

CHIARA CUDIA

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche
dell'Università degli studi di Firenze
chiara.cudia@gmail.com

**NOTE SU ABUSO D'UFFICIO E DISCREZIONALITÀ
AMMINISTRATIVA: UN'ALTERNATIVA
(INTERPRETATIVA) ALLA PROPOSTA DI ABROGAZIONE
DELL'ART. 323 C.P.**

**NOTES ABOUT THE ABUSE OF FUNCTIONS: AN ALTERNATIVE
INTERPRETATION TO THE PROPOSED ABROGATION OF ART.
323 C.P.**

SINTESI

È all'esame del Parlamento un disegno di legge rivolto (anche) alla abolizione del reato di abuso d'ufficio¹. La proposta si fonda, da un lato, sullo squilibrio tra le (numerossime) iscrizioni della notizia di reato e le (ben più inferiori) decisioni di merito, che sarebbe indicativo del deficit di determinatezza della fattispecie penale in esame; dall'altro, sulla convinzione che l'ansia da responsabilità penale tenda a rallentare o paralizzare l'attività dei funzionari. Tuttavia, riflettendo sul legame tra abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa, si ha la sensazione che i continui interventi legislativi sull'art. 323 c.p. (così come le oscillazioni della giurisprudenza sulla portata applicativa di tale fattispecie penale) derivino dalla tendenza a considerare la discrezionalità (e le regole che la disciplinano) come una specie di pacchetto unico, per cui l'alternativa tende a essere "tutto o niente", cioè estensione del sindacato del giudice anche sugli ambiti riservati alla p.a. oppure arretramento della protezione penale. Lungo questo orizzonte, lo scritto intende evidenziare come una considerazione più analitica e costituzionalmente conforme della discrezionalità amministrativa possa svelare un assetto capace di tenere salda la compatibilità dell'abuso d'uffi-

¹ Il testo costituisce la rielaborazione, con alcune note essenziali, dell'intervento al convegno *Il contrasto alla corruzione nella dimensione multilivello: un dialogo sulle nuove proposte di riforma in Europa e in Italia*, organizzato presso UnitelmaSapienza, Roma, il 21 febbraio 2024.

cio con i principi penali di determinatezza e tassatività, e rappresentare così un'alternativa alla abrogazione dell'art. 323 c.p.

ABSTRACT

Italian Parliament is now considering to abolish the crime of abuse of functions. The proposal is based on the low number of conviction verdicts (considered as an effect of the lack of specificity of this criminal case) and on the idea that “anxiety” for criminal responsibility could slow down or paralyze the administrative management. However, moving from the connection between abuse of functions and administrative discretionary power, it is quite evident that the numerous legislative amendments to article 323 c.p. result from a certain tendency to consider discretionary power as a whole, so that it is not possible to escape from the alternative between extending judge's control on reserved administrative powers or having a rollback of criminal protection. In this framework, the paper aims to highlight how an analytical consideration of discretionary power can reveal a different model, which could assure the compatibility of abuse of functions with some principles of criminal law and represent an alternative to the repeal of art. 323 c.p.

PAROLE CHIAVE: Abuso d'ufficio - discrezionalità - giudice penale - separazione dei poteri - principio di legalità.

KEYWORDS: Abuse of functions - discretionary power - criminal judge - separation of powers - rule of law.

INDICE. 1. Notazioni preliminari. L'abuso d'ufficio tra proposte di abrogazione nazionali e indirizzi europei: la prospettiva del diritto amministrativo. - 2. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa nel diritto penale vivente. - 3. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa in una prospettiva “costituzionalmente orientata”. - 4. Segue. Le regole suscettibili di violazione nella condotta

1. Notazioni preliminari. L'abuso d'ufficio tra proposte di abrogazione nazionali e indirizzi europei: la prospettiva del diritto amministrativo

Il legislatore italiano ha (di nuovo) messo sul tavolo l'abolizione del reato di abuso d'ufficio (ddl S. 808)² senza troppo curarsi dello stato di avanzamento

² Si tratta del disegno di legge n. S. 808, presentato dal Ministro della Giustizia Nordio e del Ministro della Difesa Crosetto, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*”. Il d.d.l. è stato approvato dal Senato il 13 febbraio 2024; per l'iter cfr. <https://www.senato.it/leg/19/>

della proposta di direttiva europea sulla lotta alla corruzione³, che all'art. 11 contempla espressamente un reato con il medesimo titolo⁴. Verrebbe così accettata l'eventualità che possa rendersi necessario un nuovo intervento legislativo per rispettare gli obblighi derivanti dal diritto eurounitario (salvo contestare, fin da adesso, la conformità della direttiva ai principi di sussidiarietà e proporzionalità⁵).

BGT/Schede/Ddliter/57329.htm.

3 Il 3 maggio 2023 la Commissione europea ha presentato la proposta di direttiva COM (2023)234 sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio. La proposta aggiorna il quadro giuridico dell'Unione in materia di lotta contro la corruzione, vincolando gli Stati membri all'adozione di norme di armonizzazione minima delle fattispecie di reato riconducibili alla corruzione e delle relative sanzioni, oltre che di misure per la prevenzione del fenomeno corruttivo e di strumenti per rafforzare la cooperazione nelle relative attività di contrasto. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52023PC0234>. Si veda anche il *dossier* pubblicato sul sito della Camera: http://documenti.camera.it/leg19/dossier/testi/ES023.htm?_1689389808315.

Sulla proposta si vedano, in termini generali: L.SALAZAR, F.CLEMENTUCCI, *Per una nuova anti corruzione europea: Eu-rbi et orbi*, in *Sistema penale.it* (2023); M. GAMBARDELLA, *La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze, ivi* (2023); Audizione presso la Camera del Presidente dell'ANAC, avv. Giuseppe Busia, <https://www.anticorruzione.it/-/audizione-sulla-proposta-di-direttiva-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-sulla-lotta-contro-la-corruzione-com-2023-234-del-3.5.2023-presso-la-xiv-commissione-politiche-dell-unione-europea-della-camera-dei-deputati-camera-dei-deputati-18-luglio-2023>.

4 Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio (*pubblico*), l'articolo 11 della proposta di direttiva prevede che gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale consistente nell'esecuzione o nell'omissione «di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo». Si ricorda che già la Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida), ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, prevede all'art. 19 il conferimento del carattere di illecito penale, «quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità»: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009;116>.

5 Nella seduta del 19 luglio 2023, la XIV Commissione (Politiche UE) della Camera ha adottato un parere motivato (doc. XVIII-bis, n. 10) ai sensi della procedura per la verifica di conformità al principio di sussidiarietà di cui al Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, contestando la conformità della proposta di direttiva al medesimo principio nonché a quelli di attribuzione e proporzionalità. Il parere motivato è stato confermato dall'assemblea della Camera dei deputati nella seduta del 26 luglio 2023. La proposta risulterebbe in contrasto con il principio di sussidiarietà e con quello di proporzionalità perché «essa detta, senza che sia dimo-

Il dibattito sul disegno di legge appare oggi largamente polarizzato sulla scelta di politica del diritto se mantenere o eliminare la fattispecie di reato⁶, con riferimento alle due principali ragioni addotte a sostegno della proposta di abrogazione. Da un lato, il sensibile squilibrio tra iscrizioni della notizia di reato (numerossime) e decisioni di merito (numericamente quasi irrisorie), che sarebbe indicativo di una “anomalia” che persiste nonostante le modifiche dell’art. 323 c.p. nel tempo intervenute al fine di ricondurre la fattispecie entro criteri normativi più rigorosi. Dall’altro, la convinzione che sia essenzialmente “l’ansia da responsabilità penale” a rallentare o paralizzare l’attività dei funzionari: la mancanza di un confine sufficientemente certo al sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa finirebbe per compromettere l’intera funzionalità amministrativa⁷.

strata la necessità ed il valore aggiunto dell’intervento a livello unionale, una disciplina pervasiva che incide profondamente su normative, quali quelle contenute nei codici penali e di procedura penale, che tengono conto delle specificità dei sistemi, dei dati statistici e delle culture giuridiche, economiche e sociali, nonché dell’ordinamento costituzionale e delle Pubbliche amministrazioni di ciascuno Stato membro». Per quanto riguarda, specificamente, il reato di abuso d’ufficio la Commissione non avrebbe dimostrato «l’asserito carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina, invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell’intervento normativo al principio di sussidiarietà». Si veda [https://www.camerait/leg19/491?](https://www.camerait/leg19/491?idLegislatura=19&categoria=018bis&tipologiaDoc=documento&numero=010&doc=intero)

[idLegislatura=19&categoria=018bis&tipologiaDoc=documento&numero=010&doc=intero](https://www.camerait/leg19/491?idLegislatura=19&categoria=018bis&tipologiaDoc=documento&numero=010&doc=intero).

⁶ Si vedano, in particolare, le Osservazioni del Presidente dell’ANAC, avv. Giuseppe Busia, sulle Proposte di legge in materia di modifica della disciplina dei reati di abuso d’ufficio e di traffico di influenze illecite, in <https://www.anticorruzione.it/-/osservazioni-presidente-anac-su-pdl-abuso-ufficio-1-giugno-2023>. Cfr. anche R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d’ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, *ivi* (2023); R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio*, in *Sistema penale* (2023); G.L. GATTA, *L’annunciata riforma dell’abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, *ivi* (2023); G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d’ufficio. note critiche*, *ivi* (2023); M. PELLISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio e di riformulazione del traffico d’influenze illecite*, *ivi* (2023); C. CUPELLI, *La fine (temporanea) dell’abuso d’ufficio*, in *DisCrimen.it* (2024). Recentemente il rapporto tra burocrazia difensiva e riforma dell’abuso d’ufficio è stato considerato dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2022, n. 8, con cui ha dichiarato inammissibili e infondate le censure di costituzionalità mosse con riguardo all’art. 323 c.p.

⁷ Sulla “paura della firma”: S. BATTINI, *Abuso d’ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, p. 494; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 76; 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.laegislazionepenale.eu, 2020.

In queste note, però, non intendo soffermarmi né sulla rilevanza del dato statistico appena menzionato, né sulla opinabilità del legame tra la celerità nell'attuazione di politiche urgenti (ieri la pandemia, oggi il PNNR, domani chissà) e la riduzione della responsabilità penale dei funzionari, quasi che la fluidità dell'azione amministrativa chieda di *non* rispettare le regole (e non si colleghi invece a una serie ben più ampia di profili)⁸.

Vorrei invece riflettere soltanto sull'abuso d'ufficio e solo lungo il filo che lo lega alla discrezionalità, e vorrei farlo con le lenti dell'amministrativista. Non soltanto perché questi sono i miei "occhiali", ma anche perché credo che la maggior parte dei problemi che riguardano tale fattispecie (e che è fin troppo comodo addossare interamente al giudice penale) dipendano a monte da una mancanza di comunicazione tra diritto penale e diritto amministrativo e da una scarsa consapevolezza circa il significato (attuale) di alcune categorie giuridiche.

La sensazione è che le continue modifiche dell'art. 323 c.p. e le oscillazioni della giurisprudenza derivino dalla tendenza a considerare la discrezionalità (e le regole che la disciplinano) come una specie di pacchetto unico, per cui l'alternativa tende a essere "tutto o niente" (cioè sindacato del giudice anche su ambiti riservati alla p.a. oppure arretramento della protezione penale).

Da qui, i tentativi legislativi di rendere la figura criminosa maggiormente adeguata ai principi penali di determinatezza e tassatività⁹ non hanno avuto buon esito perché ogni volta che il legislatore tentava di fare uscire dalla porta (dal testo dell'articolo) alcuni profili, questi finivano sempre per rientrare dalla finestra (attraverso le sentenze del giudice penale).

⁸ Per una riflessione su questi profili, si vedano F. MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, p. 481; R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023; ID., *Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, p. 303.

⁹ Sulla portata di tali principi si veda 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.

Muovendo da questa impressione, cercherò di evidenziare come una considerazione più analitica (e costituzionalmente conforme) della discrezionalità possa svelare un assetto capace di tenere salda la compatibilità dell'abuso d'ufficio con i principi sopra menzionati e rappresentare così un'alternativa alla abrogazione dell'art. 323 c.p.

2. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa nel diritto penale vivente

L'abuso d'ufficio riflette, da sempre, la difficoltà di trovare un equilibrio soddisfacente tra la necessità di predisporre un sistema sanzionatorio penale adeguato e l'esigenza di preservare l'autonomia dell'azione amministrativa¹⁰: in sintesi, la complessità del rapporto tra amministrazione e giurisdizione penale¹¹.

Tale aspetto ha prodotto una 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, nell'assunto che il *deficit* di determinatezza sia imputabile alla tecnica normativa con cui è redatto l'art. 323 c.p. piuttosto che alla sua interpretazione come formata nel diritto vivente.

10 Per una parte, 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», così T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 747. Per un'altra, 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 appiattare l'illecito penale su quello di carattere amministrativo aprendo «le porte a dannose intrusioni del giudice penale» sulle valutazioni di merito, così A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2007, p. 258.

11 In termini generali, sul rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione cfr. T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969; 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.

Non ripercorro, ovviamente, la storia dell'istituto¹², sebbene proprio quella storia abbia condizionato molte delle successive variazioni sul tema (un esempio per tutti, la rilevanza delle norme di principio e, in particolare, dell'art. 97 Cost.¹³). Prendiamo l'ultima versione dell'art. 323 c.p., quella che – adesso – si vorrebbe abrogare¹⁴. Nel 2020 la condotta sanzionata è stata *contratta*, 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.

12 Sull'abuso d'ufficio si vedano, *ex plurimis*: C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, Cedam, Padova, 2013, p. 942; 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; 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 *Trattato di diritto penale, parte speciale*, II, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Torino, 2008, p. 318; 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. 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; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 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.

13 Cfr. 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.

14 Sull'ultima "versione" dell'art. 323 c.p., cfr. L. PELLEGRINI, *Abuso d'ufficio e diritto vivente*, in *Giur.it.*, 2023, p. 1414; A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 285; V. DE FANTI, *Il primo biennio di applicazione del «nuovo» delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3460; M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 120; G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato?"*, in *Archivio penale*, 2022, p. 821; M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolito criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 493; A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Archivio penale*, 2021, p. 437; 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); T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com (2020); A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemape-nale.it (2020).

Tralascio il tema della violazione delle norme regolamentari (mi limito a ricordare che la giurisprudenza ha comunque recuperato, specie in materia urbanistica, la rilevanza delle fonti subprimarie che operano come presupposti di fatto della norma di legge che si assume violata)¹⁵. E tralascio altresì l'abuso per omessa astensione (la cui eliminazione creerebbe peraltro un incolmabile vuoto di tutela).

Come anticipato, mi soffermo solo sul rapporto tra abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa (che equivale, da un'altra angolatura, a quello tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere)¹⁶. Dopo la riforma, il giudice penale ha affermato che non è la mera esistenza di un potere amministrativo discrezionale a escludere la configurabilità del reato, dovendosi distinguere due diversi ordini di limiti.

È sottratta al giudice penale la verifica dell'inosservanza dei principi generali (in particolare, dei principi di cui all'art. 97 Cost.)¹⁷ e del cattivo uso della discrezionalità, inteso come violazione dei *limiti interni* alla discrezionalità amministrativa. Viceversa, mantiene rilevanza penale (ed è quindi rilevabile dal giudice) l'esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una «distorsione funzionale dai fini pubblici», formula che abbraccia lo sviamento di potere e la violazione dei *limiti esterni* alla discrezionalità¹⁸. Questa distinzione tra limiti in-

15 Cfr. Cass. pen. IV, 8 novembre 2022, n. 46669; Cass. pen. VI, 8 marzo 2022, n. 13148; Id., 23 febbraio 2022, n. 113139; Cass. pen., III, 8 settembre 2020, n. 26384. Sulla rilevanza della violazione di regolamenti laddove operano come norme interposte che si risolvono nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria: Cass. pen., VI, 11 novembre 2021, n. 1606; Id., 16 febbraio 2021, n. 33240.

16 Per un approfondimento, sia permesso di rimandare a C. CUDIA, *Abuso d'ufficio e provvedimento discrezionale tra istituti di diritto amministrativo e necessità del diritto penale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 1299 e ID., *The importance of being Earnest: osservazioni (dalla prospettiva del diritto amministrativo) sulla prima giurisprudenza applicativa del "nuovo" art. 323 c.p.*, in *www.giustamm.it* (2021).

17 Cfr. Cass. pen., VI, 11 luglio 2023, n. 38125; Cass. pen., III, 21 febbraio 2023, n. 17397; Cass. pen., VI, 10 giugno 2022, n. 28402; Id., 7 aprile 2022, n. 23794; Id., 17 febbraio 2022, n. 13136. Residuano pronunce di segno contrario: Cass. pen. I, 6 dicembre 2021, n. 2080 («trattandosi di principio costituzionale di portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione», nel caso di specie, con riguardo al mancato rinnovo dell'incarico di un funzionario comunale, da parte del sindaco, per fini ritorsivi e discriminatori).

18 Così, Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 442; Id., 18 maggio 2022, n. 21643.

terni e limiti esterni della discrezionalità (che evoca in parte la contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione¹⁹), mi pare, è particolarmente indicativa del problema “concettuale” cui accennavo in premessa: è ciò che confonde l'interprete (e l'operatore del diritto) poiché rischia costantemente di recuperare all'interno della condotta penalmente rilevante una molteplicità di ipotesi non sempre riferibili a violazioni di regole specifiche. Da qui, la necessità di una riflessione sui confini dell'art. 323 c.p. al fine di assicurare il rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale oltre che (di riflesso) l'efficienza dell'amministrazione e la tranquillità individuale): una impostazione “mediana” tra le interpretazioni più estensive della giurisprudenza e la eliminazione dell'abuso d'ufficio.

3. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa in una prospettiva “costituzionalmente orientata”

Nel nostro sistema costituzionale, la discrezionalità²⁰ è un prodotto della legge²¹: per questa ragione, la disciplina che la delimita (mediante regole) opera come *limite giuridico* senza che sia necessario distinguere tra limiti interni e limiti esterni.

19 Si veda, per esempio, l'utilizzo che ne viene fatto in A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., p. 278: nei casi in cui si contesti la violazione di *norme sostanziali* o di «relazione», destinate a regolare i profili vincolati della decisione amministrativa, si propone 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 procedimentali, norme sulla competenza), si suggerisce 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».

20 Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, anche per ulteriori riferimenti: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 52; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1964, p. 65; 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.

21 Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 63.

Giuridicamente, cioè, il potere amministrativo non rileva perché (eventualmente) discrezionale, ma soltanto perché è delimitato.

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 insindacabile (il merito).

L'estensione della discrezionalità, però, non attiene alla “qualità” della prospettiva giuridica, nel senso che essa dipende dalla quantità di regole applicabili a una determinata fattispecie: non incide dunque sulla precettività di tali regole, né consente di “localizzarne” la rilevanza, collocandole “dentro o fuori” rispetto all'esercizio del potere.

In estrema sintesi, fin dove arriva la disciplina giuridica la discrezionalità incontra, *semplicemente e comunque*, dei limiti ai modi o ai contenuti del suo esercizio.

Questo approccio – come si dirà tra un momento – è decisivo laddove della discrezionalità debbano occuparsi giudici diversi dal giudice amministrativo e in particolar modo il giudice penale: (anche) per quest'ultimo, la discrezionalità rappresenta un limite rispetto alla pronuncia di merito, ma non ne riduce (in via di principio, salvo indicazioni espressamente disposte dal legislatore) la competenza (o, meglio, la giurisdizione).

Questo vuol dire, da un lato, che deve escludersi il sindacato del giudice penale sul merito amministrativo (in senso stretto, cioè sul cuore della scelta valutativa riservata all'amministrazione)²²; dall'altro, che il sindacato sui profili

22 Sulla nozione di merito amministrativo nella prospettiva della sua (in)sindacabilità si vedano, anche per ulteriori riferimenti, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013, p. 278; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 480.

È ricorrente l'affermazione che il sindacato del giudice penale sul merito sia escluso: cfr. G. VASSALLI, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2059, p. 2055 (che richiama il principio della divisione dei poteri e «un'esigenza di coordinamento con i principi generali del diritto amministrativo nel quale il sindacato sul merito al giudice amministrativo spetta solo in via eccezionale o in determinate materie»); R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 44; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 337; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità dell'atto amministrativo nel processo penale*, cit., p. 114. Tuttavia, in dottrina, non mancano aperture in senso opposto, ritenendosi che laddove la fattispecie penale abbia come oggetto un comportamento genericamente ingiusto, quel controllo possa comunque ritenersi ammissibile:

dell'azione amministrativa che esulano dal merito deve viceversa ritenersi ammissibile²³.

Ciò premesso in termini generali, esiste certamente un profilo ulteriore e diverso che attiene alla tecnica (ancora giuridica) di formulazione della norma, che può condurre a regole di comportamento puntuali oppure a regole “elastiche” (principi, clausole generali, concetti giuridici indeterminati)²⁴.

Il potere discrezionale risulta così limitato da *tipi* di regole diverse: principi “speciali” (per esempio, l'imparzialità), principi comuni anche ad altri settori dell'ordinamento (per esempio ragionevolezza e proporzionalità), regole puntuali relative tanto a requisiti formali/procedurali quanto ai presupposti sostanziali per l'esercizio del potere.

R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 1135; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari, 1979, 155. Sul tema, in termini generali, si veda anche M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 108.

23 Da ciò discende la possibilità per il giudice penale accedere al sindacato sull'esercizio della discrezionalità attraverso il vizio di eccesso di potere: C. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 22; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, p. 184; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo ed il giudice ordinario*, Jovene, Napoli, 1963, p. 222; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità dell'atto amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969; F. BASSI, *Il sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo e la conoscibilità del vizio di eccesso di potere*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 37. Più recentemente, e in termini generali, F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1617.

24 Non è questa la sede per approfondire la differenza tra le categorie di regole menzionate (anche perché, come si dirà tra un momento, esse non hanno attualmente rilevanza rispetto alla sussistenza del reato di abuso d'ufficio). Si rileva solo come 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 – in qualsiasi settore del diritto – un'attività di tipo interpretativo. Su questi temi si veda, da ultimo, F. SAIITA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, ES, Napoli, 2023, p. 97. Cfr. anche, con particolare riferimento al significato che queste regole assumono nel diritto amministrativo, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, ETS, Pisa, 2021; A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1229; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1197; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, p. 739; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998.

Naturalmente, possono cambiare i contenuti delle regole 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. 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, la sua struttura regolativa, in quanto tale astrattamente verificabile da qualunque giudice.

In questo quadro, descritto in termini molto semplificati ma conformi alla "immagine costituzionale" dell'amministrazione, 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 α qualora sia violata una regola testualmente disposta e/o formulata in modo puntuale (*i.e.* non elastico)²⁵.

Questa, però, è una scelta che si focalizza sulle regole e non sul potere: è una attività selettiva che ha per oggetto le regole rilevanti rispetto a una data ipotesi di reato, non il potere discrezionale in quanto tale.

E ciò 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

25 C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*: «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».

potere amministrativo, quelle la cui violazione è necessaria per la sussistenza del reato (unitamente a tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie criminosa).

L'ultima versione dell'art. 323 c.p., appunto, richiede che siano violate regole aventi 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.

Per sciogliere la matassa relativa al rapporto tra abuso d'ufficio e potere discrezionale (o tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, quale vizio proprio del provvedimento discrezionale), è necessario dunque verificare quali regole soddisfino i requisiti previsti.

Occorre però una precisazione preliminare sull'espressione «non residui-
no margini di discrezionalità».

Se il legislatore avesse voluto limitare l'ambito di operatività dell'abuso di ufficio alle ipotesi di attività amministrativa vincolata²⁶, avrebbe impiegato 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 esaurita²⁷.

Che la discrezionalità si sia esaurita non vuol dire che l'attività fosse “a monte” vincolata, ma che elementi (di fatto o di diritto) la abbiano reso in pratica insussistente: abbiano tolto cioè al funzionario qualunque spazio per l'eser-

26 Intendendo come tali le 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 certo effetto giuridico, senza lasciare all'amministrazione alcun potere di tipo valutativo. Cfr. D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 300.

27 Cfr. Cass. pen., VI, 1° febbraio 2021, n. 14214: «rilevano non solamente i casi in cui la violazione ha a oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (nell'*an*, nel *quomodo*, nel *quid* e nel *quando*), ma anche i casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto o del comportamento in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio».

cizio del potere discrezionale: perché, per esempio, la strada non poteva passare da un certo punto perché la conformazione del terreno non lo consentiva, 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 valutativo²⁸, la qual cosa consente (a certi effetti) di equiparare la discrezionalità esaurita alla attività vincolata.

Se si muove dalla precedenza (e dalla prevalenza) della legge sulla discrezionalità amministrativa²⁹, è ben possibile partire dalla verifica della sussistenza di tutti gli elementi di disciplina stabiliti dalla legge per poi verificare se residui in capo all'amministrazione un ambito per procedere a valutazioni riservate (e quindi insindacabili)³⁰.

28 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.

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

30 Questa possibilità di "scomporre" la nozione di discrezionalità trova peraltro conferma in alcuni istituti nei quali il legislatore, a determinati effetti, considera l'attività amministrativa nella quale si è realizzata una consumazione della discrezionalità come una ipotesi (diversa ma) equivalente alla attività vincolata.

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 potere; 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.

Inoltre, 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). Cfr. 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 rego-

Lo schema tratteggiato consente di configurare l'abuso d'ufficio *anche* in presenza di un potere discrezionale senza creare fratture in astratto (con riferimento alla separazione dei poteri e ai confini della giurisdizione penale rispetto all'attività riservata all'amministrazione) e in concreto (con riguardo all'autonomia dell'azione amministrativa e alla serenità del funzionario).

4. *Segue*. Le regole suscettibili di violazione nella condotta sanzionata dall'art. 323 c.p.

In modo consequenziale, il modello interpretativo proposto rende possibile individuare quali siano le violazioni di regole rilevanti affinché la fattispecie in esame possa ritenersi integrata (a condizione, ovviamente, che sussistano tutti gli altri elementi costitutivi del reato).

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.

La discrezionalità non è riferibile alla prospettiva "statica" riguardante la sussistenza dei presupposti per l'esercizio di un potere legalmente dato, sui quali dovrà essere *successivamente* fondato il potere valutativo riservato. Non può affermarsi, cioè, l'esercizio di un potere discrezionale di cui in radice non sussistono i presupposti: se questi mancano si verifica, al contrario, la violazione di una «specifica regola di esclusione, cioè di una *regola iuris*, avente a oggetto il divieto dell'esercizio del potere, quand'anche connotato da un contenuto discrezionale»³¹. In queste ipotesi, a ben vedere, nessuna differenza è suscettibile di emergere in relazione al carattere vincolato o discrezionale dell'attività ammini-

la l'azione amministrativa, ma dipende dallo svolgimento che in concreto abbia avuto quell'azione amministrativa».

31 Cfr. Cass. pen., fer., 17 agosto 2021, n. 42640, sull'esercizio da parte di un sindaco del potere di requisizione in assenza del presupposto della «grave necessità pubblica» (nel caso di specie, il Sindaco aveva disposto la requisizione di un immobile di per destinarlo a un soggetto nei cui confronti stava per essere eseguito uno sfratto per morosità, ragione che non era idonea a integrare una situazione di grave necessità pubblica, caratterizzata da somma urgenza, tale da legittimare l'intervento del sindaco stesso. Cfr. anche Cass. pen. V, 24 giugno 2022, n. 36001, sia pure con riferimento a una condotta viziata da incompetenza relativa, ove il potere di adottare l'atto emesso dall'agente sia attribuito ad altro soggetto da norme di legge (nel caso di specie, atto di ricognizione di debito emesso da un sindaco).

strativa: in difetto di un presupposto essenziale per l'esercizio del potere, la discrezionalità è esaurita nel senso sopra indicato che il funzionario non "arriva" a effettuare alcuna valutazione.

Il discorso è più articolato in riferimento alle regole dirette a limitare i modi di 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, è senz'altro rilevante rispetto al reato in esame.

Esso, infatti, è riconducibile alla violazione di legge (della legge attributiva del potere)³². Il vincolo di scopo è stabilito dalla norma e opera quindi come un qualsiasi limite giuridico: richiedendo che sia riscontrata (anche dal giudice penale) la possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento (e che è il risultato del bilanciamento degli interessi coinvolti) all'interesse assunto dalla norma come fine del potere attribuito³³.

Non sarà invece possibile 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.); fermo restando il suo possibile rilievo in sedi extrapenali. Analogamente, se il provvedimento soddisfa un interesse privato, si potrà ipotizzare l'abuso d'ufficio solo se l'interesse pubblico concreto (nel qua-

32 Si vedano E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, I agg., Utet, Torino, 2012, p. 1; 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: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 173; F.G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. Mazzaroli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1990, p. 171.

33 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2022, n. 21643: lo sviamento consiste «in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici», «laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito».

le quell'interesse privato è venuto a confluire) non sia in alcun modo 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 corrispondono invece a regole "elastiche".

Molte delle prime sono state codificate (soprattutto con la legge 241 del 1990)³⁴: per esempio, la carenza di motivazione, il difetto di istruttoria, la mancata predeterminazione di parametri obbligatori, il travisamento dei fatti; con la conseguenza che esse possono essere costruite direttamente come violazioni di legge³⁵.

Si tratta di violazioni che soddisfano quanto richiesto dal vigente art. 323 c.p., perché hanno un 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: la loro rilevanza (la loro capacità di limitare il potere) si colloca in un momento preliminare e indipendente dall'esercizio della discrezionalità. Il carattere puntuale e specifico delle regole le emancipa, insomma, dal profilo decisorio in senso stretto, dalla attività valutativa rimessa all'amministrazione³⁶.

Diversamente deve dirsi per le figure che corrispondono alla violazione di principi o clausole generali.

In verità, molte di quelle regole hanno un fondamento normativo espresso (per es. gli artt. 3 e 97 Cost.).

34 Sul punto si veda C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit. Cfr. pure 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».

35 Si veda Cass. pen., III, 21 febbraio 2023, n. 17397: nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, l'agente aveva indicato il candidato da nominare senza indicare le ragioni della prevalenza rispetto agli altri candidati.

36 In giurisprudenza è stato evidenziato come debba ritenersi specifica «una regola dal cui contenuto precettivo possa staticamente desumersi il suo contrario, cioè la sua violazione, a prescindere dall'evoluzione di un determinato iter e dal suo risultato complessivo»: qualora «una siffatta disposizione non sussista o non sia in concreto ravvisabile deve escludersi la possibilità di un apprezzamento dell'iter procedimentale, sviluppatosi sulla base di una valutazione discrezionale», così Cass. pen., fer., 17 agosto 2021, n. 42640, cit.

Inoltre, in termini generali, anche l'applicazione di norme elastiche può essere condotta 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 valutativo³⁷.

Ciò che esclude la rilevanza penale dei precetti in esame alla luce della *attuale* configurazione dell'abuso d'ufficio è la mancanza del requisito della "specificità", prescritto dall'art. 323 c.p.: la specificità rimanda non all'esistenza di una previsione normativa espressa ma al carattere puntuale (cioè non elastico) della regola.

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, può osservarsi che 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. Ciò non vuol dire che esse non siano capaci di limitare il potere amministrativo, ma che si collocano 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.

³⁷ In materia penale, la Corte costituzionale ha segnalato che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti elastici», non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo, così Corte Cost. 7 giugno 2019, n. 141.

5. Osservazioni conclusive

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. accoglie dunque una nozione di contrarietà a diritto *limitata*³⁸ rispetto a quella prevista in altre fattispecie penali (per es. la corruzione) e a quella propria del diritto amministrativo.

Il legislatore ha costruito 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 riservata all'amministrazione.

Ciò non vuol dire, però, che l'abuso non possa verificarsi in presenza di un potere discrezionale: perché può realizzarsi attraverso lo sviamento di potere e la violazione di regole di condotta di rango legislativo, espresse e puntuali, 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 diffondendo tra coloro che sono chiamati a formare, a interpretare e a usare le norme una maggiore "cultura delle regole". Intesa quest'ultima come conoscenza delle specifiche regole da applicare e, prima ancora, come percezione del loro significato giuridico e della loro precettività quale idoneità a limitare il potere e, quindi, a generare obblighi di comportamento.

Mi sembra che l'interpretazione proposta possa garantire il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali e il raggiungimento di quella "serenità del funzionario" che si vorrebbe perseguire con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.

In prospettiva, è compatibile con l'art. 11 della proposta di Direttiva europea che collega l'abuso d'ufficio alla "violazione di legge", assicurando in questo modo la afferrabilità delle condotte passibili di incriminazione.

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

Infine (ma la notazione in realtà è preliminare a tutte le altre) evita di ritenere che la discrezionalità costituisca di per sé un limite per il giudice penale: tesi che comporterebbe dubbi di costituzionalità, allargando (in un ambito nel quale il rispetto del principio di legalità è fondamentale) la sfera di insindacabilità e avvicinando pericolosamente l'atto discrezionale all'atto politico.

Se il giudice penale si ritraesse davanti alla discrezionalità amministrativa, incorrerebbe in una forma di “eccesso di potere giurisdizionale” rispetto non all'amministrazione ma al legislatore: per lo scrupolo di rispettare la sfera riservata alla prima, sconfinerebbe nel “merito politico” del secondo, oltretutto «in contrasto con l'articolo 113 Cost. che gli affida la tutela dei diritti contro tutti gli atti dell'amministrazione, compresi quelli che risultano dall'esercizio di poteri discrezionali»³⁹.

³⁹ Così, A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 186.