

QUESTIONI APERTE

Abuso d'ufficio

La decisione

Abuso d'ufficio - Abolito criminis parziale - Diritto intertemporale - Discrezionalità amministrativa - Giudice penale - (C.p., artt. 323 - 2 co. 2).

La modifica del delitto di abuso d'ufficio, intervenuta con l'art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole «di norme di legge o di regolamento» con quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», ha ristretto l'ambito di operatività dell'art. 323 cod. pen. determinando una parziale abolitio criminis in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali ed astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 8 gennaio 2021 (ud. 9 dicembre 2020), - FIDELBO, *Presidente* - GIORGI, *Relatore* - SENATORE, *P.G. (Conf.)* - Garau, *ricorrente*.

La Cassazione alle prese con il “nuovo” abuso d'ufficio e con la questione dell'abolitio criminis parziale

Partendo dalla sentenza annotata, l'A. affronta il tema della recente riforma del delitto di cui all'art. 323 c.p. sviluppando alcune considerazioni sulle proiezioni della norma

The Supreme Court intervenes on the “new” abuse of office and on the issue of (partial) abolitio criminis

Starting from the annotated sentence, the A. analyzes the issue of the recent reform referred to art. 323 c.p., developing some considerations on the projections of the norm on the criminal system

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso. - 3. Cosa resta dell'abuso d'ufficio. - 4. La terra di mezzo: diritto intertemporale e ripercussioni sistematiche. - 5. Una clausola di salvaguardia: sviamento di potere. - 6. Discrezionalità e sindacato penale.

1. *Premessa.* La sentenza in epigrafe affronta la problematica emersa a seguito della riforma dell'art. 323 c.p., introdotta con l'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Constatata l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, la Corte non rinuncia all'esame della questione relativa al fenomeno della successione di leggi.

Osserva la Cassazione: «la nuova disposizione normativa ha [...] un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto

l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della “violazione mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero cattivo uso – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa».

E aggiunge: «in linea di principio, non può seriamente dubitarsi che si realizzi una parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova formulazione dell'art. 323 c.p., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali ed astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità».

2. *Il caso.* La vicenda riguardava un commissario straordinario, direttore generale di un'azienda ospedaliera, a cui veniva contestato di aver illegittimamente dequalificato il servizio di prevenzione e protezione dell'azienda medesima da “struttura complessa” a “struttura semplice”. Il mutamento aveva comportato il demansionamento della posizione giuridica ed economica del titolare che era stato così retrocesso da “direttore” a “mero responsabile”. Duplice il danno per il funzionario: perdita dell'indennità prevista per il ruolo apicale; sottoposizione gerarchica del medesimo al dirigente del servizio tecnico.

La Corte d'appello di Cagliari, condividendo la ricostruzione operata dal Tribunale, riteneva sussistente il dolo dell'imputato, individuandolo nella «intenzione di destrutturare l'organigramma diretto dal ricorrente» e «di danneggiare la posizione anche economica di quest'ultimo», intenzione «desumibile da una serie di indici sintomatici, tra cui: l'assenza di una seria ed urgente finalità riorganizzativa dell'azienda [...]; il difetto del necessario presupposto dell'adozione del c.d. “atto aziendale”; il persistente diniego di incontri per chiarimenti [...]».

3. *Cosa resta dell'abuso d'ufficio.* A prima vista, il nuovo art. 323 c.p., dopo trent'anni di tentativi, sembrerebbe finalmente permeato di legalità: rinnovato nella sua veste più tassativa e determinata. Uno sguardo più attento però, non stenterà a scorgere profili di incertezza già nel primo intervento operato dalla riforma, e cioè, nell'aver detto intervento escluso i regolamenti dalle fonti la cui violazione può integrare condotte tipiche di abuso di ufficio.

Se da una parte sembrano condivisibili le note di perplessità che gravitano intorno alle fonti regolamentari, caratterizzate da confini poco nitidi, storicamente capaci di ampliare il campo applicativo della norma¹, dall'altra non sembra che dette fonti possano essere accantonate senza creare un dissesto sistematico di rilevante entità.

La rinuncia ai regolamenti non solo si mostra irragionevole, ove si consideri come siano proprio le fonti regolamentari a generare le regole di condotta da applicare nell'esercizio della funzione pubblica, ma rileva, altresì, una posizione antitetica rispetto al carattere "tassativizzante" dei richiamati regolamenti, vere e proprie fonti dal contenuto specifico e dettagliato².

Si è evidenziato³ come, anziché espungere *tout court* i regolamenti dall'art. 323 c.p., sarebbe stato più efficace, in un'ottica *tassativizzante*, ritagliare una definizione del termine *regolamento* al fine di plasmarne un significato comune. V'è di più, perché sulla lista degli invitati sembra non esserci più spazio per i principi generali, primo tra tutti l'art. 97 Cost., baluardo del principio di imparzialità e buon andamento della PA, dal quale una parte della giurisprudenza aveva ritenuto si potesse estrapolare una regola di condotta per il pubblico funzionario: il divieto di favoritismi⁴.

In dottrina⁵ si è ipotizzato che, avuto riguardo al fatto che questa interpretazione dell'art. 97 Cost. passava attraverso la finestra della violazione di legge, oggi potrebbe ritenersi applicabile la stessa interpretazione, perché il riferimento alle norme di legge non è sparito del tutto dalla fattispecie così come riformata. La dottrina in parola evidenzia come la giurisprudenza, attraverso la valorizzazione della portata precettiva dell'art. 97 Cost., potrebbe continuare ad applicare questa linea interpretativa.

Le tendenze espansionistiche della giurisprudenza avevano ricondotto nell'alveo dell'art. 323 c.p. non solo la violazione di principi generali, anche di matrice costituzionale, ma anche il compimento di atti viziati da eccesso di potere;

¹ SALCUNI, *La disciplina altrove. L'abuso d'ufficio tra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, 103 ss.

² GATTA, *La riforma del 2020*, in *Il nuovo abuso di ufficio*, Pisa, a cura Romano, 2021, 70 ss.

³ MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, 1° marzo 2021, in www.sistemapenale.it, 4 ss. L'A. prospetta, per individuare un significato da attribuire al termine regolamento, il rinvio agli atti adottati in forza della l. 23 agosto 1988, n. 400 o del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. "Testo Unico degli Enti locali".

⁴ Cass., Sez.VI, 17 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2012, 6, II, 398.

⁵ GATTA, *La riforma del 2020*, op. cit., 70-71.

l'eccesso di potere era, di fatto, entrato a far parte dei requisiti di tipicità dell'abuso d'ufficio e veniva considerato come l'elemento in forza del quale si verificava la rottura del nesso tra il conferimento del potere al pubblico funzionario e la finalità che questi deve perseguire in virtù di quel conferimento⁶ (il c.d. "sviamento di potere").

In altri termini, la giurisprudenza aveva plasmato una definizione dell'art. 323 c.p., molto distante dal principio di legalità, che individuava nel divieto di favoritismi e nel vizio di eccesso di potere i "connotati ontologici" dell'abuso d'ufficio⁷.

A ben guardare, con la sentenza in commento si è espresso un principio di segno opposto, che apre la strada ad un'interpretazione strettamente letterale del testo riformato *ex art.* 323 c.p., interpretazione in cui non v'è spazio per i regolamenti e le fonti subprimarie, né per i principi generali, siano essi portatori o meno di regole di condotta.

Un'interpretazione "letteralissima" dell'art. 323 c.p., si rivela, tuttavia, pericolosa, perché riduce l'abuso di ufficio ad un ambito applicativo talmente esiguo da coincidere con le *sole regole di condotta, di fonte primaria, vincolanti*.

A detta dei giudici di legittimità, la scelta di vincolare la responsabilità del funzionario alla violazione di regole puntuali, ha come conseguenza logica l'emergere del "lineare corollario" della «*limitazione di responsabilità qualora questi agisca in un contesto di discrezionalità, anche tecnica, intesa come autonoma scelta di merito*».

Una riforma pensata per restituire determinatezza alla fattispecie di abuso d'ufficio, per arginare il paralizzante fenomeno della pubblica amministrazione c.d. "difensiva", in realtà deresponsabilizza totalmente i pubblici funzionari, che se dovranno scegliere saranno liberi, anche di abusare, al riparo dalla risposta penale.

L'irrazionalità della scelta di escludere dal penalmente rimproverabile le norme che lascino margini di discrezionalità al pubblico funzionario, risiede nell'assunto per cui è proprio dove c'è discrezionalità che si può abusare, dove c'è una scelta sarebbe - dunque - consentito si possa deviare dalla via imposta per il perseguimento della finalità pubblicistica.

Tuttavia, sembra che le porte del paradiso siano aperte ai funzionari pubblici più propensi al malaffare: questi potranno violare una norma discrezionale e

⁶ PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 122. ss.

⁷ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, op. cit., 6-7.

abusare del proprio ufficio, con un'azione dal rilevante disvalore, causativa di un danno ingiusto o di un profitto e, ciò nonostante, restare lecitamente impuniti.⁸

La riforma, pertanto, “toglie il fiato” all’abuso d’ufficio, restringendone così tanto la portata applicativa da rendere il “gigante” dei delitti contro la PA un *delittucolo* da nulla, relegato alla sfera della mera esecuzione amministrativa, dell’attività vincolata, perché – oggi – ciò che si può violare è solo l’*an*, il *quomodo* ed il *quid*.

4. *La terra di mezzo: diritto intertemporale e ripercussioni sistematiche.* La pronuncia dei giudici di legittimità conferma la portata abrogatrice della riforma attuata con il decreto semplificazioni, un’*abolitio criminis* che, va precisato, è solo parziale, perché non riguarda, come specificato in altre pronunce della Corte di cassazione, l’omessa astensione disciplinata dall’art. 323 c.p., cioè la condotta alternativa che prevede che il pubblico funzionario o l’incaricato di pubblico servizio, debbano astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti¹⁰.

L’*abolitio criminis* opera esclusivamente sulle condotte poste in essere in violazione di regolamenti o di norme di legge da cui non possano essere desunte regole di condotta specifiche ed espresse o che lascino residuare margini di discrezionalità.¹¹

In dottrina si è evidenziato come, prima di pronunciare una sentenza di proscioglimento “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”, il giudice sia onerato di una verifica da operare in *tre fasi*.¹²

La prima fase riguarda la verifica della riconducibilità della condotta concretamente posta in essere alla nuova fattispecie di abuso di ufficio. In particolare, questa dottrina ritiene prospettabile il ricorso all’espedito della violazione mediata di legge, paradigma per cui si ritiene integrata la fattispecie ex art. 323 c.p., qualora venga posta in essere la violazione di una regola di condotta

⁸ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, 28 luglio 2020, in www.giurispeundenzapenale.it, 9 ss.

⁹ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, op. cit., 8 ss.

¹⁰ Cass, Sez. Fer., 25 agosto 2020, n. 32174, in www.cortedicassazione.it

¹¹ GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, 29 luglio 2020, in www.sistemapenale.it.

¹² GATTA, *La riforma del 2020*, op. cit., 74 ss.

prevista da una norma secondaria, che però trovi la sua *legal base* in una norma primaria. Si badi bene, la norma primaria a cui si fa riferimento deve essere una norma da cui siano desumibili regole di condotta specifiche, espresse, senza margini di discrezionalità.

L'aver precluso l'accesso all'art. 323 c.p. a tutte le fonti secondarie, potrebbe, allora, secondo alcuni studiosi, causare una sorta di *rebound effect*: sarebbe proprio la chiusura alle fonti secondarie ad attivare il ricorso a strumenti come le violazioni mediate ed i rinvii a catena¹³.

Quest'orientamento, se è avallato da una parte della giurisprudenza¹⁴, viene contrastato con tutta evidenza dalla sentenza in commento: i giudici di legittimità, nell'occasione, infatti, affermano che, per effetto della riforma del 2020, sia sottratto al sindacato del giudice penale tanto l'apprezzamento relativo alla violazione di principi generali, quanto quello inerente alla violazione di fonti subprimarie o regolamentari, «*neppure secondo lo schema della eterointegrazione, e quindi della violazione mediata di norme di legge interposte*».

L'operare del meccanismo delle violazioni mediate pone, infatti, un problema di legalità della fattispecie "integrata", costituendo detta operazione un'elusione dei principi di tassatività e determinatezza.

A ben guardare, nel caso delle violazioni mediate, la legge non è da sola sufficiente ad esprimere il comando, ma si serve di altre fonti, poste al di fuori della stessa, non sempre predeterminate e predeterminabili. Una siffatta operazione, richiamando lo schema della norma penale in bianco¹⁵, è sospettata, allora, di essere distante dai canoni imposti dal principio di legalità, non solo quello strettamente di *civil law*, ma anche così come inteso dalla giurisprudenza CEDU, in termini di prevedibilità.

Se la norma di legge che dovrebbe contenere il comando in realtà non lo esaurisce, perché deve essere necessariamente integrata da altre fonti, non individuate preventivamente dal legislatore, questa legge non è sufficientemente determinata, ponendo il pubblico funzionario nella condizione di non poter scegliere liberamente come agire e, soprattutto, di non poter prevedere le conseguenze delle proprie azioni¹⁶.

¹³ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, op. cit., 4-5.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020, in www.cortedicassazione.it.

¹⁵ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, op. cit., 5 ss.

¹⁶ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ss.

La seconda verifica a cui il giudice dovrà procedere prima di dichiarare l'intervenuta *abolitio criminis* in relazione al caso concreto sottoposto, è la riconducibilità della condotta alla seconda alternativa apprestata dall'art. 323 c.p., cioè alla condotta di omessa astensione in caso di conflitto di interessi. Qualora il fatto commesso dall'imputato fosse contestato come abuso d'ufficio per violazione di legge o di regolamento, bisognerà valutare la possibilità che quello stesso fatto sia idoneo ad integrare l'omessa astensione in caso di conflitto di interessi.

La terza, ed ultima indagine, che il giudice deve effettuare è la prova dell'*abrogatio sine abolitione*, e quindi, una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 323 c.p., sarà necessario verificare la sussistenza di una diversa fattispecie, già esistente al momento della commissione del fatto, applicabile al caso concreto, fatto salvo il principio di intangibilità del giudicato e della legge più favorevole al reo ex art. 2 comma 4 c.p.¹⁷

Le conseguenze della riforma, quindi, hanno un rilievo anche sul versante sistematico, con la possibile riemersione delle ormai sepolte fattispecie di omissione di atti d'ufficio e di peculato. L'abuso d'ufficio, prima con la riforma del 1990 e poi con l'intervento del 1997, in definitiva, aveva conosciuto un'incontrollata espansione; al contrario, oggi, subisce un estremo ridimensionamento con la modifica del 2020.

5. *Una clausola di salvaguardia: sviamento di potere.* I giudici di legittimità, se da una parte si mostrano fedeli alla nuova versione dell'art. 323 c.p., ribadendo la possibilità di contestare l'abuso d'ufficio solo in presenza di violazioni di specifiche regole di condotta, dall'altra sembrano ancora legati alla tradizionale interpretazione dell'abuso di ufficio, inteso come "*sviamento di potere*".

Il supremo Collegio, dopo aver affermato l'impossibilità di incriminare il pubblico funzionario che violi qualsivoglia regolamento, o norme di legge generali e/o che attribuiscono poteri discrezionali, introduce nella pronuncia una clausola di salvaguardia: «*beninteso, sempre che l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità*».

Sin dall'entrata in vigore della Costituzione, la difficoltà maggiore riguardò il significato da attribuire al termine *abuso*, che risultava tanto ambiguo ed

¹⁷ GATTA, *La riforma del 2020*, cit., 77-78.

evanescente da non riuscire a consentire di selezionare i comportamenti rilevanti per l'integrazione del tipo criminoso. In dottrina prevalse, allora, l'interpretazione che attribuiva all'abuso d'ufficio il significato di uso deviato o distorto di poteri funzionali, tale da mettere a repentaglio la tutela dei beni giuridici previsti dall'art. 97 Cost.: il buon andamento e l'imparzialità della PA¹⁸.

L'abuso venne individuato, quindi, in un uso del potere pubblico da parte di chi lo detiene in qualità di pubblico funzionario «*per scopi ed interessi diversi da quelli per cui il potere stesso gli è stato affidato*¹⁹». L'abuso, inteso nei suddetti termini, posto in essere attraverso un atto amministrativo, rendeva quell'atto viziato da *eccesso di potere*²⁰, il cui nucleo era costituito proprio dallo *sviamento del potere* dalla causa tipica²¹.

La riforma del 1997, con il riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento, ha perseguito l'intento di definire meglio i confini dell'art. 323 c.p., evitando che si realizzasse l'appiattimento delle violazioni penalmente rilevanti sui vizi amministrativi²².

La giurisprudenza, di seguito, si divise, e mentre alcune pronunce²³ esclusero l'eccesso di potere e le norme di principio dalla rilevanza ex art. 323 c.p., altre²⁴, al contrario, ritennero che l'art. 97 Cost. imponesse delle regole di condotta di imparzialità e buon andamento della PA, dal carattere precettivo, ponendo le basi per orientamenti che arrivarono a ritenere lo sviamento del potere un presupposto imprescindibile per la rilevanza penale delle condotte del soggetto qualificato ex art. 323 c.p.²⁵

In particolare, la scelta del legislatore del 1997 di ancorare l'art. 323 c.p. ai vizi

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. 1, VI ed., Bologna, 2012, 244 ss.

¹⁹ ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 231 ss.

²⁰ CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, II ed., Roma, 2020, 1008 ss. «L'eccesso di potere discende, quindi, dalla violazione non di prescrizioni puntuali, ma di regole indeterminate che si sostanziano nel principio di logicità-congruità dell'azione amministrativa in relazione agli interessi primari da perseguire, agli interessi secondari coinvolti e alla situazione di fatto».

²¹ ZUCCALÀ, *I reati di infedeltà nelle società commerciali e nell'intermediazione finanziaria*, in Conti (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Galgano, vol. XXV, Padova, 2001, 326 ss.

²² CUPELLI, *op. cit.*, 2021, 19ss. Per una necessaria ridefinizione dell'art. 323 c.p. alla stregua dei canoni di tassatività e determinatezza propri del precetto penale si veda DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 4; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, *op. cit.*, 244 ss.

²³ Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 258 ss.

²⁴ Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, in *Dejure*.

²⁵ MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in *Il nuovo abuso d'ufficio*, *cit.*, 39 ss.

dell'atto amministrativo divise i penalisti tra coloro²⁶ che ritenevano che la violazione di legge si identificasse con l'omonimo vizio amministrativo, comportando l'esclusione degli altri vizi di legittimità dell'atto, e coloro che consideravano che la differenza testuale tra la "violazione di norme di legge" contenuta nella fattispecie *ex art. 323 c.p.* e la "violazione di legge" come vizio dell'atto amministrativo, consentisse operazioni ermeneutiche estensive²⁷, volte a comprendere tutti i vizi di legittimità, pertanto, anche l'eccesso di potere²⁸.

Parallelamente, si diffusero teorie che riconducevano le figure sintomatiche dell'eccesso di potere allo schema unitario dello sviamento del potere, in un'ottica di oggettivizzazione del vizio e di abbandono dell'assunto per cui l'esistenza del sintomo dovesse far concludere necessariamente per l'esistenza del vizio²⁹. In questa prospettiva, l'eccesso di potere rilevante per l'abuso d'ufficio si sarebbe rivelato il risultato di una serie di indici sintomatici capaci di indagare i «motivi illeciti e i comportamenti successivamente tenuti»³⁰, in un accertamento da operare in concreto, caso per caso.

A queste teorie si opposero quelle "riduzioniste", che sintetizzavano le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nella violazione di legge. Secondo dette impostazioni, l'individuazione del pubblico interesse fungerebbe da limite implicito assegnato dalla norma al potere discrezionale e, pertanto, il superamento di questo limite comporterebbe «assenza di pubblico interesse e dunque violazione di legge»³¹.

Parte della dottrina osservò, tuttavia, come anche queste teorie, lungi dal risolversi in mere questioni classificatorie, confermano che, anche qualora la condotta fosse integrata dalla violazione di legge e, quindi, l'eccesso di potere si risolvesse esso stesso in una violazione di legge, in ogni caso si renderebbe necessaria una valutazione da parte del giudice circa l'esistenza di un pubblico interesse concretamente perseguito³².

Il dibattito penalistico, ad oggi, consente di affermare che l'eccesso di potere si

²⁶ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 2012, 244 ss; MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 22 ss.

²⁷ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 36 ss.

²⁸ PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1394 ss.

²⁹ CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 94 ss.

³⁰ CIOFFI, *Eccesso di potere*, cit., 94 ss.

³¹ CIOFFI, *Eccesso di potere*, cit., 94 ss.

³² CIOFFI, *Eccesso di potere*, cit., 2001, 99 ss. L'Autore procede nella sua analisi scrutando i labili confini esistenti tra legittimità sostanziale e merito.

traduce in sviamento, e questo, più che una figura sintomatica dell'eccesso, «è, e non indica soltanto il vizio della causa»³³. In questo senso, in mancanza dello sviamento, inteso come distorsione dal fine per cui il potere è attribuito, si potrebbe ricorrere ad altre figure sintomatiche per indagare l'esistenza del vizio ma, nel caso in cui, al contrario, lo sviamento fosse evidente, allora sarebbe integrato l'elemento oggettivo dell'abuso, e cioè, l'eccesso di potere.

Lo sviamento di potere, pertanto, costituisce il nucleo tradizionale dell'eccesso di potere: quest'ultimo, nella prospettiva teleologicamente orientata dell'attività amministrativa, rappresenta «il risvolto patologico dell'impiego della discrezionalità amministrativa»³⁴.

Il vizio in oggetto si muove secondo lo schema dello sviamento di potere, e questo, sia nel caso di violazione di un prefissato fine specifico, sia nel caso in cui ad essere “sviato” sia l'interesse pubblico in generale³⁵.

In dottrina si è evidenziato come l'eccesso di potere ponga in essere una violazione di regole rispondenti al principio di logicità-congruità, e che detta violazione è individuata dal giudice nel sindacato sull'eccesso di potere³⁶.

Osservazioni nello stesso senso vennero anticipate già in epoca anteriore alla riforma del 1997, quando autorevole dottrina affermò che nonostante l'eccesso di potere costituisca «*la violazione di limiti non consacrati in norme positive, è inerente alla natura stessa della potestà pubblica (perseguimento del pubblico interesse)*» e, pertanto, «*non vi sono difficoltà ad ammettere il sindacato del giudice penale in ordine a quella particolare figura dell'eccesso di potere costituita dallo sviamento, consistente nel perseguimento di un interesse diverso da quello pubblico o nel perseguimento di un fine diverso da quello per cui il potere è stato conferito*»³⁷.

Corsi e ricorsi. Nel clima nebuloso generato dalla commistione tra nozioni amministrative e fattispecie incriminatrici, la varietà delle posizioni penalistiche emerse a seguito della riforma del 1997 si ripresenta ora con la riforma del 2020.

La “clausola di salvaguardia” introdotta nella pronuncia in commento dai giudici di legittimità, svela tutte le incongruenze dell'ultimo intervento del

³³ TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 40 ss.

³⁴ MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 68 ss.

³⁵ MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 68 ss.

³⁶ MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 68 ss.

³⁷ VIRGA, *Abuso di ufficio e sviamento di potere*, in *Nuova Rass.*, 1996, 625 ss.

legislatore. L'impressione che si ha è che il Collegio, nell'affermare in modo estremamente chiaro e fedele alla legge scritta l'assoluta impossibilità di ritenere intragata una violazione rilevante in presenza di margini di discrezionalità, prendendo atto dell'estrema limitazione che la riforma comporta per l'applicabilità dell'art. 323 c.p., abbia voluto evitare l'impatto, rallentando prima dello schianto⁸⁸.

A ben guardare, tuttavia, *electa una via non datur recursus ad alteram*. Se si lascia spazio all'interpretazione letterale della disposizione ex art. 323 c.p., il giudice non potrà mai arrivare a verificare la sussistenza di una distorsione funzionale dai fini pubblici, non potrà mai accertare la violazione dei limiti esterni, senza attraversare la soglia della discrezionalità amministrativa. Se, al contrario, ci si allontanerà dalle strette maglie della lettera, forse qualcosa potrà essere salvato dell'ormai soffocato e morente abuso d'ufficio.

6. *Discrezionalità e sindacato penale*. La Corte sottolinea che, a seguito della riforma del 2020, al giudice penale è sottratto tanto l'apprezzamento sull'inservanza di principi generali e di regolamenti o fonti subprimarie, quanto l'apprezzamento sul "cattivo uso" della discrezionalità amministrativa. A ben guardare, sebbene l'enunciazione di un siffatto principio risulti in linea con un'interpretazione letterale del dettato normativo, è sicuramente in contrasto con l'*obiter dictum* con cui i giudici si riservano di poter intervenire nel caso in cui l'esercizio del potere discrezionale trasmodi in uno sviamento di potere.

Prius logico-giuridico dell'affermazione per cui al giudice penale è sottratto l'apprezzamento sulla discrezionalità amministrativa, è il totale abbandono dello schema per cui l'art. 97 Cost. imporrebbe una regola di condotta al pubblico funzionario, in base alla quale questi sarebbe penalmente censurabile nel caso in cui la violazione fosse idonea ad integrare uno sviamento di potere. In altri termini, se si ritenesse tutt'oggi rilevante lo sviamento di potere ai fini dell'individuazione di un abuso d'ufficio, convinzione che sembra emergere dal testo della pronuncia in commento, non sarebbe possibile sottrarre al giudice penale il sindacato sull'uso della discrezionalità amministrativa da parte dei funzionari pubblici.

In dottrina si è sottolineato come l'*obiter dictum* contenuto nella pronuncia in commento si ponga nel solco di quella tradizione giurisprudenziale

⁸⁸ Per una riflessione sulla pronuncia si veda MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., 7 ss.

espansionistica, volta a riaffermare il sindacato del giudice penale in spazi di legalità che il legislatore della riforma aveva inteso sottrargli³⁹.

La stessa dottrina ritiene, proprio in un'ottica di recupero dei valori costituzionali di buon andamento e imparzialità della PA, che sia il giudice amministrativo, piuttosto che quello penale, a poter garantire al meglio il corretto esercizio della funzione pubblica. Il giudizio amministrativo sarebbe, in questa prospettiva, la sede più adeguata a conoscere dell'eccesso di potere, in quanto questo è un vizio che concerne l'atto amministrativo, contro il quale può essere posta in essere una tutela adeguata, anche al di fuori di quella penale, il cui presupposto applicativo è l'*extrema ratio*.⁴⁰

Si è sostenuto, al contrario, come non sia possibile, e neanche giusto, eliminare ogni forma di controllo del giudice penale sull'attività discrezionale della PA, sempre che questo controllo sia legittimo. Il controllo del giudice penale sulla PA trova il suo fondamento nella garanzia dei cittadini, attuata mediante il principio illuministico della separazione dei poteri. Tale garanzia può essere approntata solo se il giudice penale ha la possibilità di arrivare sul *locus commissi delicti*, in altre parole, di conoscere l'attività amministrativa⁴¹.

A ben guardare, il giudice penale non decide sull'attività amministrativa, non viola il principio di separazione dei poteri, ma lo garantisce⁴². In dottrina si è evidenziato come, in reati come la corruzione o l'abuso di ufficio, il giudice penale che si esprime circa la legittimità o l'illegittimità dell'azione amministrativa, in realtà non opera assolutamente sull'atto amministrativo, disapplicandolo.⁴³ Questa, infatti, è un'operazione che ha carattere meramente procedimentale, un'espedito che permette al giudice di decidere la questione *incidenter tantum*.

Negli atti-reato, cioè quegli atti amministrativi che possono generare una responsabilità penale del pubblico funzionario, come sottolinea parte della dottrina⁴⁴, il concetto di disapplicazione è assolutamente inutilizzabile; al contrario,

³⁹ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., 7 ss.

⁴⁰ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., 11 ss.

⁴¹ GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.

⁴² Auspicano da tempo un dialogo tra giudice penale e giudice amministrativo FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?* in *Quest. Giust.*, 1996, 319 ss; ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico*, Milano, 2008, 45.

⁴³ GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in *Il nuovo abuso d'ufficio*, op. cit., 107 ss.

⁴⁴ PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio*

l'atto amministrativo da cui potrebbe discendere la penale responsabilità del funzionario è utile solo al fine di comprendere quali siano gli elementi che rilevano per la fattispecie. In altri termini, l'atto amministrativo, nel reato di abuso d'ufficio, viene ritenuto legittimo o illegittimo dal giudice penale non ai fini della disapplicazione, ma solo ai fini della rilevanza penale, in quanto concorre ad integrare un elemento della fattispecie *ex art. 323 c.p.*⁴⁵

Ne discende che il sindacato del giudice penale, opportunamente limitato, non dovrebbe poter essere mai escluso, proprio in virtù di quel principio di separazione dei poteri, che garantisce l'equilibrato funzionamento di uno Stato di diritto. Ciò anche - e soprattutto - a tutela delle garanzie dei cittadini verso il buon andamento e l'imparzialità della PA *ex art. 97 Cost.*, che, a prescindere dal fatto che integri o meno una regola di condotta, è sicuramente un principio idoneo a permeare l'intero ordinamento, in quanto principio di pura genesi costituzionale.

MARIA GIOVANNA RUTIGLIANO

Superiore della Magistratura, 1987, n. 1, 72 ss.

⁴⁵ GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 2021, 107 ss.