

IL SINDACATO PENALE SULLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA ALLA PROVA DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE DELL'AGIRE PUBBLICO*

di Federica Barletta e Alberto Cappellini

(*Dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Firenze;*

Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Firenze)

SOMMARIO: 1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa come crocevia tra amministrazione, cittadino e giudice. L'ottica del diritto penale e del diritto amministrativo a confronto. – 2. L'approdo del problema generale sul piano delle singole fattispecie penali. Il *discrimen* tra corruzione propria e impropria; l'abuso d'ufficio tra tensioni politico-criminali e tipo in perpetua riforma. – 3. Discrezionalità amministrativa ed eccesso di potere nell'ottica di sospetto del diritto penale. Figure sintomatiche e progressiva giuridificazione nel campo del diritto amministrativo. – 4. La progressione della legittimità, a scapito del merito, nell'evoluzione della discrezionalità amministrativa. La moltiplicazione delle regole di comportamento destinate al pubblico funzionario nel quadro della regolazione "flessibile" tipica delle amministrazioni moderne. – 5. Riflessioni conclusive. La prevedibilità-calcolabilità come orizzonte di convergenza della legalità penale e di quella amministrativa.

1. Il sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione è un tema di risalente consuetudine nel dibattito dottrinale, sia penalistico che amministrativistico. Nell'aspetto che qui interessa, esso attiene all'esame compiuto dal giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa – in particolar modo quella discrezionale – quale elemento normativo di una fattispecie che incrimina fatti commessi dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni¹.

* Il lavoro trae origine dall'omonima relazione tenuta al *Decimo Corso di Formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli"* per Dottorandi e Dottori di ricerca, evento sul tema *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, organizzato contestualmente all'Ottavo Convegno della Sezione "Giovani penalisti" del Gruppo italiano dell'*Association internationale de droit pénal* (AIDP) presso il *The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*, poi tenutosi in forma webinar nei giorni 22-24 ottobre 2020, e costituisce una versione maggiore dello scritto già destinato alla pubblicazione negli atti del convegno per i tipi di Giuffrè-Francis Lefebvre. Si ringrazia l'editore per averne consentito l'anticipazione in questa sede. Lo scritto è complessivamente frutto di una riflessione congiunta dei due Autori, nella ricerca di un punto di incontro fra le discipline oggetto del loro campo di studio, ovvero il diritto penale per Alberto Cappellini e il diritto amministrativo per Federica Barletta. Tuttavia, la redazione dei paragrafi 1 e 2 è attribuibile al primo, quella dei paragrafi 3 e 4 alla seconda, mentre le conclusioni del paragrafo 5 sono state scritte assieme dai due.

¹ Tenendo presente come una parte importante del dibattito in materia si sia svolto nella letteratura incentrata sul delitto di abuso d'ufficio, alla quale faremo riferimento più avanti, si possono ricordare fin d'ora, per tutti: R. Venditti, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *RIDPP*, 1965, 28 ss.; T. Alibrandi, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *RTrimDPubl*, 1970, 784 ss.; G. Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Roma – Bari 1979; G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996; C. Franchini, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova 1998; M.

Il nodo politico-costituzionale sotteso alla questione, come noto, è quello della separazione dei poteri esecutivo e giudiziario. Sotto tale angolazione esso vede fronteggiarsi da un lato l'esigenza di un controllo giudiziale dell'azione amministrativa e, dall'altro, il rischio che tale controllo trascinasse in una ingerenza dell'ambito di attività riservato alla pubblica amministrazione.

Sul piano dei valori coinvolti nella questione, questo conflitto tra interessi si mostra in tutta la propria cangiante complessità: intersecando punti di vista apparentemente lontani, quali quelli propri del diritto penale e del diritto amministrativo. In termini generalissimi, esso vede militare, sul versante del *favor* per il bisogno di controllo dell'agire pubblico, anzitutto un interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, nonché all'efficienza della stessa, connesso alla non dispersione di risorse pubbliche, assieme a quello dei singoli privati lesi dall'atto abusivo. Sul versante opposto, invece, spingono per lasciare uno spazio più ampio possibile alla libertà del decisore pubblico sia l'esigenza "penalistica" di garanzia per il singolo amministratore accusato, sia – quantomeno rispetto alla fenomenologia dell'abuso d'ufficio – l'interesse "amministrativistico" a impedire la paralisi dell'azione pubblica indotta dalla cosiddetta "paura della firma", che induce comportamenti di "burocrazia difensiva".

Il presente lavoro cerca di fornire un contributo all'approfondimento di un tema sì "classico", ma di persistente attualità e indubbia divisività nel dibattito dottrinale e – più in generale – di politica del diritto, anche a carattere non strettamente scientifico. Il penalista, in special modo quello di estrazione accademica o forense – che per consuetudine culturale è in primo luogo preoccupato circa i possibili abusi del potere punitivo del giudice – tende inevitabilmente a vedere in modo critico certe tendenze giurisprudenziali attuali, espansive della penalità nell'ambito dei delitti del pubblico ufficiale contro la p.a. Queste ultime, infatti, si fanno interpreti di un clima della pubblica opinione ispirato a istanze di legalità dell'azione pubblica, dunque di prevenzione generale: le quali talvolta assumono i tratti di un punitivismo moralizzatore di estrazione populistica, che eleva la repressione penale da *extrema ratio* a indebito e pervasivo surrogato di un'etica pubblica, peraltro indubitabilmente carente nell'attuale frangente storico-sociale, che dovrebbe trovare altrove i propri fondamenti².

Petrone, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano 2000; M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002; F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *CP*, 2012, 1614 ss.; C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova 2014, 69 ss.; S. Massi, *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Torino 2019, 13 ss. Il tema oggetto del presente lavoro è attiguo a quello della disapplicazione, ovvero il potere del giudice penale di non tener conto di un atto amministrativo, stimato illegittimo, nel decidere dell'illiceità penale di un fatto umano ad esso terzo: sulla distinzione cfr. M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *RIDPP*, 2013, 744; sulla disapplicazione, per tutti, cfr. altresì R. Villata, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1980.

² Il processo di elevazione della repressione penale a surrogato dell'etica pubblica, secondo l'idea distorta che solo un'incriminazione sia capace di veicolare un messaggio promozionale di valori nel tessuto sociale, trova proprio nei delitti dei funzionari contro la p.a. uno dei campi d'elezione. La letteratura sul punto, alimentata dalle riforme degli ultimi anni e connessa al tema del c.d. populismo penale, è ampia: per tutti, M. Donini, *Il diritto penale*

Eppure, a fianco di questo racconto penalistico incentrato sullo scontro tra la ragioni della repressione e quelle della garanzia, c'è un'altra storia parallela, che merita anch'essa di essere considerata: è la storia dell'evoluzione della discrezionalità dell'agire pubblico, narrata perlopiù dalla riflessione amministrativistica. Essa disegna una traiettoria che passa dal paradigma della tradizione liberale – lo splendore dell'autoritatività e del potere dell'amministrazione, la tendenziale insindacabilità della scelta discrezionale espressa nel provvedimento amministrativo – verso scenari di maggiore giustiziabilità, controllo dei pubblici apparati, tutela dei singoli cittadini innanzi all'agire della p.a. È un tendenza, questa, che come si vedrà si manifesta anzitutto sul piano dell'estensione della componente di legittimità della discrezionalità, a scapito del merito; ma anche, in modo connesso, su quello dell'espansione del novero di regole a carattere “flessibile”, *lato sensu* “soft”, che, prendendo le mosse dalla concretizzazione dei principi generali relativi all'azione amministrativa, cercano di stringere sempre di più l'esercizio della discrezionalità entro limiti giuridificati, dunque giustiziabili. In questa diversa ottica – in cui il “potere” da cui il cittadino necessita protezione non è quello giudiziario ma quello del decisore pubblico – l'espansione del controllo del giudice, non solo amministrativo ma anche penale, sembra il corollario inevitabile del processo evolutivo in atto circa il modo di essere dell'amministrazione e del suo rapportarsi con i privati³.

Dopo essersi brevemente soffermati sull'articolazione penalistica del problema generale a livello di singole fattispecie, l'indagine verterà dunque sul raffronto con le tendenze evolutive del diritto amministrativo. In tal modo, si potrà iniziare a verificare se e in che misura esse possano gettare una luce in parte nuova in un dibattito che solitamente è più orientato all'esclusività dell'angolo visuale penalistico, ma che in realtà concerne una materia per sua natura inevitabilmente intrisa di pluridisciplinarietà, a cavallo tra il mondo della repressione penale e quello della regolazione dell'attività amministrativa discrezionale.

come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo di autore”, Modena 2014, nonché in parte, più di recente, Id., *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019, 7 ss.; E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma 2019, spec. 91 ss.; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.2.19, 235 ss.; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, spec. 213 ss.; V. Mongillo, *Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali*, in *RIDPP*, 2020, 967 ss.; in particolare, sulla tendenza convergente tra politiche per il contrasto alla criminalità organizzata e alla corruzione, cfr. per tutti T. Guerini, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in www.archiviopenale.it, 3-2019, spec. 17 ss.; più in generale, cfr. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim*, 2013, 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Crim*, 2013, 123 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Crim*, 2014, 197 ss.; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *QuestGRTrim*, 1-2019, 79 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna 2019; S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*², Milano 2020.

³ Nella letteratura penalistica in materia di abuso di ufficio, già R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova 2012, 84, richiamava l'attenzione sulla necessità di tenere in maggior conto il versante “amministrativo” della questione: «la mancata valorizzazione dell'evoluzione della materia amministrativa conduce a ricostruzioni che, per quanto raffinate, suggestive e animate da condivisibili esigenze di garanzia e razionalità del sistema, non per questo appaiono meno artificiose e ripiegate sulla limitazione del potere del giudice (e non sul suo “indirizzo”)».

2. Una prima importante ipotesi in cui si articola il problema in discussione è quella incarnata dal concetto di «atto contrario ai doveri d'ufficio» previsto nel delitto di corruzione propria di cui all'art. 319 Cp⁴. Più in particolare, fino alle modifiche introdotte dalla c.d. legge Severino alla parallela ipotesi di corruzione impropria ex art. 318 Cp, tale elemento normativo tracciava esattamente il *discrimen* tra i delitti in questione, giacché la fattispecie meno grave veniva integrata dal corretto compimento di un atto d'ufficio, pur assistito da un sottostante patto corruttivo con un privato. L'esigenza fatta propria dalla l. n. 190/2012 di incriminare anche, più in generale, la corruzione «per l'esercizio della funzione», cioè pure a monte o a prescindere dall'emanazione di singoli e specifici atti amministrativi, nel rompere la precedente simmetria sistematica non ha tuttavia intaccato la centralità del problema relativo all'estensione dell'ambito del sindacato penale sulla discrezionalità pubblica, quantomeno rispetto alla ricorrenza degli estremi della corruzione propria ex art. 319 Cp⁵.

Rispetto a ciò, resta prevalente in giurisprudenza la tendenza a ritenere la condotta corruttiva del pubblico agente di per sé sola capace di inquinare l'imparzialità della scelta operata, a prescindere da qualsiasi tipo di verifica di effettiva legittimità della stessa⁶. Tale tendenza è stata criticata sia in dottrina⁷ che – almeno in termini di principio – dalla più accorta giurisprudenza di legittimità⁸: giacché su tale china l'elemento corruttivo finirebbe per fagocitare quel disvalore “aggiuntivo” consistente nell'illegittimità dell'atto che sta alla base della maggior gravità della corruzione propria; al contempo vanificando la previsione legislativa dell'ipotesi meno grave ex art. 318 Cp, destinata ad essere schiacciata sul piano applicativo dall'indebita espansione della corruzione propria.

⁴ La letteratura sul tema è ampia. In termini essenziali, per tutti: G. Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *GP*, 1979, II, c. 305 ss.; V. Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *RIDPP*, 2000, 926 ss.; S. Massi, «*Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». “Offesa” e “infedeltà” nella struttura della corruzione propria, Torino 2004; 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 *DPubbl*, 2017, 683 ss.

⁵ Sulla partizione della corruzione propria e impropria dopo la riforma del 2012 cfr., per tutti, S. Del Corso, *Il delitto di corruzione “propria”*, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Milano 2013, 207 ss.; F. Cingari, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 405 ss.; S. Massi, *La determinabilità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nella fattispecie di corruzione propria*, in *RTrimDPenEc*, 2016, 745 ss.

⁶ «L'accettazione di un'indebita retribuzione, pur se riferita ad un atto legittimo, configura comunque una violazione del principio di imparzialità»: Cass. 11.4.2014 n. 22707 Lo Cricchio. Similmente, tra le tante, Cass. 20.10.2016 n. 3606/2017 Bonanno; Cass. 15.9.2017 n. 46492 Argenziano; Cass. 5.4.2018 n. 29267 Baccari.

⁷ Per tutti, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*⁴, Milano 2019, 209 ss.; F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino 2012, 112 ss.; C. Cudia, *L'atto discrezionale nel reato di corruzione propria tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *DPP*, 2019, 837 ss.

⁸ Così Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020 Buzzi, relativa al noto caso “Mafia Capitale”, 128 ss., che rigetta formalmente l'automatismo tra tangente e violazione dell'imparzialità, affermando come sia necessario valutare se siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale: benché riferendosi espressamente, quali esempi di corruzione impropria, solo ai casi in cui la proposta corruttiva del privato mirasse ad escludere «pregiudizi in suo danno» o «indebite interferenze altrui» (132).

Senonché, sul piano politico-criminale, l'ispirazione indubitabilmente generalpreventiva di simili tendenze giudiziali si colloca in un ambito di non equivocità, e dunque minore criticità applicativa, data dallo scenario complessivamente *contra ius* in cui comunque si colloca l'azione del pubblico funzionario, marchiato dalla presenza dell'episodio corruttivo. Più in particolare, se il preesistente ampio divario sanzionatorio tra le due fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 Cp ancora poteva alimentare forti preoccupazioni circa gli effetti fortemente peggiorativi quanto a pene comminate e risvolti processuali determinati dal *trend* espansivo della corruzione propria nell'interpretazione giurisprudenziale, il livellamento "verso l'alto" della forbice edittale prevista per il delitto di corruzione impropria recentemente operato dalla riforma c.d. Spazzacorrotti del 2019 ha di fatto finito per smussare le asperità applicative connesse al precedente "salto" sanzionatorio⁹.

L'ipotesi in cui, invece, l'impatto della soluzione fornita circa l'ampiezza del sindacato che il giudice penale può operare sull'atto discrezionale è da sempre stato massimo è quella del delitto di abuso d'ufficio: fattispecie sulla quale si addensano più che altrove le tensioni politico-criminali sottostanti al tema del sindacato penale sulla discrezionalità, e conseguentemente si avvertono con più vigore le difficoltà applicative conseguenti¹⁰.

I motivi sono evidenti. Il reato di cui all'art. 323 Cp è infatti norma di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.: confina con l'irrilevanza penale, che in un contesto ordinamentale quale il nostro – dove la penalizzazione purtroppo è spesso non solo sufficiente ma anche, per così dire, "necessaria" a rendere anti-giuridico un fatto, in spregio al principio di *extrema ratio* – tende a essere sostanzialmente intesa come lecita *tout court*. A differenza della corruzione propria –

⁹ Sui livelli sanzionatori risultanti dalle modifiche introdotte dalla l. n. 3/2019, per tutti, T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in www.archiviopenale.it, 3-2018, ss. Più in generale, sull'*escalation* sanzionatoria delle riforme in materia degli ultimi anni, V. Scalia, *La corruzione: a never ending story*, Torino 2020, 627 ss., nonché il collettaneo a cura di G. Fidelbo, *Il contrasto dei fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino 2020.

¹⁰ Sul rapporto tra abuso d'ufficio e accertamento della legittimità dell'atto discrezionale la letteratura è molto ampia. Oltre ai testi generali sul tema del sindacato penale già ricordati, senza pretesa di esaustività, si ricordano sul testo precedente alla riforma del 2020: T. Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP*, 1989, 85 ss.; I. Caraccioli, *Abuso d'ufficio e controllo del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *NuovaRass*, 1994, 2349 ss.; G. Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *QuestG*, 1996, 315 ss.; S. Seminara, sub artt. 323, 324, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, Torino 1996, 248 ss.; M. Gambardella, *Considerazione sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *CP*, 1998, 2335 ss.; C. F. Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *FI*, 1999, V, c. 331 ss.; G. De Francesco, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *CP*, 1999, 1634 ss.; A. Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, Milano 2001; A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 29 ss.; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTrimDPenEc*, 2009, 879 ss.; A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2012; Id., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli 2012; G. Di Vetta, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Crim*, 2016, 399 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in www.archiviopenale.it, 1-2019; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 27 ss.

dove un altro elemento, lo scenario corruttivo, già tinge di illiceità la condotta, mentre la qualifica abusiva dell'atto rimane funzionale a integrare l'ipotesi più grave ex art. 319 c.p. – nel delitto di abuso d'ufficio l'ingiustizia della condotta è dunque il problema decisivo su cui corre la capitale differenza tra un agire pubblico legittimo e l'integrazione di un illecito penale.

A ciò va aggiunto che la questione del sindacato è sovente complessa, dato che il comportamento discrezionale è spesso equivoco nella sua qualificazione¹¹. Così, il confine ultimo del sistema dei delitti contro la p.a. del funzionario pubblico si pone come oscuro, confuso, indeterminato. L'amministratore si muove sempre su un filo sottile, nel rischio continuo che un proprio comportamento venga letto *ex post* come lesivo di una serie di regole di condotta, di limiti al suo agire, non previamente scolpiti "a lettere di fuoco" bensì ricavati da un'operazione ermeneutica che scorga, con la logica del senno di poi, divieti specifici nel gran corpo dei generali principi di imparzialità e correttezza dell'azione pubblica. Non stupisce, dunque, come si accalchino sull'abuso d'ufficio, da un lato, le sollecitazioni di marca generalpreventiva, moralizzatrici della politica e, di riflesso, dell'amministrazione, che a tale fattispecie fanno tipicamente appello come ultima spiaggia, quando manchi la prova di un fatto corruttivo a sorreggere il sospetto accusatorio; mentre, dall'altro, resistano le istanze della categoria dei funzionari, sospesa tra l'inevitabilità delle scelte discrezionali e la tentazione della paralisi, del "non fare", come difesa dal rischio penale onnipresente.

Questo quadro generale sul piano politico-criminale va correlato al problema dogmatico del tipo ex art. 323 Cp: la cui perenne riforma – è stato riscritto, com'è noto, nel 1990, nel 1997 e da ultimo nel luglio 2020 – mirerebbe a sanare le storture applicative impresses dalla giurisprudenza come conseguenza delle pressioni anzidette; ogni volta mancando tuttavia il risultato prefisso. Tali vicende spingono dunque naturalmente a chiedersi che rapporti intercorrano tra la questione generale della portata del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, il problema politico-criminale descritto che si addensa intorno alla figura limite dell'abuso d'ufficio e il tema di come è opportuno che sia formulato il tipo di cui all'art. 323 Cp.

Soffermandosi dunque sul fatto tipico di abuso d'ufficio, nella sua evoluzione normativa, si può anzitutto affermare come, fra tutti gli elementi costitutivi, esso sia sempre stato incentrato sull'elemento caratterizzante "forte" dell'ingiustizia del comportamento amministrativo, alternativamente alla violazione dell'obbligo di astensione, in ogni caso parametri espressione dell'uso distorto del potere pubblico. Non che, naturalmente, il tipo del delitto in questione si esaurisca solo in tale elemento: anzi, le progressive formulazioni dell'art. 323 Cp sono state sempre più infarcite di elementi costitutivi, e ciò proprio allo scopo di tentare di delimitare con forza crescente l'area di punibilità, in perenne tensione espansiva. Ciò non toglie, tuttavia, che la "cifra" qualificante il delitto, nelle sue evoluzioni, sia sempre rimasta l'abusività dell'atto: e non può essere altrimenti, pena lo snaturamento del concetto

¹¹ Equivoco cioè nel giudizio circa la rispondenza in diritto tra il potere attribuito dalla legge e il suo corretto utilizzo, mentre un elemento quale il patto corruttivo, al più, potrà essere equivoco in fatto.

stesso di “abuso d’ufficio”. Gli altri elementi costitutivi del fatto ne delimitano sì i confini, ritagliando e cesellando l’area del penalmente rilevante, ma è l’ingiustizia della condotta a costituire, fondare, il disvalore del tipo criminoso *de quo*. Sul piano applicativo, peraltro, la giurisprudenza ha sostanzialmente marginalizzato gli altri elementi costitutivi via via introdotti – il dolo intenzionale, l’evento alternativo di danno o vantaggio per sé o per altri, la “seconda” ingiustizia relativa al risultato – eludendo la loro funzione di frammentarizzazione dell’illecito e perseverando nell’incentrare la sussistenza del fatto perlopiù ancora sul carattere abusivo dell’azione amministrativa¹².

Il fallimento della traslazione dell’accento, del “peso” del tipo su elementi altri da quello dell’ingiustizia della condotta si è accompagnato, allo stesso tempo, a un tira e molla tra legislatore e giurisprudenza circa le modalità della sua valutazione. La riforma del 1997 aveva consegnato un testo che, qualificando tale elemento normativo con l’espressione «in violazione di legge o di regolamento», mirava a tagliar fuori di netto qualsivoglia sindacato del giudice penale in ipotesi di attività discrezionale: fuori dalla violazione di legge – vizio che assiste le componenti vincolate dell’attività – si sarebbe dovuti cadere al di fuori del tipo, vanificando per il delitto *ex art. 323 Cp* qualsivoglia potere di sindacato da parte del giudicante.

L’opzione, sulla carta, era rigorosa: eppure la giurisprudenza ha frustrato l’intento della riforma, approdando, a mezzo di un’ermeneutica quantomeno estensiva, se non addirittura analogica, a scenari di controllo sempre più ampio sullo svolgimento della funzione amministrativa discrezionale da parte del giudice penale. Se alcune sentenze avevano tentato comunque di porre alcuni paletti oltre i quali il giudicante non si sarebbe potuto spingere¹³, la corrente maggioritaria si è presto indirizzata verso la generalizzazione totale del controllo del giudice. Il mezzo con cui

¹² Su tali percorsi giurisprudenziali, con particolare riferimento allo svilimento della “doppia ingiustizia”, per tutti T. Padovani, *Le metamorfosi dell’abuso d’ufficio*, in *IP*, 2017, 1003 ss., nonché, più in generale, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*⁴, cit., 367 ss.; sulle difficoltà applicative in relazione all’elemento soggettivo cfr. ampiamente A. Vallini, *L’abuso d’ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011, 320 ss., nonché C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Milano 2016, 459 ss., A. Di Martino, *Abuso d’ufficio*, in A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*², Torino 2008, 267 s., M. Catenacci, *Abuso d’ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, V, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino 2016, 141 s. Un altro aspetto trascurato nelle sue potenzialità di selezione dell’illecito, a scapito delle indicazioni presenti in dottrina, è quello del giudizio di evitabilità dell’evento lesivo in presenza di una condotta alternativa lecita, ovvero sia del fatto che il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti debbano costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intendeva prevenire: il tema, sviluppato ampiamente a livello monografico da A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 34 ss., è poi da ultimo confluito nel testo della proposta di riforma del delitto di abuso d’ufficio c.d. “Castaldo-Naddeo” (invero sviluppata nello scenario precedente al d.l. n. 76/2020), rispetto a cui v. il volume collettaneo a cura di A. Castaldo, *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino 2018.

¹³ Emblematica è la prima sentenza sul tema dopo la riforma del 1997: Cass. 4.12.1997 Tosches, annotata da V. Manes, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *FI*, 1998, II, c. 390 ss. Dopo di essa, altre pronunce riconducibili allo stesso filone che esclude la generalizzabilità del sindacato ne hanno comunque interpretato i limiti in senso meno rigoroso. Per tutte: Cass. 24.9.2001 n. 45261; Cass. 26.1.2002 n. 1229; Cass. 20.2.2003 n. 34049; Cass. 19.2.2009 n. 13097. Su tali percorsi giurisprudenziali, per tutti, cfr. A. Manna, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, cit., 44 ss.

si era raggiunto un simile risultato è il riferimento diretto ai principi di cui all'art. 97 Cost. come immediatamente precettivi e integranti il presupposto della «violazione di legge» ex art. 323 Cp: in tal modo, ogni comportamento del pubblico funzionario, anche a prescindere dal mancato rispetto di specifiche regole di condotta, poteva essere stimato riconducibile all'art. 323 Cp, in quanto comunque complessivamente imparziale, scorretto, disfunzionale¹⁴.

Più di recente, lo abbiamo accennato, il legislatore è intervenuto nuovamente con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, con il quale è stato riformato il testo dell'art. 323 Cp proprio con riferimento all'elemento normativo in questione: specificando, in particolare, che la violazione rilevante deve riguardare «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». La *ratio* della riforma, manifestamente dichiarata, è quella di ribadire la posizione già sottostante all'intervento del 1997, volta a escludere in blocco la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice penale nell'abuso d'ufficio, superando le ritrosie della giurisprudenza mediante un testo ancor più specifico e privo – almeno nelle intenzioni del legislatore – di equivocità¹⁵.

È ancora presto per dire quali saranno gli effetti nel diritto vivente della riforma. Le prime pronunce, almeno in termini di principio, sembrano essersi allineate alla soluzione radicale imposta dal legislatore¹⁶: sebbene si sia osservato come un tale atteggiamento abbia una portata sostanzialmente di facciata, celando in realtà una continuità con l'opinione maggioritaria preesistente della giurisprudenza¹⁷. E

¹⁴ A partire quantomeno da Cass. 12.2.2008 n. 25162 Sassari, in *CP*, 2009, 1025 ss., con nota di M. De Bellis, *Il principio di imparzialità della condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini dell'abuso d'ufficio*; più di recente, Cass. 17.2.2011 n. 27453; Cass. 26.6.2013 n. 34086; Cass. 27.10.2015 n. 46096.

¹⁵ Senza pretese di esaustività, sulla riforma del 2020: 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, 7-2020, 133 ss.; 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; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *GiurPenTrim*, 3-2020, 42 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in www.discrimen.it, 14.9.2020; A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.10.2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20.11.2020; A. Manna, G. Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.12.2020; M. Naddeo, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in www.archiviopenale.it, 1-2021; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in www.penaledp.it, 25.1.2021; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in www.penaledp.it, 25.2.2021; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it, 1.3.2021; il collettaneo a cura di B. Romano, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa 2021.

¹⁶ Così Cass. 9.12.2020 n. 442/2021, annotata da B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in www.penaledp.it, 19.1.2021, nonché da A. Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 4-2021, e da M.G. Rutigliano, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'abolitio criminis parziale*, in www.archiviopenale.it, 2-2021.

¹⁷ Cfr. A. Manna, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in www.archiviopenale.it, 1-2021, 7; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit., 7 ss. Più di recente, già Cass. 28.1.2021 n. 8057 (con commento di C. Pagella, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" del riformato abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 16.4.2021, e nota critica di G. Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*,

comunque, molte voci in dottrina si sono mostrate scettiche sulla reale capacità del nuovo testo di imbrigliare l'attività interpretativa delle corti, immaginando plurimi espedienti ermeneutici e applicativi attraverso cui sarebbe possibile tornare a una lettura della norma simile a quanto accadeva in passato¹⁸: dalla rivalutazione della condotta alternativa relativa alla violazione dell'obbligo dell'astensione¹⁹, alla riemersione dell'art. 97 Cost. come parametro di riferimento, come «legge», se non facendo leva sull'articolazione dei principi ivi espressi posta dall'art. 1 della l. n. 241/1990²⁰.

Lo scetticismo diffuso circa la possibilità, nonostante tutto, di arrivare a un esito “neutralizzatore” della riforma da parte della giurisprudenza si alimenta non soltanto dell'esperienza fallimentare in tal senso della riforma del 1997, ma tradisce altresì in molti l'opinione nel merito per la quale la scelta legislativa sarebbe troppo radicale negli intenti: sono le zone grigie dell'ordinamento – si osserva – quelle in cui allignano i veri abusi; al di fuori della discrezionalità, nell'attività integralmente vincolata, la fenomenologia del delitto in questione è molto ridotta²¹. Se nell'attività discrezionale non si può mai incorrere in abusi d'ufficio, ormai tale figura è destinata a scomparire. Tanto valeva direttamente, con un atto di maggiore coraggio, depenalizzarlo *in toto*²². Per quanto, forse, anche un simile approccio, che spinge la frammentarietà al punto da espellere l'abuso per violazione di legge dall'orbita della penalità, potrebbe determinare un effetto giurisprudenziale opposto, di espansione ermeneutica di altre (anche più gravi) fattispecie, in modo da far rifluire da altrove quella penalità così venuta meno²³.

ovvero del “senso imperfetto” della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. “autolimiti”, in www.penedp.it, 6.4.2021) specifica la punibilità ex art. 323 Cp delle condotte astrattamente discrezionali ma vincolate in concreto per precedenti scelte compiute dal funzionario. Sui primi percorsi giurisprudenziali successivi alla riforma, per tutti, cfr. G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it, 2.12.2020.

¹⁸ Ancora A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit., 16, iconicamente afferma che la pretesa «cinta immunitaria» eretta dal legislatore a protezione del pubblico funzionario rischia di rivelarsi un fragile «scudo di cristallo».

¹⁹ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4.3; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss.

²⁰ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 162.

²¹ Per M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 163, «abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme», dato che il secondo è l'«essenza» del primo; similmente, li ritiene «ontologicamente connessi» S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., § 6. Per T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 46, l'idea del legislatore «di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza». *Contra* A. Manna, G. Salcuni, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 11 ss., per i quali il divieto di analogia *in malam partem* impone di ritenere escluso l'eccesso di potere dal sindacato penale dopo la riforma.

²² S. Perongini, *L'abuso d'ufficio*, Torino 2020, 13.

²³ A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit. 9; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4. Lo spingere troppo la leva del tipo, della frammentarietà, a contesto politico-criminale invariato, potrebbe invero non avere gli effetti desiderati: nell'ambito dei delitti contro la p.a., infatti, il disvalore penale ormai non discende, come dovrebbe, da una scelta politica del Parlamento, ma «deriva tutto dalla precomprensione etico-amministrativa» stratificatasi rispetto a certe classi di fatti (M. Donini, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in www.archiviopenale.it, 2-2020, 3, ma v. anche 18-20). Ciò non significa, all'opposto, che un qualunque intervento sul tipo in modo da

In ogni caso, al di là dell'opportunità o meno di interventi restrittivi sul tipo del delitto di abuso d'ufficio, volti a neutralizzare in parte o del tutto il potere di sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa con specifico riguardo a tale fattispecie, appare chiaro come la questione generale del controllo giudiziale sul potere pubblico – e il suo correlato sfondo di politica del diritto circa la partizione dei poteri dello Stato – non può essere schiacciata, come sovente accade, sul solo nodo problematico dell'art. 323 Cp: il quale – s'è visto – è caratterizzato da peculiarità tipologico-sistematiche e politico-criminali sue proprie e ulteriori. Quello del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa è invece un problema più ampio: e alla sua contestualizzazione nell'ambito del percorso evolutivo del diritto pubblico in generale, e del diritto amministrativo in particolare, è opportuno porre attenzione per poterne apprezzare i precipitati rispetto ai singoli luoghi penalistici in cui esso viene in rilievo.

3. Quando la fattispecie incriminatrice è costruita sul rimando a categorie proprie del diritto amministrativo è assai probabile che il giudice penale sia chiamato a esprimersi sulla discrezionalità amministrativa²⁴: d'altro canto, quest'ultima «è una necessità per l'attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza»²⁵.

Se si ritenesse la discrezionalità immune dal controllo penalistico sull'agire pubblico questo avrebbe un campo ben ristretto, limitato solo a quella porzione di attività amministrativa di mero accertamento della rispondenza della realtà empirica alla fattispecie astratta stabilita a monte dalla legge, cioè del tutto e incontestabilmente vincolata²⁶. In questo senso, anche l'approccio della giurisprudenza penale volto a ricondurre nella maniera più ampia la discrezionalità entro le maglie del sindacato del giudice – lo abbiamo già osservato in relazione alla corruzione propria, ma anche in merito alle ipotesi applicative dell'abuso d'ufficio – seppur criticabile nelle sue forme più estreme, nei suoi termini essenziali pare comunque rispondere a un'esigenza di realismo: evitare uno scenario in cui, altrimenti, la gran parte dell'azione pubblica sarebbe immune da controlli da parte del giudice, sarebbe un potere “assoluto”.

Ciò detto, affermare che la discrezionalità sia parte integrante di quelle

restringere (ma non sopprimere del tutto) l'estensione del sindacato penale con riferimento allo specifico delitto di cui all'art. 323 c.p. sia da rigettare: benché, probabilmente, sia preferibile accentuare la frammentarietà dell'illecito “lavorando” sugli altri elementi di fattispecie, finora – come detto – trascurati dalla prassi applicativa.

²⁴ Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *NssDI*, V, 1960, 1098; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *ED*, XIII, 1964, 65; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *DProcAmm*, 1984, 463 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986; F. Bassi, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano 1995, 49 ss.; C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *DPubbl*, 1998, 127 ss.

²⁵ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 166.

²⁶ Occorre tener presente che la nozione di vincolatezza è anch'essa relativa, come nota E. Cardi, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Rimini 1983, 29, che si pone criticamente verso tale concetto, ritenendo che, comunque, l'indeterminatezza dei fatti, pur richiamati dalle norme, escluda la possibilità che alcuni procedimenti abbiano davvero una valenza meramente acquisitiva di dati di fatto obiettivamente verificabili.

fattispecie nelle quali l'illegittimità dell'atto amministrativo è elemento del fatto tipico solleva una serie di problematiche circa il rischio di indebita invasione del giudice nell'ambito riservato alla decisione della pubblica amministrazione. Del resto, anche quando il sindacato sulla discrezionalità è affidato alla magistratura amministrativa, si propone il medesimo problema: stabilire fino a dove possa spingersi il giudice senza andare a intaccare il principio di separazione dei poteri. Tuttavia, posto che costituzionalmente (art. 113 Cost.) non esiste un ambito di attività amministrativa intangibile rispetto al vaglio di legittimità affidato al potere giurisdizionale²⁷, ogni giudice può conoscere anche della discrezionalità con il medesimo limite, dato dalla impossibilità di sconfinare nel merito della scelta amministrativa, sostituendosi a essa²⁸.

Una volta ricompresa la discrezionalità nel controllo del giudice – anche penale – immediato è il collegamento con il suo vizio tipico, l'eccesso di potere²⁹. La prima premessa da porre, nell'approcciarsi all'eccesso di potere in relazione al problema di cui si discute, è che si tratta di uno dei tre vizi di legittimità in cui può incorrere l'attività discrezionale. Potrebbe sembrare un'affermazione scontata ma, nella sua semplicità, aggiunge qualcosa alla riflessione se si considera che è proprio la legittimità – in tutte le sue forme – dell'atto o del comportamento tenuto dal pubblico ufficiale a costituire il discrimine per la configurazione del reato.

Infatti, non pare che, a una lettura di sistema, vi sia alcun indice dal quale dedurre una limitazione del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi soltanto agli altri due vizi di legittimità, ossia violazione di legge e incompetenza. Per quanto centrale nella riflessione sul tema, la conformazione del tipo *ex art. 323 Cp*, invero, se può in ipotesi limitare l'operatività del sindacato del giudice rispetto a tale specifico delitto, non può tuttavia intaccare lo statuto generale della problematica³⁰.

²⁷ D'altro canto, come suggerisce la lettura illuminante di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano 2005, 129-131 e 136, le norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale sono uniche ed esprimono principi che connotano in modo unitario la funzione giurisdizionale. Dunque, non vi è alcuna ragione per escludere a priori un controllo del giudice ordinario, anche penale, laddove l'illegittimità di un atto, espressivo di potere discrezionale, integri la fattispecie incriminatrice. L'art. 113 Cost. è «norma espressiva del principio di generalità ed effettività della tutela nei confronti (anche) della pubblica amministrazione» che non trova alcuna limitazione nella natura discrezionale dell'attività, la quale non vale ad affermarne l'intangibilità da parte del giudice. Secondo F. Delfino, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1963, 232, la natura di illegittimità amministrativa dell'atto è «immutabile quale che sia l'autorità chiamata al relativo sindacato».

²⁸ A esclusione di quelle ipotesi nelle quali il sindacato sul merito spetta al giudice amministrativo perché così espressamente stabilito, come nel caso del giudizio di ottemperanza.

²⁹ Sull'eccesso di potere si ricordano, per tutti: P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *ED*, XIV, 1965, 124 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, in *NssDI*, app. III, 1982, 221 ss.; F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere amministrativo*, in *EG*, XII, 1989, 1 ss.; F.G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, Padova 1990, 171 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008; F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano 2017; da ultimo, i vari contributi contenuti nel volume a cura di S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino 2018.

³⁰ Peraltro, si osserva come la precedente formulazione testuale dell'art. 323 Cp – «violazione di legge» – non

Oltre a ciò, l'esclusione dell'ambito dell'attività discrezionale dal vaglio del giudice ordinario era connessa alla teorica – ormai desueta – della degradazione o affievolimento dei diritti³¹, che davanti al potere amministrativo espresso nell'atto discrezionale si sarebbero “trasformati” in interessi legittimi, non conoscibili in alcun modo da parte di quel giudice, con la conseguente preclusione del sindacato per eccesso di potere. Al contrario, assodato che anche il giudice ordinario può confrontarsi con la discrezionalità, non ha senso escludere che possa avvalersi del suo vizio tipico. D'altro canto, come già ricordato, la Costituzione fonda un obbligo del giudice di fornire tutela davanti a ogni atto della pubblica amministrazione, pena il configurarsi di un “eccesso di potere giurisdizionale”³².

Detto ciò, occorre interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto a marginalizzare l'eccesso di potere nel sindacato del giudice, nell'ottica del diritto penale. Se ne possono individuare essenzialmente due.

La prima si connette alla comprensibile diffidenza verso l'uso – si potrebbe dire “caratteristico” del diritto amministrativo – di formule di non immediata afferrabilità e dai confini poco netti – come lo stesso eccesso di potere³³, ma anche la nozione

potesse dirsi necessariamente indicativa di uno dei vizi di legittimità di cui all'art. 29 Cpa e 21-octies, l. n. 241/1990, e non degli altri, incompetenza ed eccesso di potere. Pareva piuttosto un sintagma “generico” usato allo scopo di espungere la discrezionalità dal sindacato del giudice penale (così, per tutti, anche M. Parodi Giusino, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, a cura di C. Parano, Milano 2008, 31). Questa ipotesi pare, ad avviso di chi scrive, valorizzata dalla recente riforma legislativa del testo della norma. Invero, la formula attuale, «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», non invoca affatto il vizio ma, apertamente, appare relativa al problema dell'inclusione o meno della discrezionalità. Peraltro, è interessante rilevare che un'espressione analoga si ritrova nel codice del processo amministrativo, all'art. 31, co. 3, in relazione all'azione avverso il silenzio della p.a., per definire quell'ipotesi in cui il giudice può spingersi fino a condannare l'amministrazione non solo a emettere un provvedimento espresso, ma anche a indicare il contenuto specifico di quel provvedimento (l'analogia è rilevata, tra gli altri, anche da M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 143). Si tratta di un caso di vincolatezza in concreto, in quanto all'esito dell'istruttoria la scelta del soggetto pubblico è ormai forzata, non residua alcun margine di opportunità. Dunque, traslando il significato che l'espressione assume nel processo amministrativo alla fattispecie penale, l'uso di quello specifico sintagma parrebbe non escludere la discrezionalità dal sindacato del giudice (come intendeva al contrario fare il legislatore). Ciò che resta escluso dal sindacato del giudice sarebbe invece solo il merito, la componente politica della scelta discrezionale: quell'ambito che comunque sarebbe intangibile. L'altra “porzione” della discrezionalità, la legittimità, è invero sempre sindacabile, perché attiene alla violazione di precetti.

³¹ La teoria è da attribuire al pensiero di Oreste Ranelletti (*A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892; *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937). Questa posizione è stata più volte esaminata e commentata: E. Cannada Bartoli, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *RTrimDPubl*, 1959, 269 ss.; di recente, per una ricostruzione completa, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017, 30 ss.

³² Cfr. A. Klitsche De La Grange, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova 1961, 180 ss., che in particolare osserva: «La Cassazione eccedendo nello scrupolo di rispettare la sfera dell'amministrazione, ha sconfinato in quella del legislatore; anzi in quella del costituente, perché tale giurisprudenza è manifestamente contraria all'art. 113 della Costituzione che garantisce e affida al giudice ordinario la tutela dei diritti contro tutti gli atti dell'amministrazione inclusi quelli che, nella fattispecie legale, comportano l'esercizio di potere discrezionali» (186).

³³ Basti pensare, per esempio, che A. Proto Pisani, *L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione*, in *QuestGRTrim*, 3-2015, 150,

basilare di interesse legittimo – la cui comprensione piena richiede una valutazione in ottica evolutiva: anche se il nome dell'istituto è rimasto invariato, la sostanza è mutata con il mutare dei tempi e della natura dei rapporti, progressivamente svincolandosi dal cardine dell'interesse pubblico. Peraltro, si tratta di un «vizio tradizionalmente collegato all'assenza di regole giuridiche scritte»³⁴ e questo è certamente quanto di più distante si possa immaginare dal “gusto penalistico” per la certezza del precetto³⁵.

Dopodiché, c'è la ragione di fondo, quella per cui sembra meglio non far “maneggiare” al giudice ordinario la discrezionalità: la paura che il suo sindacato sconfini nel merito dell'amministrazione, andando a violare il principio della separazione dei poteri. Tale precauzione assume in questo ambito una declinazione particolare, mostrandosi sotto forma di riluttanza a far osservare da un “esterno” rispetto al mondo che ruota intorno all'amministrazione un aspetto tanto delicato: risente, cioè, della poco condivisibile idea – portata autoritaria del pensiero liberale – del privilegio dell'amministrazione che, in quanto soggetto pubblico, pretenderebbe che i suoi atti venissero decisi solo da un giudice speciale³⁶. Tale posizione tradizionale è tuttavia ormai contraddetta dal dettato costituzionale, nel quale manca, in realtà, secondo molti, addirittura un fondamento reale e ragionevole che giustifichi il dualismo di giurisdizione, oltre che la specialità del giudice amministrativo³⁷.

Dunque, a meno di non voler perseverare in un pensiero superato, retaggio storico di un quadro istituzionale ormai desueto³⁸, questa motivazione per escludere il risvolto patologico della discrezionalità che è l'eccesso di potere dal sindacato del giudice penale non regge.

commenta come l'eccesso di potere sia «quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove ci si allontani dalle figure sintomatiche».

³⁴ C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 28. L'intrinseca problematicità dell'eccesso di potere sta proprio nel fatto che si pone a cavallo tra esigenze di controllo (quale limite del potere) e ragioni del potere (dato che segna anche il confine estremo del sindacato di legittimità, così da evitare che giudice invada la sfera riservata dell'amministrazione). Proprio questa collocazione, ha fatto sì che, tradizionalmente, il sindacato attuato per il suo tramite assumesse come cardine l'interesse pubblico. Questa ricostruzione, tuttavia, rifletteva un preciso modo di intendere l'amministrazione, come soggetto speciale, preminente, perché portatrice di tale interesse. Oggi, una simile lettura non è più attuale e risulta incoerente con il riconoscimento dell'esistenza di una logica del rapporto amministrativo come relazione giuridica articolata su diritti e obblighi (ivi, spec. 8).

³⁵ Per tutti, cfr. le argomentazioni scettiche di A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 68 ss.

³⁶ Sennonché, è stato più volte chiarito che il giudice amministrativo non è il giudice dell'amministrazione, dell'interesse pubblico, della legalità amministrativa, ma è, e deve essere dato il dettato costituzionale, un giudice terzo e imparziale, come ogni giudice. La presunta specialità del diritto amministrativo semmai potrebbe condurre a istituire sezioni specializzate, quanto a competenza, non speciali per stato giuridico. Cfr. L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *DPubbl*, 2014, 561 ss.

³⁷ A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 33 ss. Sull'inattualità del dualismo di giurisdizione, oltre ai già citati: M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *FI*, 1983, V, c. 249 ss.; C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *DPubbl*, 1997, 895 ss.; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *AstridRass*, 20-2009; E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *QuadCost*, 2011, 648 ss.; il volume a cura di E. Fabiani, A. Tartaglia Polcini, *Sull'unità della giurisdizione*, Napoli 2011.

³⁸ G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *RDPProc*, 1996, 921 ss., afferma come la distinzione delle giurisdizioni abbia ormai «solo una giustificazione storica [...] che è semplicemente ancorata al modo di concepire l'amministrazione, i rapporti tra amministrazione e cittadini e i rapporti fra amministrazione e giurisdizione propri dell'epoca in cui il sistema si è formato e che è ora del tutto obsoleta in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale».

Tornando alla prima questione, ossia l'inafferrabilità dell'eccesso di potere, va detto che, nel penale, la giurisprudenza ha sviluppato un ragionamento autonomo, svincolato dal pensiero della dottrina e della giurisprudenza amministrativistica, e a esso parallelo. Rispetto al delitto di abuso d'ufficio, per risolvere il problema della difficoltà di "gestire" un concetto tanto sfuggente quale l'eccesso di potere lo ha convertito in "violazione di legge", con un ragionamento – lo abbiamo già ricordato – semplice nella sua linearità, che collega ogni regola per l'esercizio dell'attività amministrativa a una legge, risalendo nella catena fino ad arrivare all'art. 97 Cost. Tale norma è stata perciò utilizzata (o, comunque, è aperta all'utilizzo) alla stregua di un *passpartout* per inserire nell'abuso d'ufficio qualunque cosa, anche regole di condotta non scritte o comunque ricostruite a posteriori dal giudice. Un simile percorso, poi, si rileva nella giurisprudenza in tema di corruzione propria, in cui la contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto è ricondotta alla violazione dell'imparzialità conseguente al patto corruttivo. Abbiamo detto delle tensioni conseguenti sul piano della garanzia, a oggi irrisolte.

Tuttavia, accanto a questa strategia di approccio all'eccesso di potere propria del penale, c'è la strada percorsa in più di un secolo di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale amministrativistica che ha prodotto quello che è oggi l'eccesso di potere³⁹: un contenitore delle regole del potere amministrativo riservato e, al contempo, una tecnica di controllo sul rispetto di quelle stesse regole⁴⁰. Uno strumento ben oliato, in realtà, che il percorso evolutivo del diritto vivente ha utilizzato per definire le linee a cui l'amministrazione deve attenersi nell'esercizio del proprio potere: la «deontologia della discrezionalità»⁴¹. Invero, l'eccesso di potere mostra il calco, l'impronta in negativo di quelle che, in positivo, sono le direttive dell'attività amministrativa discrezionale⁴².

Quella stessa giurisprudenza, davanti alla difficoltà di approcciarsi a un concetto così vago, lo ha nel tempo elaborato, fino alla codificazione del vizio in figure sintomatiche, autonome rispetto allo sviamento di potere⁴³: un'invenzione «geniale», a suo modo, perché ha reso il vizio immediatamente percepibile dai suoi sintomi al giudice, permettendo però a quest'ultimo di arrestarsi alla fenomenologia, senza «spingersi fino ad accertare il male»⁴⁴, l'uso distorto del potere. Operazione che consente perciò di non toccare il merito della scelta pubblica ed evitare indebite ingerenze del giudice nei poteri dell'esecutivo.

Smembrando l'eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche, dotate di una

³⁹ Strada articolata, complessa e tortuosa, tanto che è stata definita addirittura come una «struggente telenovela» (B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Padova 1993, 315).

⁴⁰ C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, a cura di S. Torricelli, Torino 2018, 63.

⁴¹ C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 3.

⁴² G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, cit., 221.

⁴³ L'indipendenza tra le figure sintomatiche e lo sviamento di potere non è tuttavia unanimemente riconosciuta: così P. Gasparri, *Eccesso di potere*, cit., 124 e E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *RTrimDPubbl*, 1957, 293 ss.

⁴⁴ C. Marzuoli, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016, § 4.

connotazione sostanziale, si ottengono, perciò, due effetti: da un lato, aumentano le regole stesse della discrezionalità, con l'inclusione, tra quei dettami idonei a orientare in positivo l'agire pubblico, anche di precetti connessi ai principi e clausole generali sottesi alle stesse figure sintomatiche⁴⁵; dall'altro, l'eccesso di potere "transita" così verso la violazione di legge, nella misura in cui riceve una "codificazione" in singole regole di condotta. Pertanto – e qui si torna al punto di partenza – la legittimità anche dell'attività discrezionale diviene così valutabile in positivo come conformità a canoni di comportamento, da attuarsi tramite l'eccesso di potere che è violazione di un precetto giuridico, di una regola, e come tale pienamente sindacabile dal giudice (*ogni giudice*).

Dunque, se nell'ambito del sindacato del giudice penale il problema è la determinatezza e la mancanza di tassatività della fattispecie incriminatrice, laddove essa inglobi categorie amministrativistiche, la netta separazione tra i due ambiti – penale e amministrativo – che ha condotto a un'evoluzione del concetto secondo direttive difformi, seppur parallele, si rivela controproducente. Invero, lo stesso *deficit* di determinatezza del precetto che si avverte nel diritto penale si può dire che era già stato avvertito, pur con modi e cadenze diverse, nel diritto amministrativo. Pertanto, forse, una maggiore ibridazione tra settori disciplinari permetterebbe di evitare gli eccessi di un'applicazione generalizzata dell'art. 97 Cost.: in quanto la strada dell'eccesso di potere, anziché condurre all'arbitrio giudiziale, racchiude le regole di esercizio della discrezionalità se costruito come violazione di *regole di comportamento predefinite* e non di generici principi.

4. Si è detto che l'eccesso di potere sindacava quella componente dell'attività amministrativa discrezionale che è legittimità, assoggettata alla portata conformativa di precetti giuridici.

Quest'area è in costante aumento. A dire il vero, l'esigenza di prevedibilità dell'azione del soggetto pubblico, a presidio della posizione dei privati che si interfacciano con l'amministrazione, che a sua volta implica la necessità della controllabilità dell'azione di quest'ultima, anche in sede giurisdizionale, è un problema con cui il diritto amministrativo ha dovuto fare i conti a partire dall'abbandono di posizioni assolutistiche e autoritarie ormai storiche. Ciò si è tradotto nella progressiva circoscrizione dell'ambito libero della scelta pubblica, orientata non solo dalla predeterminazione normativa dello scopo ma anche da ogni disposizione il cui valore

⁴⁵ Sul tema, ampiamente, C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 327 ss.; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli 2012, 253 ss. Sennonché, non può tacersi che affinché questa struttura stia in piedi occorre guardare all'eccesso di potere non nella sua veste classica di "vizio della funzione", perché altrimenti si attrae nel giudizio il valore calamitante del fine pubblico, che finisce per modellare i principi generali in ottica esclusivamente pubblicistica: cfr. F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *DPubbl*, 2000, 446 ss. Interessante, inoltre, notare come questo percorso avesse condotto a rendere sindacabili anche clausole proprie tradizionalmente del diritto privato, come la buona fede e la correttezza, che oggi sono state codificate espressamente come principi a cui deve essere improntato il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Ciò è avvenuto invero di recente con la modifica apportata all'art. 1, l. n. 241/1990, al quale il d.l. n. 76/2020 ha aggiunto un co. 2-bis che cristallizza appunto l'obbligo per la p.a. di rispettare i principi di buona fede e collaborazione.

prescrittivo indirizzi l'esercizio del potere: percorso che ha preso avvio con la valorizzazione dell'*iter* logico di formazione della volontà amministrativa e la sua procedimentalizzazione⁴⁶. Da lì, poi, la libertà dell'amministrazione è stata sempre più limitata, dato che su di essa hanno proiettato la loro efficacia precettiva anche i principi generali, in particolare quello di legalità, di imparzialità e di buon andamento⁴⁷.

Ad oggi, l'evoluzione del diritto pubblico è innegabilmente rivolta nel senso di una regolazione capillare delle attività che abbandona il modello classico, illuminista, della "legge", per dirigersi verso forme di regolazione a carattere flessibile, che dai principi sono scivolte a cascata fino a quella macrocategoria, forse anche troppo unificante, che è la *soft law*⁴⁸. In un modello tanto "complesso", "reticolare", quale è quello attuale, la discrezionalità viene, cioè, esercitata in un quadro amplissimo di regole di comportamento, di vincoli – più o meno cogenti, auto o eteroimposti da altre amministrazioni – che vanno ben oltre il dettame originario della legge in senso tecnico. Questi vincoli, pur non concretizzati a livello di normazione primaria, e al di là della loro qualificazione, indirizzano l'attività amministrativa, e rendono il suo esito maggiormente prevedibile, aumentando, di conseguenza, l'area del giustiziabile⁴⁹.

La *soft law* assume molteplici vesti: dai bando-tipo alle linee guida, dai chiarimenti interpretativi alle comunicazioni, dagli indirizzi alle risposte ai quesiti. Tutte queste "indicazioni" pongono dei precetti – più o meno vincolanti – che, pur privi di una coercibilità in senso tradizionale, hanno effetti *cripto-hard*, in grado di

⁴⁶ In questo percorso un punto di cesura è stato rappresentato dalla teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *RassDPubbl*, 1950, 1 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *RTrimDPubbl*, 1952, 118 ss. Sul concetto di funzione cfr. altresì F. Modugno, *Funzione*, in *ED*, XVIII, 1969, 301 ss.; G. Miele, *Funzione pubblica*, in *NssDI*, VII, 1968, 686 ss. Spostata l'attenzione sulla fase precedente il provvedimento è diventato centrale lo studio del procedimento. Su questo aspetto la letteratura è sterminata: ricorderemo soltanto, per tutti, il volume a cura di G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Venezia 1964; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 779 ss. Già in epoca precedente alla "procedimentalizzazione", peraltro, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1953, 29, osservava come l'attività discrezionale sia «un'attività giuridica e deve trovare nel diritto uno o più punti di riferimento».

⁴⁷ F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80'*, Milano 1987, 97.

⁴⁸ Sulla nozione di *soft law* la letteratura è vastissima. Tra i molti, cfr. i vari contributi nel volume a cura di A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 2-2016, 1 ss.; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano 2008. Nella letteratura penalistica, sul rapporto tra la regolazione flessibile e la norma penale, D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino 2010, 20 ss.

⁴⁹ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino 2017, 182 ss. tratteggiano questo fenomeno, della progressiva "riduzione" della discrezionalità sia a causa dell'esistenza di regole sempre più tecniche, sia per via della c.d. «prefigurazione dell'azione», per cui le scelte pubbliche «vengono consumate essenzialmente nella fase preliminare», in cui l'amministrazione stabilisce quelle regole alla cui osservanza poi essa stessa è tenuta. Sotto quest'ultimo profilo, viene in gioco la figura dell'*autolimita*, con cui comunemente si definisce la predeterminazione dell'azione discrezionale mediante l'apposizione di limiti a monte, a opera della stessa amministrazione che poi vi si assoggetta, oppure per mano di un'amministrazione diversa, svolgente una funzione di indirizzo e direzione. Sul tema, cfr. P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano 1990; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997.

orientare puntualmente l'attività del soggetto pubblico⁵⁰.

In ambito penale, il problema si è mostrato principalmente in relazione alla possibilità che la violazione delle linee guida Anac potesse o meno integrare l'elemento normativo dell'art. 323 Cp, in particolare prima che il d.l. n. 32/2019, c.d. "Sbloccacantieri", imponesse un parziale ritorno alla formula del regolamento unico⁵¹. Nell'approcciarsi alla questione era venuto subito in rilievo il problema della definizione della natura di tali atti⁵² e, pur tenendo conto della diversa efficacia vincolante e dunque della frammentarietà interna alla stessa categoria, in via generale la dottrina aveva preferito escludere le linee guida dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio⁵³.

Tuttavia – com'è stato osservato – le linee guida «possono costituire un utile strumento per il giudice in ordine al comportamento "indebito" del pubblico funzionario»⁵⁴. In particolare, laddove la *soft law* si sostanzia in un autolimita che il soggetto pubblico pone in generale per i futuri atti che adotterà, la discrezionalità di cui questi originariamente disponeva viene circoscritta. Simili prescrizioni vanno, cioè, a «rafforzare l'enforcement dell'attività puntuale», non solo consentendo una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale ma anche agevolando «il controllo giurisdizionale, dotando il giudice di uno strumento utile per verificare il rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità nel caso concreto»⁵⁵.

⁵⁰ Questo effetto «di progressiva giuridicizzazione della discrezionalità» risponde a una «esigenza di effettività della tutela giurisdizionale offerta ai singoli, che in generale spinge verso un controllo il più ampio possibile da parte del giudice amministrativo, stante la riconosciuta insufficienza del parametro normativo a reprimere l'illegittimità delle deviazioni della funzione amministrativa» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², cit., 189).

⁵¹ I. Cavallini, M. Orsetti, *I reali effetti del c.d. "Sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Aziendaitalia*, 2020, 496 ss.; M. Fazio, *Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico*, in *DEcon*, 1-2020, 725 ss.

⁵² Sul punto, per tutti: G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *DAMM*, 2016, 273 ss.; C. Deodato, *Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, 4-2016; M. Lipari, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 1-2018, 72 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *DProcAmm*, 2017, 381 ss.; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *RTrimDPubbl*, 2017, 743 ss. In particolare, tale questione veniva in rilievo in costanza del vecchio testo della norma rispetto alla possibilità di integrare la violazione di regolamento allora richiamata dall'art. 323 Cp.

⁵³ In tal senso, prima della riforma, V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *www.archiviopenale.it*, 3-2018, 1 ss.; F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *www.penaledp.it*, 13.5.2020; distinguevano tra linee guida vincolanti, assimilabili ai regolamenti, e non vincolanti G. Salcuni, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli 2019, spec. 149 ss., V. Neri, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza della loro violazione*, in *UrbApp*, 2018, 149 ss. e C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Milano 2020, 286; riteneva invece comunque rilevanti anche quelle non vincolanti ai fini della configurabilità del reato V. Manuali, *Linee guida ANAC e abusi d'ufficio*, in *www.giustamm.it*, 3-2018.

⁵⁴ E.M. Ambrosetti, *Abuso ed omissione d'ufficio: violazione delle linee guida A.N.A.C.*, in *Atti del Convegno di Studio "Nuovi profili di responsabilità della pubblica amministrazione e danno"*, Castelfranco Veneto, 23.11.2018, 65.

⁵⁵ M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 2-2016, 63.

In quest'ottica, nel problema dell'efficacia prescrittiva della *soft law* e del sindacato su di essa si percepiscono forti echi del ben più tradizionale problema della sindacabilità delle circolari⁵⁶. Attraverso tale strumento, nonostante il suo carattere non normativo, l'amministrazione individua le forme, le condizioni e i limiti della sua futura condotta. Perciò, se l'amministrazione agisce in violazione delle stesse, senza motivare adeguatamente, la sua attività risulta illegittima, viziata, non conforme all'interesse pubblico⁵⁷. D'altro canto, la violazione di circolari – e in genere dell'autolimita – è una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere: l'abbandono della «linea organica [...] impone di presumere l'eccesso di potere, perché non c'è ragione per cui il caso singolo debba essere trattato diversamente da quanto si è deciso di fare in via generale»⁵⁸. Ora, una circolare, un autolimita, indicando la linea di condotta migliore da tenere in futuro, crea un'aspettativa sul rispetto della stessa, vincola in qualche misura il decisore pubblico e costituisce un parametro di riferimento per il giudice che è ben più concreto e preciso di un generico riferimento all'art. 97 Cost.

Invero, è innegabile che questa fitta rete di prescrizioni, definite normative funzionali⁵⁹, «consuma» la discrezionalità, elidendo l'originario margine di scelta del soggetto pubblico⁶⁰, con l'effetto di vincolare l'amministrazione, e tutto l'apparato organizzativo da essa dipendente. Tali indicazioni, cioè, orientano e dirigono l'operato dell'amministratore entro linee che ne garantiscono la «legittimità», dettando canoni oggettivi da seguire e parametri di riferimento per il controllo giurisdizionale.

Tuttavia, se il novero delle regole è certamente in costante aumento e la loro pervasività in certa ascesa, resta fermo che parte dell'attività pubblica non può formare oggetto integralmente di regole giuridiche, più o meno puntuali: esistono delle aree d'ombra nelle quali si manifesta quell'«arte dell'amministrare»⁶¹, che è ineliminabile. Questo, tuttavia, non sposta l'asse del problema né le soluzioni proposte, dato che quell'area – il merito – come già detto e con le dovute cautele, così da evitare una lettura formalistica del principio di separazione dei poteri, è e rimane insindacabile.

5. L'evoluzione del diritto amministrativo – del diritto pubblico – abbiamo visto conduce a uno scenario di maggiore giustiziabilità, controllo del potere pubblico, determinatezza delle regole di comportamento che lo imbrigliano, e quindi obblighi per l'amministrazione. In tale scenario, escludere del tutto la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice sarebbe in controtendenza palese rispetto a questa evoluzione;

⁵⁶ M.S. Giannini, *Circolare*, in *ED*, VII, 1960, 3 ss.; F. Bassi, *Circolari amministrative*, in *DigDPubl*, III, 1989, 55 ss.

⁵⁷ F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *GI*, 1912, III, c. 114.

⁵⁸ F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 248. Per alcuni autori, tuttavia, la violazione di circolari può essere ricondotta alla violazione di legge, per difetto assoluto di motivazione: C. Camilli, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *RassTrimDPubl*, 1965, 1038 ss. Sul punto, ampiamente, C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 266 ss., che lo rapporta alla violazione di clausole generali di diritto comune.

⁵⁹ A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *DAmM*, 1999, 129.

⁶⁰ P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001, 266 ss.

⁶¹ A. Amorth, *Il merito amministrativo*, Milano 1939, 34. Sul merito amministrativo, in generale, vedi anche G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *EG*, XXVI, 1976, 130 ss.; A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *DigDPubl*, IX, 1994, 402 ss.; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova 2013.

significherebbe riaffermare l'assolutezza del potere, stabilendo che quando c'è potere non c'è controllo.

Nel campo penale, la situazione è di estrema complessità, viste le tensioni politico-criminali presenti. Riassumendo, da un lato la giurisprudenza prevalente si fa interprete di una posizione estrema, nel senso di ritenere non soltanto il proprio sindacato sull'azione pubblica privo di limiti di sorta quanto a estensione, ma in parte quasi "autovincolato" nell'esito del giudizio, scorgendo *sempre* un'abusività: così nella corruzione, dove la mera dazione o promessa di denaro fa ritenere venuta meno l'imparzialità nella scelta discrezionale, e dunque mancato il rispetto dei doveri d'ufficio; similmente nell'abuso d'ufficio, dove la presenza di un danno o di un indebito vantaggio è il punto di partenza per dedurre l'ingiustizia dell'azione amministrativa che lo ha provocato, genericamente intesa come violazione dei principi di buon andamento o imparzialità. Dall'altro lato, benché con riferimento al solo delitto di abuso d'ufficio, il legislatore sposa – per ragioni connesse, come visto, al contesto specifico di tale delitto – una posizione opposta, ma non meno radicale, per cui nell'attività discrezionale non vi potrebbe essere *mai* alcun controllo da parte del giudice penale.

Esigenze generali di garanzia, ma anche di rispetto della separazione dei poteri – per cui ci deve essere un'area (per quanto recessiva) di merito riservata all'amministrazione, e non sindacabile dal giudice né amministrativo né penale – se pure non orientano il problema generale dell'estensione del sindacato penale sulla discrezionalità verso i lidi estremi della mancanza totale di controlli, fatti propri dalla recente riforma dell'abuso d'ufficio, tuttavia impongono di ritenere eccessivi i massimalismi giurisprudenziali appena ricordati: seguendo i quali parrebbe invece quasi potersi inverare il paradosso per cui il giudice penale abbia un potere di sindacato più ampio di quello del giudice amministrativo⁶².

Appurato ciò, il problema si riconduce a quello della difficile partizione tra legittimità e merito nell'attività discrezionale. Finora il diritto penale, per timore di vedere pretermesse le proprie esigenze di legalità-garanzia, ha perseguito la strada dell'autarchia concettuale: con i risultati paradossali che si sono ricordati, ovvero la mortificazione, nel diritto vivente, della determinatezza del precetto, e della sua

⁶² La maggioranza della dottrina concorda circa l'esclusione del merito dall'area di controllo del giudice penale: per tutti, F. Franchini, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *RTrimDPubl*, 1957, 337 ss.; T. Alibrandi, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli 1969, 60; G. Vassalli, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *ForoAmm*, 1983, 2055; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano 1984, 44; P. Tanda, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino 1999, 215; S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, 13; *contra* R. Venditti, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., 36 ss. Alcuni autori, con argomentazioni condivisibili, puntualizzano invece come in realtà al giudice penale sia consentito conoscere il merito, ma solo «per verificare se in realtà non si tratti di un apparente merito amministrativo, che cela, nasconde, un "merito" privato di natura criminosa»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, cit., 108; simile anche la posizione di T. Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88, nonché C. Franchini, *Il controllo del giudice penale*, cit., 93. In effetti, anche il giudice amministrativo «può indagare sul merito, allo scopo di rilevare una eventuale illegittimità nel suo esercizio [...] ma mai entrare nel merito» (G. Clemente di San Luca, *Il confine tra illegittimità amministrativa ed illecito penale nell'esercizio delle attività discrezionali della P.A.*, in *www.giustamm.it*, 12-2013, 11).

prevedibilità *ex ante*. Al contempo, il diritto amministrativo, pur con cadenze inevitabilmente diverse, ha affinato le proprie categorie, “lavorando” sulla figura dell’eccesso di potere, come altra faccia della discrezionalità, mosso da esigenze simili: prevedibilità, calcolabilità delle conseguenze.

Ma allora, la contraddizione tra le linee di sviluppo di questi due mondi – del penale e dell’amministrativo – è forse solo apparente, o comunque non così radicale come potrebbe a prima vista sembrare. In fondo, la preoccupazione fondante che muove entrambi, e che pare bisognosa di cura e rivalutazione in questo frangente storico-sociale, è quella appunto della prevedibilità-calcolabilità⁶³.

Da tempo sappiamo come la legalità penale si sta spostando sempre di più dalla sua veste tradizionale, che pone l’accento sulla riserva di legge, sulla *legge* in senso tecnico, alla dimensione garantista che è la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, la prevedibilità della decisione del giudice penale⁶⁴. Anche nel settore specifico e massimamente problematico dell’abuso d’ufficio, è la prevedibilità in fondo la vera preoccupazione che induce le disfunzionalità della burocrazia difensiva: la “paura della firma” è la paura dell’arbitrio del giudice (o, più spesso, e in modo più immediato, delle attività del pubblico ministero nella fase delle indagini⁶⁵) che *ex post* contesti l’abusività dell’azione amministrativa portata avanti⁶⁶.

In questo senso, il percorso ideale verso la legalità dell’agire pubblico che si è

⁶³ È la *calcolabilità*, nella prospettiva weberiana, il tratto fondamentale del «diritto razionale» caratteristico della modernità capitalistica (M. Weber, *Storia economica*, Roma 2007, 249 ss.). La prevedibilità-calcolabilità è dunque un panorama unificante per ogni ramo del diritto. Sul tema, cfr. i vari contributi nel volume a cura di A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017.

⁶⁴ La metamorfosi della legalità penale – progressivamente distaccata dalla sua *ratio* politica espressa nella riserva di legge, comunque radicata con forza nella cultura penalistica italiana, e sempre più orientata, anche su impulsi europei e comparatistici, sul versante della prevedibilità-garanzia – è ormai oggetto di numerosi studi. Senza pretesa di completezza, per tutti: i vari contributi del volume a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, e in particolare F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 213 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *QuadFiorentini*, 2007, 1281 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012; V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP*, 2017, 955 ss.; M. Donini, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *QuestGRTrim*, 4-2018, 79 ss.; in un quadro più ampio, cfr. altresì già Id., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Torino 2004, 145 ss.

⁶⁵ Cfr. sul punto G.L. Gatta, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio*, cit., § 4.3, che ricorda l’enorme sproporzione, negli anni recenti, tra numero di contestazioni e condanne per abuso d’ufficio: osservando peraltro come siano «dati che si prestano peraltro a più letture. Se si guarda alle contestazioni [...], si ha l’impressione che le procure possano abusare dell’abuso d’ufficio, utilizzandolo come un apriscatole per avviare procedimenti e indagini volti a controllare l’operato dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi (ad es., la corruzione). Se si guarda poi allo scarso numero delle condanne si può avere l’impressione dell’infondatezza delle contestazioni, senza però considerare l’incidenza della prescrizione del reato, di certo elevata. Quello stesso dato, unitamente a quello che segnala come pochi dei procedimenti avviati arrivino al dibattimento, ci dice però anche che la sfiducia nella capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti, compresi gli eccessi di potere, è eccessiva e nel complesso infondata».

⁶⁶ Anche T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 49, individua sostanzialmente nella prevedibilità la «prima, e più efficace» difesa dei pubblici funzionari: le «norme che essi applicano» devono essere «nitide e precise».

prima descritto sembrerebbe a nostro avviso collimare con la vicenda della legalità penale. La prevedibilità, come corollario della giuridificazione del potere, sembrerebbe porsi così come uno scenario di convergenza tra la legalità penale e la legalità amministrativa⁶⁷.

In tale prospettiva, l'evoluzione nel senso della proliferazione della *soft law* – che in un certo senso potrebbe apparire un *vulnus* alla legalità penale, nel suo rinviare per la definizione del precetto a fonti più scivolose rispetto al granitico comando della legge in senso tecnico – potrebbe essere al contrario considerata con giudizio più benevolo, se non addirittura, essa stessa, come una tendenza garantista. Non bisogna dimenticare, infatti, come il quadro effettivo attuale, di partenza, non sia quello ideale di una penalità circoscritta, in cui iniziare a far ricorso a fonti flessibili per integrare le regole di condotta del pubblico funzionario rischia di innescare (o comunque favorire) fenomeni espansivi del penalmente rilevante. Piuttosto, più realisticamente, è quello di una giurisprudenza penale che *già* giunge a estendere il proprio potere di sindacato su ogni aspetto della decisione pubblica. Da tale punto di vista, il piano della prevedibilità-garanzia sembrerebbe trovare sollievo dal moltiplicarsi di regole di comportamento, anche di matrice flessibile, in quanto esso circoscrive sempre di più il ricorso alla ben più instabile traduzione in rimproveri penali della violazione dei principi generali di correttezza amministrativa.

Un efficace parallelo è quello con la colpa penale, che in certi settori ha accolto la proliferazione di regole di cautela anche *soft*, quali le *guidelines* in ambito medico, con il favore che si riserva alle innovazioni *in bonam partem*. Anche nel campo del reato colposo, infatti, lo scenario di partenza è quello dell'aleatorietà della colpa generica, e del connesso strumentario teorico sempre aperto al rischio di un inveramento della cautela che si assume violata rimesso all'espansiva logica del “senno di poi”. Le linee guida, pur con tutta la loro innegabile problematicità, da tempo ormai sono considerate avere la potenzialità di ritagliare delle zone di esenzione dal rischio penale per il medico, rispetto alla pervasività della colpa generica. Così, similmente, il ricorso a strumenti regolativi *soft* potrebbe permettere di individuare delle aree di non abusività del comportamento pubblico qualora questo si conformi a specifiche direttive conoscibili *ex ante* dal funzionario⁶⁸.

Peraltro, si capisce come un sistema di fonti flessibili, ampio e multiforme, sia ben diverso dal modello illuminista, fatto di leggi poche e chiare, cui aspirerebbe la prevedibilità-garanzia del precetto penale. Tuttavia, è innegabile come la complessità,

⁶⁷ Un'idea simile, seppur declinata in modo in parte diverso e comunque con riferimento alla sola fattispecie di corruzione propria, è proposta già da C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio*, cit., 716 ss.

⁶⁸ Proprio il parallelo con il tema della colpa, e in particolare della colpa medica, permette a nostro avviso di cogliere appieno il potere “frammentarizzante” delle regole *soft* rispetto a uno scenario di onnicomprensività della tutela, politicamente difficile, se non impossibile, da eliminare davvero con un atto d'imperio legislativo. Come nella vicenda dell'abuso d'ufficio, anche in quella della colpa medica – si può osservare – plurimi interventi normativi non sono riusciti a neutralizzare la costante riemersione della punibilità della colpa generica e non grave (la letteratura è sterminata: ci limitiamo a ricordare, monograficamente, l'ampia ricostruzione di M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 213 ss.). Suggerisce da ultimo il ricorso alle linee guida in materia di abuso d'ufficio, pur non senza perplessità, G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4.

sotto ogni profilo – di fonti regolative, anzitutto – sia la cifra della modernità, anche di quella dell'amministrazione pubblica⁶⁹. Già di per sé la questione dell'estensione del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa si lega a concetti – l'eccesso di potere, la discrezionalità – in partenza difficili da cogliere e ripartire con nettezza. L'inevitabile avanzata della contemporaneità verso un'amministrazione complessa non fa che aggravare il problema. Sono tuttavia scenari, a nostro avviso, ineludibili. È dunque inevitabile l'appello ad abbandonare l'illusione di soluzioni semplici e cristalline, per immergersi nelle difficili operazioni di soppesare, valutare caso per caso, attenti allo scivolamento negli automatismi repressivi e avendo sempre per stella polare i principi di garanzia che governano la penalità.

ILP

⁶⁹ Sui profili di mutamento dell'amministrazione nelle società complesse cfr. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma – Bari 2014, XVI ss.