto, né la chiara presa di posizione legislativa né l'evidenza delle anomalie prodotte dall'invadenza della magistratura nell'attività dei pubblici funzionari ha distolto i giudici penali dal continuare a rivendicare su di sé il controllo di legalità sull'amministrazione. Sotto questo profilo, dunque, gli obiettivi della riforma del 2020 non possono dirsi raggiunti. Donde la nuova iniziativa di riforma di abrogare radicalmente il reato di abuso d'ufficio per eliminare definitivamente il problema. La proposta, che mentre si licenziano queste pagine è in discussione in Parlamento<sup>56</sup>, ha suscitato serie riserve critiche da parte di non pochi osservatori che diagnosticano quale conseguenza della scelta abolitiva uno scopenso nello strumentario a presidio della pubblica amministrazione, lasciando sguarnite di sanzioni una serie di condotte dotate di disvalore elevato che incidono direttamente sui canoni dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.<sup>57</sup>. Se questi argomenti non sono privi di una loro forza di persuasione, bisogna nondimeno

---

<sup>54</sup> Così, efficacemente, F. Coppola, *Il processo 'alle intenzioni' per abuso d'ufficio*, in *RTrimDPenEc* 2018, 247 ss.

<sup>55</sup> Sul peso delle reazioni difensive nelle complessive disfunzioni dell'apparato amministrativo cfr. C. Feliziani, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1/2019, 155 ss.

<sup>56</sup> Cfr. art. 1 del d.d.l. n. S. 808 (d.d.l. Nordio).

<sup>57</sup> Cfr. G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *www.sistemapenale.it*, 19.5.2023, il quale segnala che la soluzione abrogativa potrebbe rivelarsi problematica anche sul versante del rispetto di obblighi internazionali; *Contra*, invece, L. Stortoni, G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 8.6.2023; B. Romano, *La prospettata abrogazione*, cit., 16. In senso critico rispetto alla soluzione abrogatrice v. altresì gli interventi di M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 613 ss.; Id., *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *www.sistemapenale.it*, 18.9.2023; G. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in *www.sistemapenale.it*, 19.9.2023; G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, in *www.sistemapenale.it*, 20.9.2023; R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, *ivi*, 21.9.2023; M. Gambardella, in *www.sistemapenale.it*, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, 26.9.2023. Cfr. inoltre A. Manna, G. Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., 16, che, diffidando dall'opzione abrogativa, auspicano invece una riformulazione dell'art. 323 Cp intorno al conflitto di interessi come criterio selezionatore della condotta punibile di abuso.

considerare che per scongiurare gli effetti distorsivi e di *over deterrence* che possono discendere dalle scelte di criminalizzazione potrebbe anche legittimarsi la scelta del legislatore di sacrificare la punibilità anche di talune condotte della cui meritevolezza di pena nessuno dubita. Sicché, per evitare atteggiamenti difensivi da parte dei pubblici funzionari e, più in generale, la sclerotizzazione delle fisiologiche cadenze dei procedimenti amministrativi potrebbe essere opportuno immaginare – prendendo a prestito un'espressione diffusa nella giurisprudenza statunitense – uno “spazio di respiro” (*breathing space*)<sup>58</sup> non esposto alla pretesa punitiva dello Stato, lasciando che sia il giudice amministrativo a pronunciarsi sulla legalità dell'amministrazione e sulla qualità del bilanciamento degli interessi in giuoco.

Tuttavia anche la soluzione abrogativa, limitandosi a interventi sul testo normativo senza farsi carico dei fattori di contesto, rischia tuttavia di rivelarsi illusoria. Perché questa scelta possa dispiegare un qualche effetto è invece necessario affiancarla con ulteriori interventi normativi<sup>59</sup>. Innanzitutto, per evitare che, venuto meno l'art. 323 Cp, la magistratura continui a ritenersi investita del compito di garantire la moralità dell'amministrazione e si serva di altre figure di reato limitrofe, diventa cruciale procedere finalmente alla regolamentazione dell'attività di lobbying in modo da rendere leggibile e meno esposto alle interpretazioni delle procure il modo in cui l'amministrazione può farsi carico di ponderare interessi privati<sup>60</sup>. Non meno urgente sarebbe inoltre un intervento di seria razionalizzazione della disciplina amministrativa che renda meno farraginose le scelte procedimentali, se del caso pensando anche a fattispecie *ad hoc* per sanzionare specifici comportamenti (ad esempio i favoritismi nei concorsi pubblici o le violazioni urbanistiche)<sup>61</sup>. Senza interventi di questo tipo è improbabile che il conflitto fra amministrazione, politica e giustizia possa essere disinnescato o sopito.

---

<sup>58</sup> Per questo richiamo alla giurisprudenza della *Supreme Court* si veda N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 258.

<sup>59</sup> In questo stesso senso cfr. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit., 350 ss.

<sup>60</sup> In generale sulla regolazione dell'attività di *lobbying* e sulle possibili implicazioni penalistiche cfr. R. Alagna, *Lobbying e diritto penale. interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino 2018.

<sup>61</sup> In questo senso, ad es., G. Pignatone, *Fare giustizia*, Roma-Bari 2021, 18 ss. La stessa relazione al d.d.l. S. 808 non esclude tale esigenza ed anzi afferma che «resta ferma, peraltro, la possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire».