

Abuso d'ufficio

Corte costituzionale 18 gennaio 2022, n. 8 - Pres. Coraggio - Red. Modugno

L'art. 23, comma 1, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, che modifica l'art. 323 cod. pen. non viola l'art. 77 Cost. Tale disposizione non è eccentrica ed assolutamente avulsa, per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è inserita. Il collegamento dell'intervento legislativo con gli obiettivi di fondo del provvedimento d'urgenza è difatti individuabile nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente. L'intervento normativo riflette due convinzioni diffuse: a) che il "rischio penale" e, in specie, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell'abuso d'ufficio, rappresenti uno dei motori della "burocrazia difensiva"; b) che quest'ultima costituisca a propria volta un freno e un fattore di inefficienza dell'attività della pubblica amministrazione. Benché l'esigenza di contrastare tali fenomeni sia anteriore alla disposizione legislativa censurata, l'obiettivo di far "ripartire" celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Valutazione, questa, che non può considerarsi manifestamente irragionevole o arbitraria.

Né la disposizione censurata si pone in contrasto con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, atteso che una censura di illegittimità costituzionale non può basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela.

(Omissis)

Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato

di Stefano Battini

Con la sentenza n. 8 del 2022, la Corte costituzionale riconosce nel fenomeno della burocrazia difensiva una vera emergenza istituzionale. Essa giustifica interventi legislativi urgenti diretti a contrastarla, come la riforma dell'abuso di ufficio, introdotta dall'art. 23, D.L. n. 76 del 2020, per contrastare il modo in cui la giurisprudenza aveva interpretato tale fattispecie criminosa, allargando le maglie del requisito della violazione di legge fino a ricomprendervi l'eccesso di potere. La riforma ha circoscritto l'ambito di applicazione del reato, fra l'altro espressamente escludendovi i vizi relativi all'esercizio della discrezionalità. Ma la nuova soluzione legislativa, compatibile con la Costituzione, lascia aperti molti problemi e solleva dubbi sulla possibilità che essa definisca un equilibrio stabile e duraturo fra le ragioni della legalità e quelle dell'efficienza del sistema amministrativo, nonché sul piano più generale degli aggrovigliati rapporti fra potere politico, amministrativo e giudiziario, di cui la vicenda dell'abuso di ufficio e la burocrazia difensiva sono in fondo un epifenomeno.

In its Judgement no. 8 of 2022, the Constitutional Court recognizes a real institutional emergency in the phenomenon of "defensive bureaucracy". It justifies urgent legislative interventions aimed at countering it, such as the "abuse of functions" reform, introduced by art. 23 of the decree n. 76 of 2020, to counter the way in which the jurisprudence had interpreted this criminal offense, expanding the notion of "violation of laws" to include that of "excess of power". The reform limited the scope of the criminal offense, among other things expressly excluding the unlawful and unfair exercise of discretionary powers. However, the new legislative solution, while complying with the Constitution, leaves many problems open

and raises doubts on the possibility that it defines a stable and lasting balance between the reasons of legality and those of the efficiency of the administrative system, as well as on the more general level of tangled relations between political, administrative and judicial power, of which the story of the abuse of functions and the defensive bureaucracy are basically an epiphenomenon.

1. Premessa

Con la sentenza n. 8 del 2022, la Corte ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro, in riferimento alle modifiche della disciplina del reato di abuso di ufficio, dirette a restringerne la sfera applicativa, contenute in un decreto-legge, adottato per promuovere la ripresa economica del Paese dopo l'emergenza pandemica (art. 23, comma 1, D.L. 16 luglio 2020, n. 76). Le censure, sollevate in relazione agli artt. 3, 97 e 77 Cost. sono state respinte dalla Corte, in particolare con riferimento all'ultimo parametro, sul rilievo che, secondo una percezione diffusa, la disciplina dell'abuso di ufficio rappresenta una delle principali cause della c.d. burocrazia difensiva e che questo fenomeno, a sua volta, costituisce uno dei principali ostacoli al rilancio economico del Paese (1).

Il tema della burocrazia difensiva è dunque divenuto, secondo una percezione diffusa in ambito istituzionale (2) e scientifico (3), che si riflette nelle valutazioni del legislatore e della stessa Corte costituzionale, una vera emergenza amministrativa. Essa è conseguenza, e al tempo stesso causa, di un assetto aggrovigliato dei rapporti fra il potere politico, quello amministrativo e quello giurisdizionale, nel cui generale contesto si inserisce anche il problema più specifico dell'abuso di ufficio, oggetto della pronuncia della Corte. Per commentare quest'ultima, conviene quindi muovere da una ricostruzione di quel contesto aggrovigliato (par. 2), prima di esaminare i fatti del giudizio *a quo* (par. 3), illustrare il significato del mutamento legislativo oggetto delle censure del giudice rimettente (par. 4), esaminare gli argomenti posti a base di tali censure e le motivazioni della decisione della Corte in ordine ad esse (par. 5), svolgere, infine, alcune riflessioni conclusive e prospettiche che la vicenda suggerisce (par. 6).

(1) Tra i primi commenti della pronuncia, efficace quello di G. Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in corso di pubblicazione in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*. Ringrazio l'A. per avermi anticipato il contributo.

(2) Sul piano nazionale, il "nodo" della burocrazia difensiva è stato sottolineato, fra gli altri, a vario titolo e con posizioni diverse: dagli estensori del c.d. Piano Colao (giugno 2020), dal Presidente del Consiglio, Mario Draghi, nel discorso di apertura dell'anno giudiziario della Corte dei conti (febbraio 2021), dall'Autorità Antitrust (Segnalazione AS1730 - 2021 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, che suggerisce "l'introduzione di misure volte ridurre il ricorso alla c.d. 'burocrazia difensiva' che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo); dai Presidenti del Tribunale amministrativo del Lazio (febbraio 2021 e marzo 2022) e del Consiglio di Stato (marzo 2022) nei rispettivi discorsi di apertura dell'anno giudiziario". Sul piano internazionale, secondo l'OECD, "In Italy, measures introduced to control the risk of corruption expose public officials to the risk of judicial processes with serious penalties, and the number of judicial proceedings against public officials has increased significantly since the early 2000s. While pursuing integrity, these discourage public servants from taking action or from seeking positions of responsibility. For example, public servants in administrations recently subject to judicial investigations are less likely to behave proactively" [OECD, *Economic Surveys: Italy 2021*, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/07d8b9cd-en> 2021)].

(3) La letteratura in argomento è divenuta in breve tempo cospicua. Possono indicarsi, senza pretesa di completezza e ordinati in base all'anno di pubblicazione: J. De Mot - M. Faure,

Public authority liability and the chilling effect, in 22 *Tort Law Review*, 2014, 120; F.M. Artinger - S. Artinger - G. Gigerenzer, *C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration*, in *Business Research*, 2018/09/05; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 625 ss.; A. Fiorella, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come "spauracchio"?* in A. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 108 ss.; S. Battini - F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.; B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 77 ss.; C. Feliziani, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 155 ss.; G. Bottino, *La burocrazia "difensiva" e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 1, 117 ss.; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020; G.D. Manna-Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?* Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 dicembre 2020; P. Corleto, *P.a. difensiva e scrutinio del giudice penale: il caso delle procedure contrattuali*, in *Federalismi.it*, 21, 2020; A. Battaglia - S. Battini - A. Blasini - V. Bontempi - M.P. Chiti - F. Decarolis - S. Mento - A. Pincini - A. Pirri Valentini - G. Sabato, *"Burocrazia Difensiva": cause, indicatori, rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1295 ss.; B. Tonoletti, *Funzione amministrativa, giudizio penale e prevedibilità*, in F. Centonze - S. Manacorda (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, 241 ss.

2. L'amministrazione (difensiva) fra politica e giustizia (penale)

Spetta al potere politico, attraverso la legge, sia regolare e orientare l'esercizio della funzione amministrativa (legge amministrativa), sia individuare le più gravi trasgressioni di tali regole da parte di chi esercita la funzione stessa (legge penale), le quali meritano una sanzione comminata dal giudice (penale). Il reato di abuso di ufficio assume una posizione centrale in questo incrocio fra politica, amministrazione e giustizia. Su di esso ha finito in certa misura per scaricarsi il compito di regolare il traffico, definendo la soglia oltre la quale la violazione della legge amministrativa, per consistenza e gravità, esonda sul terreno della legge penale, attivando la potestà punitiva dello Stato, esercitata dal giudice. Il criterio selettivo, che rappresenta in certa misura la matrice identitaria dell'abuso di ufficio, può essere rinvenuto nella tutela del principio di separazione fra l'interesse dell'ufficio pubblico e quello del suo titolare (4). Duguit poneva quel principio a fondamento del diritto pubblico moderno e così lo enunciava: *"Il n'y a pas aujourd'hui, dans le monde civilisé, un seul esprit qui ne soit profondément pénétré de cette idée que tous ceux qui détiennent le pouvoir à un titre quelconque, empereurs, rois, présidents de la république, ministres, parlements, le détiennent non pour leur profit, mais pour celui des gouvernés"* (5). Il dirottamento intenzionale della funzione conferita nell'interesse pubblico verso fini privati comporta non solo l'illegittimità dell'atto che ne costituisce esercizio, ma anche la responsabilità penale del titolare della funzione. Quando la condotta di quest'ultimo non integra una specifica figura di reato, in cui quel dirottamento assume contorni tipizzati, allora essa è (quantomeno) abuso di ufficio. Questo, anche nella percezione tuttora diffusa del giudice, fissa così la soglia minima di rilevanza penale della violazione intenzionale della legge amministrativa. Per alcuni giudici, come vedremo, rappresenta addirittura una soglia minima costituzionalmente imposta.

Qui però non finiscono, bensì iniziano i problemi. L'abuso di ufficio è una sorta di rinvio mobile al diritto amministrativo, che così penetra, per così dire tutto insieme, nel sistema penalistico,

portandosi dietro i suoi problemi e le sue contraddizioni, a partire dai cambiamenti intervenuti sul piano di una sempre più complessa relazione fra politica e amministrazione, da intendersi sia sotto il profilo funzionale della relazione fra legge e decisione amministrativa, sia sotto il profilo strutturale della relazione fra titolari politici e titolari professionali di uffici pubblici.

Duguit, nella frase in precedenza citata, alludeva ad una misura massima di "sviamento di potere". Si riferiva al caso in cui, anziché dirigersi verso il cielo dell'interesse pubblico, la decisione amministrativa atterra sull'interesse individuale del titolare della funzione. Ma oggi ci sono più cose fra cielo e terra di quante ne immaginasse la filosofia di Duguit. Come è noto, l'ipotesi della legge che conferisce il potere amministrativo per la realizzazione di un ben identificato interesse dello Stato, ove pur esistente, è marginale. Esiste invece quasi sempre una legislazione ipertrofica, disordinata e sovrabbondante, che impone all'amministrazione dapprima di ricostruire in via interpretativa il quadro delle regole applicabili, poi di prendere in esame, e di coordinare e comporre razionalmente e correttamente a sintesi, un insieme eterogeneo di interessi pubblici e privati, contemplati da quella stessa legislazione. E l'amministrazione non può assumere una posizione di distacco ed estraneità rispetto a tali interessi. Essa non opera come un giudice, che applica asetticamente la legge ad un fatto cui egli non partecipa, di cui prende conoscenza attraverso le carte per i soli profili che, nella fattispecie giudicata, attengono alla sua corrispondenza al parametro giuridico. L'amministrazione partecipa ai fatti ed è immersa negli interessi che quotidianamente ordina. Ne conosce i titolari, dalla cui collaborazione spesso dipende l'efficace realizzazione delle *policies* e la creazione di valore pubblico. La possibilità di influenza dell'interesse privato sulla decisione amministrativa, lungi dal rappresentare sempre uno "sviamento", è addirittura condizione di legittimità delle manifestazioni del potere amministrativo. In tale contesto, l'area della violazione della legge amministrativa si è progressivamente estesa ed è divenuta incerta nei confini, sia per il moltiplicarsi e frammentarsi di parametri normativi tra loro non (sempre) coordinati, sia perché lo

(4) Cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 187, che sottolinea l'importanza del principio perché "ha consentito di limitare l'interferenza di interessi del monarca o di ceti dei governanti nella cura degli interessi pubblici e, quindi, di mettere il Re al servizio dello Stato (e non viceversa). La storia della progressiva separazione fra interessi dell'ufficio e interessi del titolare è fra le più lunghe e complesse. Per lungo tempo, fino

all'Ottocento, negli Stati, i titolari degli uffici sono stati ritenuti proprietari dell'ufficio, al punto che potevano trasmetterlo per successione. Poi, funzione pubblica e interessi privati si sono andati separando. Oggi, la separazione è rafforzata da norme del codice penale ...".

(5) L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913.

standard di legittimità dell'eccesso di potere, allontanandosi dall'antico schema dello sviamento, oggi coglie e corregge anche misure minime di scostamento funzionale del potere amministrativo rispetto al quadro di interessi che devono orientarlo, colpendo soprattutto decisioni irragionevoli o sproporzionate. Se dunque, in ragione del rinvio mobile, si assumono a base oggettiva dell'abuso di ufficio le fattispecie odierne di violazione di legge e di eccesso di potere, allora vi è il rischio che una sterminata area di decisioni illegittime, che hanno invariabilmente l'effetto di avvantaggiare o danneggiare alcuni dei numerosi e contrapposti interessi privati su cui esse impattano, assumano in blocco rilievo penalistico. Occorre, certo, che vi si aggiunga l'elemento psicologico dell'intenzionalità del vantaggio conseguito o del danno prodotto. Ma l'accertamento di quest'ultimo elemento ha sempre rappresentato un filtro insufficiente, dipendendo in larga misura dal libero convincimento di un giudice penale piuttosto incline a presumere, come è stato osservato, che la violazione di legge o l'eccesso di potere si accompagni ad "una qualche finalità, ancorché indiretta, di vantaggio per il pubblico ufficiale", fino al punto di ravvisarla perfino "nell'obiettivo perseguito dal pubblico amministratore di incrementare il proprio prestigio e la propria credibilità politica realizzando un'importante opera pubblica da tutti ritenuta improrogabile" (6). Insomma, l'abuso di ufficio è divenuto nel tempo un trasformatore penalistico non più delle *gross violations* del diritto amministrativo, ma, potenzialmente, di tutte le infrazioni, anche minori, purché l'effetto che esse producono venga ritenuto intenzionale dal giudice alla luce di un (talora labile) collegamento, ricostruito *ex post*, fra l'interesse privato avvantaggiato o danneggiato e l'autore della decisione amministrativa.

Questo è il punto in cui l'abuso di ufficio si collega alla burocrazia difensiva. Il rischio del funzionario amministrativo di incorrere in tale reato, e più in generale il rischio di essere investito da una indagine penale, si è decisamente accresciuto a partire dall'ultimo

decennio dello scorso secolo, quando le relazioni fra politica, amministrazione e giustizia sono mutate, appunto aggrovigliandosi. A volte si sottovaluta il collegamento fra le trasformazioni che, negli anni '90, hanno contemporaneamente modificato l'assetto costituzionale del rapporto fra politica e giustizia e del rapporto fra politica e amministrazione. Sotto il primo versante, le trasformazioni hanno interessato la Costituzione formale. Il sistema di "giustizia politica", fondato sulla versione originaria degli artt. 68 e 96 Cost., sugli "scudi" dell'autorizzazione a procedere per i parlamentari e della giurisdizione della Corte costituzionale per i reati ministeriali, proteggeva i titolari politici dei poteri amministrativi dagli interventi del giudice penale. Tale sistema, anche in ragione dell'abuso che la politica ne fece, è stato smantellato tra il 1989 e il 1993. Si sono così create le premesse per un maggiore controllo, o, secondo i punti di vista, una maggiore interferenza del giudice penale sul terreno della gestione amministrativa, affidata a soggetti non più muniti di scudi costituzionali. Ma, contestualmente, sul versante dei rapporti fra politica e amministrazione, fu introdotto il principio legislativo della distinzione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, successivamente anch'esso costituzionalizzato in via interpretativa, in quanto ricondotto dalla Corte costituzionale all'art. 97 Cost (7). La funzione amministrativa è divenuta così terreno di conquista del giudice penale proprio quando la politica abbandonava formalmente quel terreno, salvo continuare a coltivarlo con altri e meno pericolosi mezzi, cioè mediante lo *spoils system* e i suoi derivati. Per il "combinato disposto" delle due trasformazioni indicate, la posizione dell'alta burocrazia, nei suoi rapporti con la politica e la giustizia, è cambiata radicalmente. La politica ha trasferito all'amministrazione i poteri amministrativi e le correlative responsabilità, ma non gli scudi. Un tempo, la dirigenza amministrativa rinunciò al potere in cambio della sicurezza (8). Successivamente, ha rinunciato invece alla sicurezza, in cambio di più elevate

(6) L'esempio è citato da A. Merlo, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 8. L'A. osserva che, quantomeno prima delle recenti modifiche legislative, "l'onere di tracciare il discrimine tra illiceità amministrativa e illiceità penale restava affidato per intero all'elemento soggettivo" [...]. Ma "la capacità selettiva affidata al dolo specifico [...] si rivelò parecchio limitata, poiché, nell'ampia gamma delle situazioni offerte dalla prassi era quasi sempre possibile poter presumere che all'eccesso di potere si accompagnasse una qualche finalità, ancorché indiretta, di vantaggio per il pubblico ufficiale o per soggetti terzi".

(7) Cfr. in particolare Corte cost. n. 81 del 2013, secondo cui "la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e

funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.". L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, spetta al legislatore, che però "non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione".

(8) Si allude allo scambio "sicurezza-potere" fra politica e amministrazione, messo in evidenza da S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Roma, IPZS, 1982, 52.

retribuzioni, che ormai non compensano tanto il lavoro o i risultati conseguiti, quanto la maggiore esposizione alla responsabilità. Un tempo, si parlava soprattutto di corruzione politica. Oggi si parla soprattutto di corruzione amministrativa, per il contrasto alla quale sono stati affinati, anche sotto la pressione di accordi internazionali, i sistemi sia di prevenzione che di repressione (L. n. 190 del 2012). Se ci si sforza di guardare alla vicenda dal punto di vista dell'impatto complessivo sul funzionamento dell'amministrazione, il saldo può essere positivo sul piano della legalità, ma non su quello dell'efficienza. Le scelte amministrative sono state consegnate ad un decisore più imparziale (almeno nella misura in cui non viene "fidelizzato") e più controllato dai giudici. Ma le scelte amministrative sono state al tempo stesso trasferite ad un decisore più timido e intimorito, non solo dal controllo del giudice penale, però anche da quello. La burocrazia difensiva non è solo, oggi, la paura di firmare qualche provvedimento delicato, l'omissione di un atto dovuto, il ritardo nella conclusione di una procedura. Chi vive nelle amministrazioni sa che è oramai una musica di fondo, la quale scandisce il ritmo dell'organizzazione e delle relazioni che vi si intrattengono. Talora essa induce a non decidere, ma spesso condiziona il contenuto delle decisioni. Altera il clima organizzativo, inducendo a formalizzare ogni scambio di comunicazioni e a precostituirsi scriminanti, perché "un domani ... hai visto mai ... mica ci posso andare di mezzo io". Impedisce resilienza e adattamento al cambiamento, perché discostarsi dalle prassi è più rischioso che aderirvi. Per migliorare il funzionamento dell'amministrazione non è sufficiente conoscere e applicare la legge, ma occorre assumere iniziative non preventivate, immaginare progetti nuovi, investire risorse, sperimentare soluzioni organizzative innovative, talvolta - nessuno si scandalizzi - perfino forzare l'interpretazione della norma sino al suo ultimo limite legale, per ottenerne in cambio un incremento di efficacia e risultati migliori. Ma il timore della responsabilità, che peraltro sovente si sposa con la pigrizia, suggerisce di evitare tutto questo, perché rischioso. È

inevitabilmente rischiosa ogni iniziativa che non sia espressamente qualificata dalla legge come obbligatoria. E il burocrate difensivo minimizza il rischio: se non è la legge che mi obbliga a farlo, allora "chi me lo fa fare?". Il fatto è che il diritto dell'amministrazione, non solo quello penale, è sempre più decisamente incamminato nella direzione denunciata da Giacinto Dragonetti in un volume del 1766, dal titolo contrapposto a quello assai più noto di Beccaria: "Delle virtù e de' premi". "Gli uomini" - osservava Dragonetti nell'Introduzione - "hanno fatto milioni di leggi per punire i delitti, e non ne hanno stabilita pur una per premiare le virtù". Ancora oggi, milioni di leggi e sentenze comminano sanzioni per i vizi degli atti amministrativi e dei loro autori, mentre nessun tribunale è efficace nel premiare le virtù degli amministratori e i risultati positivi delle loro azioni (9). La politica, nel trasferire sull'amministrazione il rischio di esercizio dei poteri amministrativi, si è dunque trovata dinanzi al rifiuto strisciante di esercitarli. Siccome ogni meccanismo istituzionale ha una propria capacità di adattamento, in questo caso la chiave è stata quella dell'amministrazione per legge. Quando la catena parlamento-governo-amministrazione si inceppa, può però funzionare in senso inverso: l'amministrazione prepara i provvedimenti amministrativi e, per il tramite del governo, li inserisce nel primo "veicolo normativo" che passa, sottoponendoli così alla approvazione dei parlamentari. Questi, nell'attività legislativa, continuano ad essere protetti dall'art. 68 Cost., non potendo essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Per questa via traversa, in fondo, finisce per ristabilirsi l'antico equilibrio fra politica e amministrazione: come un tempo l'amministrazione si riparava sotto la firma del ministro, così oggi torna a ripararsi sotto l'approvazione parlamentare, che gode ancora verso i giudici di uno scudo costituzionale che al ministro si era voluto sottrarre. Ma, di là da questo effetto paradossale, non vi è dubbio che l'adattamento rende il groviglio ancora più inestricabile, concorrendo a determinare un assetto normativo composto da miriadi di provvedimenti amministrativi rivestiti della forza di legge (10).

(9) G. Dragonetti, *Trattato delle virtù e dei premi*, a cura di M. Giovannetti e con Prefazione di S. Zamagni, Roma, 2012. Devo il suggerimento della lettura del volume, anche in riferimento al tema della burocrazia difensiva, a Stefano Zamagni, che ringrazio.

(10) Come osserva Sabino Cassese (*Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, 82 ss.), "si registra un continuo slittamento dell'amministrare nel legiferare". "Ogni minima esigenza - rileva l'A. - non trovando lo sbocco naturale in un'accurata decisione amministrativa, affiora al livello parlamentare (...). Una volta assunto rilievo legislativo, però ogni mutamento richiede un altro intervento

legislativo per essere modificato. La massa di leggi vigenti attira sempre nuove leggi. Di qui un circolo vizioso che si autoalimenta ... [e che] si accentua quando il veicolo non è il normale disegno di legge, ma la conversione di un decreto-legge, perché questo ha una corsia privilegiata e deve procedere molto più speditamente. Tutto questo appesantisce la legislazione rendendola incomprensibile e labirintica". Sul tema, più ampiamente B.G. Mattarella, *Burocrazia "normativa": il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 1, 75 ss.

Come uscirne? La risposta non è di quelle semplici. Ma, per quanto qui rileva, il legislatore ha pensato intanto di ridurre la burocrazia difensiva modificando la disciplina dell'abuso di ufficio. Il tentativo è stato quello di elevare la soglia minima di rilevanza penale delle violazioni della legge amministrativa ed è stato effettuato in due tappe, nel 1997 e nel 2020. Se ne dirà più avanti (par. 4), ma il quadro di contesto non sarebbe completo se non si anticipasse qui la ragione per cui due tappe sono state necessarie (e non è detto che siano sufficienti). La ragione ha infatti ancora una volta a che vedere con la complessa relazione fra la politica e la giustizia (11): la prima approva provvedimenti legislativi che la seconda interpreta e adegua ai principi e valori dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. I due attori però divergono per fini e mezzi della loro azione. Quanto ai fini, l'attore politico deve bilanciare le ragioni della legalità con quelle dell'efficienza degli apparati amministrativi, mentre l'attore giudiziario, sia per dovere d'ufficio che per (conseguente) impostazione culturale, non si pone neppure il problema: l'efficienza va perseguita dall'amministrazione nell'ambito della legalità, che rappresenta l'unica preoccupazione del giudice. La massimizzazione dell'interesse alla legalità induce però il giudice, come visto, a maneggiare con grande disinvoltura soprattutto l'elemento soggettivo del reato di abuso di ufficio, potenzialmente conferendo rilevanza penale quasi a ogni fattispecie concreta in cui ricorra l'elemento oggettivo. Ed è allora su quest'ultimo che, appunto per bilanciare legalità ed efficienza, interviene l'attore politico. Forse non tanto perché sia convinto che lì si annidi veramente il problema, quanto perché è l'unico profilo del problema che può controllare. Il legislatore circoscrive la base oggettiva del reato per restringere l'ambito delle condotte su cui vi è il rischio che il giudice possa eccedere nell'accertamento dell'intenzionalità. Così possono inquadrarsi le riforme legislative dell'abuso di ufficio che, come vedremo, hanno precisato la portata del "rinvio mobile" al diritto amministrativo. Tale portata è stata difatti progressivamente limitata dal legislatore alla sola area delle violazioni della "legalità estrinseca", cioè delle infrazioni caratterizzate da una difformità

con il parametro normativo che il giudice può accertare su basi certe e obiettive, senza dover apprezzare il corretto esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Ma è così parzialmente mutata l'identità del reato di abuso di ufficio: da trasformatore penalistico del macroscopico sviamento funzionale del potere amministrativo, è divenuto soprattutto strumento di repressione penale di violazioni, pur minime ma obiettivamente rilevabili, della legge amministrativa. La giurisprudenza, come pure vedremo, fatica però ad accettare la depenalizzazione di decisioni amministrative che sono espressione di potere discrezionale e tuttavia manifestano l'intenzionale perseguimento di un fine privatistico in luogo dell'interesse pubblico indicato dalla norma. Di qui una sorta di ribellione ermeneutica del giudice penale rispetto agli interventi legislativi (12), che si manifesta anche, come nel caso che ci occupa, nelle censure di legittimità costituzionale di tali interventi. Come era forse inevitabile, il groviglio è così giunto all'attenzione della Corte costituzionale. Ma è tempo ora di abbandonare il contesto per arrivare al testo, a partire da quello dell'ordinanza di rimessione del G.U.P.

3. I fatti del giudizio *a quo*

I fatti, come narrati dal giudice *a quo*, sono i seguenti. Una azienda ospedaliera calabrese indice una selezione pubblica per conferire un incarico temporaneo di dirigente medico, in sostituzione di personale assente, in "Medicina e Chirurgia d'accettazione e d'urgenza". Vi partecipano, fra gli altri, due candidati che, come riferisce l'ordinanza di rimessione del G.U.P., "già prestavano servizio in regime di convenzione con la Struttura ospedaliera". La Commissione esaminatrice, esaminate le domande, approva una graduatoria, che vede collocati i due medici al primo e al quarto posto. La selezione è fatta oggetto di indagine penale, all'esito della quale il P.M. formula richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dei tre membri della Commissione (oltre che degli stessi candidati). I commissari sono accusati di abuso di ufficio per avere illegittimamente e

(11) Per una generale messa a fuoco del tema, si possono vedere i recenti contributi di S. Cassese, *Il governo dei giudici*, cit. e C. Nordio, *Giustizia. Ultimo atto*, Milano, 2022.

(12) Per una attenta ricostruzione del "conflitto permanente" fra il legislatore e la giurisprudenza penale nella configurazione del reato di abuso d'ufficio, si rinvia all'analisi di G. Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della burocrazia difensiva: la responsabilità penale per abuso di ufficio come paradigma*, cit. L'A. non solo illustra in modo chiaro e completo i termini del conflitto, ma espone la tesi in base alla quale l'esistenza stessa

di una lunga distanza fra la norma e la sua interpretazione giurisprudenziale è fonte di incertezza e fattore scatenante della reazione difensiva della burocrazia, la quale è indotta a conformare le proprie condotte al dato giurisprudenziale, indicativo di un rischio più elevato. In altri termini, ai fini della condotta difensiva del burocrate, prevale il parametro di valutazione della condotta più severo, che nella specie è quello applicato dai giudici: "in sostanza - conclude l'A. - di fronte al permanente conflitto fra il parametro normativo e il parametro giurisprudenziale, è quest'ultimo (...) a fissare la soglia della percezione del rischio della responsabilità".

intenzionalmente favorito i due candidati, sulla scorta delle seguenti motivazioni, che attengono all'elemento oggettivo e soggettivo del reato.

Sul piano oggettivo, le violazioni di legge contestate riguardano sia l'ammissione, sia la valutazione dei candidati. Sotto il primo profilo, essi sarebbero stati ammessi nonostante la carenza del titolo richiesto, vale a dire la "specializzazione in medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza o in disciplina equipollente" (corsivo aggiunto). Più precisamente, la Commissione avrebbe prima escluso i due candidati per mancanza del titolo e, successivamente, li avrebbe riammessi, motivando ciò con la dicitura apodittica "servizio" apposta accanto ai loro nomi in elenco, sulla cui interpretazione il P.M. e il G.U.P. non si soffermano. Quanto alla fase di valutazione, la Commissione avrebbe attribuito a entrambi "il massimo punteggio per aver prestato pregresso servizio dirigenziale nella stessa disciplina oggetto di concorso, quando, in realtà - sempre ad avviso del PM - i due candidati non avevano svolto attività in tal senso assimilabile". Inoltre, la Commissione avrebbe considerato, per un candidato, "pubblicazioni non menzionate nel *curriculum vitae*", mentre avrebbe attribuito all'altro candidato "un elevatissimo punteggio per il proprio *curriculum* in assenza di qualsivoglia motivazione".

Sul piano soggettivo, queste presunte illegittimità, secondo l'accusa, sarebbero tutte state poste in essere intenzionalmente "al dichiarato fine di assicurare l'assunzione dei candidati" in questione, in quanto "già conosciuti dalla dirigenza". La prova del dolo, emersa dalle attività di indagine, viene così testualmente illustrata: "diverso personale medico riferiva degli *ottimi rapporti intercorrenti tra i due candidati e la P. (membro della commissione esaminatrice)*, tanto che quest'ultima, in più occasioni, aveva manifestato senza remore la sua intenzione di stabilizzare ed internalizzare i due candidati", i quali, come già detto, operavano presso la struttura come medici convenzionati.

Deve ora premettersi che chi scrive non ha avuto accesso agli atti di indagine e alla richiesta di rinvio a giudizio, se non nella misura in cui se ne riferisce nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, redatta dal G.U.P. È possibile, dunque, che, alla luce di tali atti, i dubbi che di seguito si manifesteranno siano infondati. Ciò posto, se ci si attiene esclusivamente al testo dell'ordinanza, le motivazioni da questa spese ai fini della rilevanza della

questione di legittimità costituzionale, celano un mistero e suscitano alcuni dubbi. Il mistero riguarda l'elemento soggettivo. Come mai i rapporti pregressi fra i candidati e un solo membro della Commissione sarebbero prova del dolo anche nei confronti degli altri due? I dubbi riguardano entrambi gli elementi. La circostanza di avere "ottimi rapporti" con chi opera, a vario titolo, nella propria struttura, di manifestare pubblicamente apprezzamento nei confronti di colleghi o collaboratori, di dichiarare l'intenzione o l'auspicio di stabilizzarli ove possibile (e senza precisare che si intende farlo in modo illegittimo), sono elementi che dovrebbero connotare la condotta di un buon direttore di una struttura amministrativa. Si consideri che, nel caso di specie, non vi erano tra commissario e candidati rapporti tali da configurare un conflitto di interessi, dato che altrimenti la mancata astensione sarebbe stata contestata quale condotta autonomamente rilevante ai fini dell'abuso di ufficio. Si deve allora ritenere che ogni dirigente pubblico che prenda una decisione che premia un dipendente della propria struttura, oppure un collega, verso cui magari ha espresso apprezzamento, e con il quale è in "ottimi rapporti", integri il reato di abuso di ufficio, sol che la decisione stessa si riveli poi illegittima? Se ne deve concludere che è più prudente coltivare "cattivi rapporti", o comunque limitarsi al "buongiorno e buonasera", all'interno della propria amministrazione? Chi risponde affermativamente a tali domande non ha mai guidato un'organizzazione, pubblica o privata; non sa cosa sia il clima organizzativo e quanto esso sia decisivo per i risultati di una struttura; non ha idea dei più elementari principi di efficienza gestionale, o comunque ritiene che non siano affar suo (magari perché lui è un "Giurista", non confondiamo i ruoli!). Ma i dubbi, come detto, investono anche l'elemento oggettivo. Secondo l'accusa, i candidati favoriti sarebbero stati ammessi alla selezione senza possedere la specializzazione nella materia indicata dal bando, o in altra equipollente. Ma poi nell'ordinanza si afferma anche che tali candidati operavano già nella struttura in regime di convenzionamento, che come è noto presuppone che il medico convenzionato sia in possesso del diploma di "Medicina generale", la cui Scuola è dichiarata equipollente a quella di "Medicina e Chirurgia d'accettazione e d'urgenza" nelle tabelle del Ministero della Salute (13). Pare lecito il dubbio che i due candidati avessero un titolo equipollente. Si consideri poi che la disciplina legislativa che definisce i requisiti per

(13) Cfr. D.M. 30 gennaio 1998, recante "Tabelle relative alle discipline equipollenti previste dalla normativa regolamentare per

l'accesso al secondo livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale", Tabella B, punto 13).

l'accesso al secondo livello di dirigente medico considera sufficiente, in alternativa al possesso del diploma di specializzazione, una anzianità di dieci anni di servizio nella medesima disciplina o nella disciplina equipollente (14). Tenendo conto di quanto più sopra detto circa l'equipollenza, è lecito il dubbio che la dicitura "servizio", indicata dalla Commissione per motivare la riammissione dei candidati, dovesse intendersi come "anzianità di servizio" in disciplina equipollente e, magari, potesse legittimare l'ammissione. E se poi così fosse, anche il punteggio elevato assegnato dalla Commissione per il pregresso servizio potrebbe allora risultare giustificato. Residuerebbero certo, per un candidato, un difetto di motivazione sul punteggio attribuito al *curriculum* e, per l'altro candidato, la valutazione di pubblicazioni non menzionate nel *curriculum*, ma - si deve ritenere - comunque esistenti e a lui imputabili. Ma se è dubbio che questi elementi sarebbero ritenuti insufficienti dal giudice amministrativo per travolgere gli atti della procedura, ancor più dubbio è che essi siano sufficienti, uniti ai "rapporti ottimi" intrattenuti da un solo commissario con i candidati, per rinviare a giudizio tre persone (perché è proprio di persone - giova ricordarlo - che qui si tratta).

Il G.U.P. di Catanzaro non pare essere sfiorato da tutti questi dubbi. Se non fosse intervenuta la modifica legislativa dell'abuso di ufficio, recata dal D.L. n. 76 del 2020, egli afferma infatti che sarebbe stato inevitabile il rinvio a giudizio (15). Non si deve credere però che la mancanza di dubbi dipenda da superficialità del magistrato. Di là dal fatto che - vale la pena ripeterlo - è possibile che il convincimento del giudice si sia basato su elementi ulteriori, non riferiti nell'ordinanza di rimessione alla Corte, importa soprattutto notare che il G.U.P. di Catanzaro ben evidenzia la ragione processuale per la quale i dubbi più sopra manifestati non sono stati oggetto di approfondimento ai fini del rinvio a giudizio. Il giudice *a quo* difatti osserva che "la deliberazione del giudice dell'udienza preliminare non ha quale oggetto una pronuncia riguardante l'innocenza o la

colpevolezza dell'imputato bensì l'inutilità o meno del dibattimento per affermare la prima evenienza", il che non consente di effettuare, appunto in sede di deliberazione, "una complessa ed approfondita disamina del merito". In altri termini, non già per ragioni contingenti e patologiche, ma per motivi strutturali e per cause fisiologiche, il rinvio a giudizio del funzionario amministrativo per abuso di ufficio viene disposto senza che nessun giudice abbia prima valutato, nel merito, l'esistenza della violazione della legge di cui egli viene accusato dalla controparte. Nel caso di specie, nessun giudice, prima del rinvio a giudizio, avrebbe potuto approfondire, per esempio, la questione dell'equipollenza dei titoli. Tutto questo avviene solo nella sede dibattimentale, alla quale si perviene sulla base di un mero giudizio di deliberazione del giudice, analogo a quello che, sempre sulla base della mera prospettazione della "parte" ricorrente, il giudice amministrativo compie in sede cautelare: però in un caso la deliberazione positiva, da parte del giudice amministrativo, delle prospettazioni della parte che introduce il giudizio comporta solo la sospensione provvisoria degli effetti dell'atto amministrativo; nell'altro, invece, la deliberazione del giudice penale determina, a tacer d'altro, un pregiudizio della reputazione professionale di una persona nei cui confronti è stata mossa l'accusa, non compiutamente verificata da un soggetto terzo. Pregiudizio che, anche per effetto di una cultura mediatica che ama le accuse rivolte agli amministratori tanto quanto ignora le loro assoluzioni, è nei fatti irreparabile all'esito del giudizio. Sono queste ragioni strutturali, dunque, che rendono la pressione esercitata sull'amministrazione dal sistema penalistico, e in particolare dall'abuso di ufficio, un potentissimo alimentatore della burocrazia difensiva.

Per disinnescare quell'alimentatore, il legislatore ha tentato a più riprese la modifica della disciplina dell'abuso di ufficio, l'ultima delle quali, secondo il G.U.P. di Catanzaro, avrebbe determinato una sostanziale depenalizzazione delle condotte in precedenza suscettibili in tale fattispecie di reato,

(14) D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484 (*Regolamento recante la determinazione dei requisiti per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e dei requisiti e dei criteri per l'accesso al secondo livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale*), art. 5, comma 2, lett. b).

(15) "Nella vicenda per cui si procede - afferma il G.U.P. - le condotte poste in essere dagli imputati si appalesano in contrasto sia con norme di legge (art. 97 Cost.) che di regolamento (art. 8, d. P.R. n. 487/1984; art. 11, d. P.R. n. 483/1997), a fronte delle quali gli elementi raccolti in corso di indagine costituiscono base idonea per sostenere in sede dibattimentale che tali illegittimità fossero intenzionalmente finalizzate a recare vantaggio ad alcuni specifici

soggetti". Non si comprendono, peraltro, alla luce dei vizi di legittimità riscontrati dall'accusa e indicati nell'ordinanza di rimessione, i richiami alle disposizioni regolamentari citate dal G.U.P. Forse l'art. 11, d. P.R. n. 483 del 1994 è richiamato in riferimento all'asserito vizio di difetto di motivazione del punteggio attribuito al *curriculum* di uno dei candidati. Mentre appare del tutto incomprensibile il rinvio all'art. 8, d. P.R. n. 487 del 1984 (sic!). Il rinvio deve presumibilmente riferirsi ad un d.P.R. recante lo stesso numero e approvato dieci anni dopo, cioè nel 1994. Ma, in ogni caso, l'art. 8 di tale decreto riguarda la disciplina generale dei concorsi per titoli ed esami, mentre la selezione che ci occupa è per soli titoli, ed è per giunta regolata da una disciplina speciale.

precludendo nel caso di specie un altrimenti scontato rinvio a giudizio degli imputati, e ponendosi altresì in contrasto con diverse disposizioni costituzionali (artt. 3, 77, 97 Cost.). Donde la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione che il G.U.P. solleva dinanzi alla Corte costituzionale in relazione all'art. 23, D.L. n. 76 del 2020. Per comprendere le questioni sollevate dal giudice *a quo*, e le motivazioni della decisione della Corte in ordine ad esse, è prima necessario riepilogare sinteticamente la storia delle modifiche legislative dell'abuso di ufficio, fino a quelle più recenti, oggetto appunto delle censure del giudice rimettente.

4. L'evoluzione legislativa di una fattispecie criminosa residuale ed elastica

Nato come "abuso di autorità", per proteggere la libertà individuale contro l'autorità dello Stato esercitata dai suoi funzionari (16), l'abuso d'ufficio è stato ridenominato dal regime fascista e convertito in uno strumento per proteggere lo Stato stesso contro i suoi funzionari infedeli. Il Codice penale Rocco, nel 1930, all'art. 323, puniva difatti il "pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurarsi un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge". Al di là della torsione autoritaria, la norma codicistica si presentava dunque fin dall'origine con due tratti caratterizzanti: fattispecie di chiusura del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, applicabile residualmente, in mancanza di altro più grave reato; e

fattispecie elastica, operante quale trasformatore penalistico di ogni tipo di illegittimità amministrativa (17), connotata sul piano psicologico dall'intenzione del funzionario di procurarsi un vantaggio o arrecare un danno. Il filtro dell'elemento psicologico, in epoca repubblicana, ha consentito alla Corte costituzionale di salvare l'elasticità di una figura di reato che lasciava non poco a desiderare sul piano della determinatezza della fattispecie incriminatrice imposta dall'art. 25 Cost. (18). D'altra parte, la carenza di determinatezza dell'abuso di ufficio risultava meno problematica proprio per il carattere residuale di tale reato. La presenza, in particolare, di altre figure criminose, anch'esse sufficientemente elastiche e poste a presidio del generale principio di separazione fra interesse dell'ufficio e interesse del suo titolare, quali erano il peculato per distrazione e soprattutto l'interesse privato in atti d'ufficio, relegava l'abuso di ufficio in una posizione di sostanziale marginalità, che è durata fino all'ultimo decennio dello scorso secolo.

Difatti è del 1990 la prima riforma legislativa (L. 26 aprile 1990, n. 86), la quale abrogò le due figure confinanti e concentrò in capo all'abuso di ufficio la funzione di traduzione di vizi amministrativi in illeciti penali. L'acquisita centralità del reato, ne rendeva allora più problematica la scarsa determinatezza, al che il legislatore del 1990 tentò di porre un primo rimedio, prevedendo, in particolare, che la condotta abusiva dovesse essere finalizzata ad un vantaggio, proprio od altrui, "ingiusto", o a un danno altrui parimenti "ingiusto" (19). Ma il rimedio si rivelò inefficace, sia perché la giurisprudenza finì

(16) L'art. 175 del Codice Zanardelli del 1889 così descriveva la fattispecie criminosa: "Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni a un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione". Come osserva A. Merlo, *L'abuso di ufficio*, cit., 2, "si trattava di una fattispecie delittuosa storicamente vocata, secondo l'impostazione liberale ottocentesca, alla difesa del privato cittadino dalle possibili prevaricazioni dell'autorità pubblica ... essa assumeva, infatti, il significato di garanzia contro i poteri temuti, la cui essenza rispondeva all'anomalia che la forza pubblica, costituita a difesa del cittadino, ne tradisse la fiducia rivolgendosi alla sua offesa".

(17) Si vedano in proposito le osservazioni dello stesso Guardasigilli Alfredo Rocco (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Parte II, Relazione al libro II, Roma, 1929, 132 ss.), citate da A. Merlo (*L'abuso di ufficio*, cit. 4, nt. 12), da cui emerge con chiarezza l'idea di attribuire generale rilevanza penalistica ai vizi dell'atto amministrativo. Rocco afferma che "mi sembrò in un primo momento necessario precisare le formule nelle quali l'abuso si estrinseca e cercai di ottenere la maggiore possibile compiutezza, attingendo la nozione di tali forme dal diritto amministrativo, ossia dalla classificazione dei motivi di annullamento dei provvedimenti emessi da enti pubblici. Per

tale modo espressamente e specificatamente prevedevansi l'eccesso di potere nelle forme: l'usurpazione, quando il pubblico ufficiale esercita una potestà riservata dalla legge ad altri organi o assunta potestà non consentite ai pubblici poteri; dell'abuso di potere, che ricorre quando si abusi del potere discrezionale (*détournement de pouvoir*), della incompetenza relativa e della violazione di legge sostanziale e formale [...]. Senonché ho considerato che la formula tradizionale dell'abuso di potere rispecchi, in sintesi, con sufficiente esattezza, tutte le varie possibilità di comportamento illegittimo del pubblico ufficiale testé indicate, ed ho quindi soppresso le specificazioni del progetto preliminare, le quali, indiscutibilmente esatte dal punto di vista scientifico, mal si prestano ad essere accolte in una formula legislativa. A tali specificazioni ho sostituito la locuzione, che avevo già preferita in tema di circostanze aggravanti generali, di 'abuso dei poteri inerenti alle funzioni'" (corsivo aggiunto).

(18) Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7.

(19) L'art. 323 c.p. venne così riscritto: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni".

per far sostanzialmente coincidere la c.d. doppia ingiustizia (della condotta e del vantaggio) con la semplice illegittimità dell'atto amministrativo, sia soprattutto per le ragioni di contesto che si sono indicate in apertura di questo scritto. Con il coevo cambiamento dei rapporti fra politica e giustizia, e fra politica e amministrazione, si determinò una vera e propria esplosione delle indagini e, in misura incommensurabilmente più limitata, delle condanne per abuso di ufficio nei confronti dei funzionari amministrativi, dando luogo ad una prima reazione difensiva di questi ultimi, che suscitò le preoccupazioni anche del Capo dello Stato (20).

Tutto ciò indusse il legislatore ad effettuare un nuovo tentativo, nel 1997, affinando la tecnica. La delimitazione della fattispecie di abuso di ufficio, ad opera della L. 16 luglio 1997, n. 234, avvenne su tre versanti (21). In primo luogo, la fattispecie fu trasformata in un reato di evento: non è sufficiente che la condotta illegittima sia finalizzata alla realizzazione di un danno o vantaggio ingiusto, ma occorre che quel danno o vantaggio effettivamente si verifichi. Ciò si riflette, in secondo luogo, sul dolo, che pure venne a riferirsi all'evento, che deve essere dunque specificamente voluto dall'agente. Il terzo è però il profilo più importante. Si volle infatti circoscrivere la categoria dei vizi di legittimità suscettibili di integrare, se accompagnati dal dolo, l'abuso di ufficio. L'idea che il giudice ordinario, inibito dal principio di separazione dei poteri, possa sindacare il potere amministrativo vincolato per violazione della legge, che appunto lo vincola, ma non il potere amministrativo discrezionale per eccesso di potere, non è nuova, anche se è stata affermata soprattutto in riferimento al giudice ordinario civile. Prima della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (1889), e soprattutto dopo il 1877, il giudice ordinario, in base alla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo, si riteneva competente a verificare il rispetto della legge nell'esercizio del potere amministrativo, ma si arrestava dinanzi agli

elementi discrezionali di tale esercizio, limitandosi ad una verifica di "legalità estrinseca". Successivamente, istituito il giudice amministrativo, il giudice ordinario ha come noto preso a declinare la propria giurisdizione dinanzi al potere amministrativo, discrezionale o vincolato che sia, ma di tanto in tanto riemerge, nella giurisprudenza e nella scienza giuridica, l'idea che al potere vincolato corrispondano diritti soggettivi per la tutela dei quali il giudice ordinario può sindacare la legalità delle decisioni amministrative. Ebbene, la riforma del 1997 ha applicato siffatto ordine di concetti al sindacato compiuto dal giudice penale sull'attività amministrativa, ai fini dell'accertamento dell'abuso di ufficio. Per la consumazione del reato, difatti, dopo il 1997, divenne elemento necessario la "violazione di norme di legge o di regolamento", escludendosi quindi che fosse sufficiente un vizio di eccesso di potere (22). Si intendeva, in questo modo, salvaguardare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, vietando sia che il giudice ordinario civile potesse annullare gli atti che ne costituiscono esercizio, sia che il giudice ordinario penale potesse punire gli autori di quegli atti a titolo di abuso di ufficio.

Anche questo tentativo non riuscì, in ragione di una disobbedienza della giurisprudenza penale, che quasi confina con l'obiezione di coscienza. Ma per cogliere il senso dell'obiezione bisogna muovere dalle premesse dell'atteggiamento del giudice, il quale sovente riconduce le novità legislative al sistema, anziché ricostruire continuamente il sistema alla luce delle novità legislative. Le premesse, in ogni caso, sono soprattutto due. La prima è che l'abuso di ufficio è considerato, verrebbe da dire ontologicamente, un eccesso di potere intenzionale assai più che una dolosa violazione di legge, per cui la scelta legislativa di ricondurre il reato a questa seconda figura, anziché alla prima, è apparsa al giudice quasi in contrasto con la natura delle cose. La violazione di legge, per quanto il legislatore ne sottolinei l'importanza nel descrivere la fattispecie di reato, resta in certa misura, nella

(20) Come osserva ancora A. Merlo, *L'abuso di ufficio*, cit., 12, si era "diffusa la convinzione che la riforma del 1990 avesse in realtà provocato effetti paradossali e antitetici rispetto alla finalità che era stata perseguita da chi l'aveva auspicata e lungamente progettata. Il particolare allarme che la minaccia penale suscitava nei pubblici funzionari e la conseguente tensione fra poteri aveva addirittura indotto l'allora Capo dello Stato Oscar Luigi Scalfaro a intervenire pubblicamente auspicando che il reato di abuso d'ufficio venisse 'spazzato via' dal codice penale per superare l'impasse in cui versava il Paese. 'Non si può avere un mondo di funzionari, sindaci, amministratori che a un certo punto si trovano impelagati senza saperlo prima in un illecito amministrativo o penale', ammonì Scalfaro" (M. Breda, *No alla cultura del sospetto*, in *Il Corriere della sera*, 20 giugno 1996, 2).

(21) L'art. 323 c.p. venne ancora riformulato come segue: "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni".

(22) Sul tema si vedano le osservazioni di V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, cc. 393-394.

ricostruzione giurisprudenziale, un elemento aggiuntivo, non il cuore dell'infrazione. Ciò che scatena la reazione punitiva dell'ordinamento, infatti, è sempre il dirottamento della funzione pubblica a fini privati, che ovviamente può implicare la violazione di specifiche previsioni legislative che orientano l'azione amministrativa verso il fine pubblico. Ma non sempre. E quando non accade, escludere il reato solo perché nessuna norma è stata espressamente violata può significare, nella prospettiva del giudice e anche di parte della scienza giuridica penalistica, la depenalizzazione di macroscopiche violazioni intenzionali del principio posto da Duguit, che è il più autentico bene protetto dal reato di abuso di ufficio (23). In altri termini, il giudice fatica ad accettare che l'abuso di ufficio possa subire un completo cambio di paradigma, passando, come è stato osservato, dalla logica dell'abuso di potere a quella della violazione del dovere (24). La seconda premessa, da cui pare muovere la giurisprudenza penale, è che la descritta concezione dell'abuso di ufficio è in fondo presupposta dall'intero sistema del diritto penale amministrativo. Questo si compone di una serie di delitti, ciascuno dei quali, almeno in certa misura, contiene un abuso di ufficio. Ogni delitto contro la pubblica amministrazione è la somma dell'abuso di ufficio più qualche altro elemento. Il dirottamento intenzionale della funzione pubblica verso finalità private è il fondo comune dei vari reati contro la pubblica amministrazione. Ciò non significa soltanto che l'abuso di ufficio ricorre quando il fatto non costituisce un più grave reato (per la presenza di quegli elementi ulteriori). Significa anche che, se la condotta tipica dell'abuso di ufficio divenisse lecita, se la dolosa violazione, "nuda e cruda", del principio di Duguit divenisse penalmente irrilevante, allora l'intero edificio del diritto penale amministrativo verrebbe a poggiare su basi più incerte, perché i

mattoni di cui si compongono i singoli illeciti sarebbero fatti in buona parte con una comune argilla lecita. Di qui anche l'idea secondo la quale l'abuso di ufficio, nel suo nucleo essenziale di divieto di dirottamento doloso della funzione pubblica, non può non essere punito in un ordinamento che accolga i principi dello Stato di diritto. E che quindi la sua depenalizzazione sia incostituzionale.

Se si tengono presente queste premesse, meglio ci si avvede delle ragioni per le quali il giudice penale, come gli uccelli migratori che tornano al proprio nido, possiede una sorta di orologio biologico interno che, dovunque lo conduca il legislatore, tende sempre a riportarlo in direzione della versione dell'abuso di ufficio che egli considera in qualche modo "autentica", sostanzialmente quella del 1930.

Più precisamente, dinanzi agli interventi legislativi volti ad escludere il sindacato del giudice penale sul potere discrezionale dell'amministrazione, a fini di accertamento dell'abuso di ufficio del funzionario che lo esercita, le reazioni del giudice sono di tre tipi: adesiva, oppositiva ed elusiva. Così almeno è accaduto dopo il 1997.

La reazione adesiva è diretta ad assecondare la finalità legislativa, interpretando in senso restrittivo l'elemento della "violazione di norme di legge e regolamento", che si deve ritenere riferito solo a regole precise, che puntualmente vietano la condotta tenuta dal funzionario, e non anche a principi e *standard* generali (25).

La reazione oppositiva, innescata soprattutto dalla seconda delle due "premesse" in precedenza indicate, si traduce invece in ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, volte a chiedere la dichiarazione di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli art. 3 e 97 Cost., della depenalizzazione di condotte in precedenza ricomprese nell'ambito di applicazione dell'abuso di ufficio (26). Ma la Corte

(23) Si vedano al riguardo, emblematicamente, le osservazioni di T. Padovani, *Vita morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, in *Giurisprudenza penale WEB*, 2020, 7-8: "l'illegittimità dell'atto, se emerge a priori, rappresenta un sintomo dell'abuso, ma non ne esaurisce la sostanza: non è la violazione di legge a determinare l'abuso, ma è piuttosto la distorsione del potere dal suo scopo istituzionale e la sua finalizzazione ad un'utilità privata. Per contro, anche quando l'atto appare, di per sé, legalmente formato ed emanato, l'accertamento che le scelte discrezionali rimesse alla valutazione del P.U. sono state orientate e determinate da un intento di profitto personale, o di favore o di danno per un terzo, finisce col dimostrare che l'atto è il risultato di uno sviamento di potere, penalmente qualificato nella forma dell'abuso: l'indagine penale evidenzia allora necessariamente che l'atto è viziato da un eccesso di potere. In questa prospettiva non si può dunque negare che la deriva ermeneutica cui il testo dell'art. 323 c.p. è stato sottoposto corrisponda alla logica di sistema e alla natura delle cose che non possono essere cancellate con un tratto di penna. Le

norme devono vivere nella realtà, non nei desideri (o nelle pie illusioni) di chi le confeziona, spesso senza criterio né ragione".

(24) G. De Francesco, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1633.

(25) Il *leading case* è la decisione della Cassazione penale sul caso Tosches (*Cass. pen.*, Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877), laddove si afferma che "occorre che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio; pertanto sono irrilevanti le violazioni di norme a carattere meramente procedimentale, ovvero le violazioni di norme generalissime o di principio".

(26) Cfr. le ordinanze emesse il 7 agosto 1997 dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Bolzano (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 42, prima serie speciale, dell'anno 1997) e il 5 gennaio 1998 dal tribunale di Firenze (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 22, prima serie speciale, dell'anno 1998). Secondo i giudici rimettenti, "il buon andamento e l'imparzialità della pubblica

costituzionale ha respinto questa opposizione, con una pronuncia di inammissibilità, in quanto la riserva di legge in materia penale preclude al giudice (anche costituzionale) di estendere la portata incriminatrice di una norma (27).

Bloccata così la reazione apertamente oppositiva, parte della giurisprudenza penale ha ripiegato su un orientamento elusivo delle finalità della riforma del 1997, che nel tempo è divenuto prevalente. Tale orientamento ha in buona parte recuperato il senso e la portata originaria dell'abuso di ufficio, attraverso un duplice percorso. Per un verso, il giudice penale ha unito ciò che il diritto amministrativo separa: si ritiene che la violazione di legge, nel suo significato penalistico, comprenda anche l'eccesso di potere (28), quantomeno - ma la differenza non è affatto trascurabile - nella forma più grave dello sviamento (29). Per altro verso, il giudice penale ha equiparato regole legislative e principi costituzionali, in particolare affermando che il principio di imparzialità amministrativa, previsto dall'art. 97 Cost., contiene nel suo nucleo essenziale un divieto di favoritismi che possiede "i caratteri e i contenuti

precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento, di immediata applicazione". La combinazione dei due percorsi ha così condotto ad una sostanziale vanificazione della finalità della riforma legislativa del 1997.

Per tali ragioni, dinanzi ad una recrudescenza dell'atteggiamento difensivo dell'amministrazione, il legislatore, nel 2020, ha nuovamente modificato la disciplina dell'abuso di ufficio. L'art. 23, D.L. n. 76 del 2020, come convertito con modifiche dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, tuttavia, non cambia la scelta del 1997, ma la ribadisce e la rafforza, contrastando a colpi di diritto positivo i due percorsi elusivi seguiti dalla giurisprudenza (30). Nel testo riformulato dell'art. 323 c.p., difatti, il riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento è sostituito dalla seguente espressione: "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" (31). Il riferimento alla violazione di "specifiche regole di condotta" è diretto

amministrazione non potrebbero essere assicurati da una norma che consenta favoritismi e prepotenze dei funzionari e dei pubblici amministratori, e impedisca di indagare sugli ingiusti vantaggi che sarebbero il sintomo visibile più evidente della corruzione".

(27) Cfr. Corte cost. n. 447 del 1998. La Corte ha anche affermato, con implicazioni su cui si dovrà tornare perché ripresi anche dalla sentenza in commento, che "le esigenze costituzionali di tutela [dell'imparzialità e del buon andamento] non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni ...; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* (...), cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela".

(28) Il *leading case* è la pronuncia della Cassazione sul caso Bocchiotti (Cass. Pen., Sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229), laddove si afferma che "La dizione 'violazione di norme di legge', se nell'alludere alla tripartizione classica dei vizi dell'atto amministrativo pare impedire la rilevanza penale del merito amministrativo, nonché del vizio di eccesso di potere, non circoscrive però al solo tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge. Sicché tale dizione implica che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico". Pertanto, "il reato di abuso di ufficio connotato da violazione di norme di legge o di regolamento è configurabile non solo allorché la condotta tenuta dall'agente sia in contrasto con il significato letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno 'svolgimento della funzione o del servizio' che oltrepassa ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine".

(29) Questa è la posizione che ha poi ricevuto l'avallo delle sezioni unite penali (Cass. Pen., SS.UU., sent., 29 settembre 2011, n. 155): per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha

pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione". Cfr. anche, fra le molte sentenze successive, Cass. Pen., Sez. VI, n. 36125 del 2014; Cass. Pen. n. 37373 del 2014; Cass. Pen. n. 25944 del 2015; Cass. Pen. n. 23019 del 2015; Cass. Pen. n. 27816 del 2015.

(30) La letteratura sulla più recente riforma dell'abuso di ufficio è ampia. Si vedano, fra i molti contributi pubblicati: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.; 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 *Sistema penale*, 17 luglio 2020; G. Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31 luglio 2020; B. Ballini, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen.it*, 10 agosto 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 *Sistema penale*, fasc. 7, 2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso di ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutrazzatrice" della giurisprudenza*, in *Sistema penale*, 1 marzo 2021; D'Avirro, *Lo sviamento di potere nel nuovo reato di abuso d'ufficio: un ritorno al passato*, in *Il Penalista*, online, 3 febbraio 2021; B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021.

(31) Più precisamente, l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. è la seguente: "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello

a contrastare il percorso interpretativo che equipara le regole ai principi costituzionali: la violazione dell'art. 97 Cost. non può dunque più rappresentare una violazione di legge, da intendersi ora come violazione di "specifiche regole di condotta". Il riferimento alla violazione di regole "dalle quali non residuino margini di discrezionalità" torna invece a separare, anche sul piano penalistico, la violazione di legge dall'eccesso di potere, privando quest'ultimo di rilevanza penale ai fini dell'abuso di ufficio. Si aggiunge, inoltre, quale elemento di innovazione rispetto alla disciplina del 1997, l'esclusione della violazione di norme di fonte regolamentare dal campo delle condotte sanzionate dall'art. 323 c.p.

La nuova disciplina è troppo recente per capire come essa verrà recepita dai giudici, ma la prima impressione è che si sia almeno inizialmente replicato lo stesso spettro di reazioni che aveva fatto seguito alla legge del 1997. Vi sono state pronunce che hanno continuato, anche a fronte dei chiarimenti legislativi del 2020, l'interpretazione elusiva precedente (32), altre che invece mostrano, soprattutto dopo l'intervento della pronuncia della Corte costituzionale in commento, di adeguarsi al mutamento legislativo (33). Non è poi mancato, anche in questa occasione, il tentativo di contrastare l'intervento del legislatore chiamando nuovamente in causa la Corte costituzionale, come appunto ha fatto il

G.U.P. di Catanzaro, alla cui ordinanza di rimessione è ora tempo di tornare.

5. Le censure del giudice rimettente e la pronuncia della Corte costituzionale

Il giudice *a quo*, come detto, giustifica la rilevanza della questione sollevata, sul rilievo che il rinvio a giudizio, che per le ragioni già illustrate egli avrebbe certamente disposto, sarebbe invece precluso dalla disciplina legislativa sopravvenuta, la quale depenalizza le condotte degli imputati. Queste, difatti, consistevano in violazioni di norme regolamentari (pur dubbiamente identificate), oppure in violazione di norme di principio (art. 97 Cost.; art. 1, L. n. 241 del 1990, art. 35, comma 3, lett. a), D.Lgs. n. 165 del 2001), entrambi parametri che, per essere troppo in alto o troppo in basso, non costituiscono quelle specifiche regole di condotta, poste da fonti primarie, la cui violazione è ora richiesta per integrare l'abuso di ufficio.

Quanto ai dubbi di costituzionalità sollevati, in punto di non manifesta infondatezza, dal giudice *a quo*, l'ordinanza di rimessione in parte ripropone, adattandole, censure analoghe a quelle sulle quali la Corte si era già espressa nel 1998, ed in parte solleva questioni diverse, che attengono allo strumento legislativo con cui le norme del 2020 sono state

svolgimento delle funzioni o del servizio, 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni".

(32) Cass. Pen., Sez. VI, n. 442 del 2020: "Per effetto della modifica introdotta dall'art. 23, d.l. n. 76 del 2020, al reato di abuso d'ufficio (art. 323, cod. pen.) è derivata la limitazione della responsabilità penale allorché il pubblico funzionario abbia agito in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, sempreché l'esercizio del potere discrezionale non abbia trasmodato in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (cosiddetto 'sviamento di potere')". A partire da questo e altri orientamenti, G. Bottino (*Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, cit.) afferma che "in sostanza nulla è cambiato, nel rapporto tra il legislatore e la giurisprudenza, anche dopo che il D.L. n. 76 del 2020 - modificando il testo normativo dell'art. 323 c.p. - ha da ultimo riformato la configurazione del reato di 'abuso d'ufficio': tale rapporto continua a permanere, ancora ad oggi, costantemente conflittuale poiché, mentre da un lato il legislatore ha sempre e progressivamente inteso limitare, nel corso del tempo, il perimetro di applicazione dell'illecito penale la giurisprudenza, d'altro lato e con forza uguale e contraria, ha agito ed agisce per estendere nuovamente tale perimetro, allo scopo di sindacare le condotte degli amministratori e dei funzionari pubblici".

(33) Cass. Pen., Sez. VI, n. 13136 del 2022: "Il tenore letterale della nuova norma incriminatrice e il significato che alla stessa va

attribuito alla luce dei lavori parlamentari (...) consentono di affermare che con la riforma in argomento si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato *de quo* sulla base della sola accertata violazione dell'art. 97 Cost. Ed infatti, risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si summa nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost. (così Corte cost., sent. n. 8 del 2022). Non è, dunque, condivisibile la diversa conclusione cui è pervenuta di recente la Cassazione (Sez. 1, n. 2028 del 2021) nell'esame di una situazione nella quale si era ritenuto di poter continuare a valorizzare gli indirizzi interpretativi raggiunti in materia dalla giurisprudenza di legittimità prima della entrata in vigore del decreto-legge n. 76 del 2020 (...). D'altro canto, lo sviamento del potere, vale a dire l'esercizio della funzione pubblica orientato alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, finisce per diventare influente - ai fini della configurabilità di una responsabilità penale ai sensi del 'nuovo' art. 323 cod. pen. - laddove quel potere risulti caratterizzato dalla presenza di margini di discrezionalità, perché normativamente previsto come non vincolato. Carattere discrezionale del potere che esclude, come si è visto, la possibilità di ritenere integrati gli estremi del reato per violazione di specifiche regole di condotta e che, in questa ottica, rende irrilevante la circostanza (...) che quel potere si fosse concretizzato nell'adozione di un provvedimento amministrativo recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, dunque in violazione del generico obbligo di motivazione che deve qualificare tutti gli atti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei relativi destinatari".

introdotte e che hanno, per conseguenza, carattere procedurale.

La parte “nuova” dell’ordinanza di rimessione riguarda l’asserita violazione dell’art. 77 Cost. Secondo il giudice rimettente, difetterebbero i requisiti di straordinarietà ed urgenza dell’intervento legislativo del governo, in quanto la norma che circoscrive l’ambito di applicazione dell’abuso di ufficio sarebbe del tutto estranea, per finalità e oggetto, alle altre disposizioni del D.L. n. 76 del 2020 in cui è stata inserita, la quale risponde alla necessità di introdurre misure di semplificazione amministrativa e di rilancio economico del Paese, anche per far fronte alle ricadute economiche della pandemia. La riforma dell’abuso d’ufficio non avrebbe nulla a che fare con la semplificazione delle procedure amministrative e il rilancio degli investimenti, estraneità che, secondo la giurisprudenza costituzionale citata dal rimettente, sarebbe a sua volta indice dell’assenza dei necessari presupposti di necessità e urgenza imposti dall’art. 77 Cost. Peraltro, ad avviso del G.U.P. di Catanzaro, quei presupposti sarebbero intrinsecamente assenti ove riferiti a interventi di (parziale) depenalizzazione, tenuto conto dei tempi di svolgimento dei processi penali, e dell’assenza di ricadute delle singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa.

La Corte ha dichiarato infondata questa censura, con una motivazione importante, perché indica nella “burocrazia difensiva” l’elemento di collegamento strutturale fra la semplificazione e l’efficienza del sistema amministrativo, da una parte, e il sistema delle responsabilità giuridiche che incombono sui funzionari amministrativi, a partire dall’abuso di ufficio, dall’altra parte. Tra queste due variabili (efficienza e responsabilità) si è soliti stabilire una relazione di proporzionalità diretta, ma, quando la pressione sull’amministrazione del sistema di responsabilità supera la soglia critica, la proporzionalità diretta si trasforma in proporzionalità inversa, come riconosce la stessa Corte costituzionale (34). Questa infatti ravvisa il collegamento, negato dal giudice rimettente, fra la riforma dell’abuso di ufficio e il provvedimento legislativo di urgenza in cui è stata

collocata “nell’idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità”. Afferma, in questa direzione, che “paura della firma e burocrazia difensiva, indotte dal timore di un’imputazione per abuso d’ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente”. Osserva, infine, che la riforma dell’abuso di ufficio, all’interno del D.L. n. 76 del 2020, “non è neppure una monade isolata”, perché “si abbina (...) a disposizioni volte a ‘tranquillizzare’ i pubblici amministratori rispetto all’altro rischio che accompagna il loro operato: vale a dire la responsabilità erariale”. La Corte costituzionale esclude anche che la depenalizzazione parziale dell’abuso di ufficio sia intrinsecamente priva dei caratteri di straordinaria necessità ed urgenza, osservando in particolare “come l’intervento normativo (...) rifletta due convinzioni, per quanto si è visto, entrambe diffuse: a) che il ‘rischio penale’ e, in specie, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell’abuso d’ufficio, rappresenti uno dei motori della ‘burocrazia difensiva’; b) che quest’ultima costituisca a propria volta un freno e un fattore di inefficienza dell’attività della pubblica amministrazione”. La Corte riconosce che l’esigenza di contrastare la burocrazia non è nuova, ma afferma anche che la pandemia ha impresso a tale esigenza “i caratteri della straordinarietà e urgenza”.

La parte “vecchia” dell’ordinanza di rimessione si riferisce invece all’asserita violazione degli artt. 3 e 97 Cost., questione già sollevata, in termini non dissimili, con riferimento alla riforma del 1997, che l’intervento del 2020 ha inteso sostanzialmente riaffermare. Sotto tale profilo il giudice *a quo* riprende l’idea secondo cui i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento imporrebbero la rilevanza penale delle condotte, tradizionalmente ricomprese nell’abuso di ufficio, che la riforma del 2020 invece depenalizzerebbe, contraddicendo in tal modo quei valori. Secondo il giudice rimettente, in particolare, la riforma, escludendo il sindacato del giudice penale

(34) Si tratta del resto di un ordine di concetti analogo a quello seguito dalla Corte costituzionale in riferimento alla responsabilità erariale, quando, con la nota sentenza n. 371 del 1998, ha giustificato l’intervento legislativo allora diretto a limitare la responsabilità amministrativa alle sole condotte poste in essere con colpa grave, precisamente sul presupposto dell’esigenza di dar luogo “nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all’eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento

dell’attività amministrativa (...) nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo”. Anche in quella *ratio decidendi* vi era in fondo l’idea di una soglia critica, oltre la quale la responsabilità cessa di essere stimolo (proporzionalità diretta fra responsabilità ed efficienza) e diviene disincentivo (proporzionalità inversa fra responsabilità ed efficienza).

sul potere discrezionale, avrebbe “riservato la rilevanza penale ad una improbabile e del tutto marginale casistica (quella degli atti a forma integralmente vincolata), rendendo, di fatto, prive di ogni rilievo le condotte, ben più gravi, di coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente, si trovano nella condizione privilegiata per abusarne” (35). La Corte ha risposto come fece nel 1998: con una pronuncia di inammissibilità, con motivazione che sconfina anche nel merito. La Corte ribadisce innanzitutto che la riserva di legge in materia penale preclude la possibilità di adottare sentenze *in malam partem*, salvo che esse colpiscano norme penali di favore, categoria cui però non appartiene la modifica della disciplina dell’abuso di ufficio, censurata dal rimettente (36). La Corte ribadisce pure, anche qui richiamando espressamente la propria sentenza n. 447 del 1998, il principio secondo cui non può considerarsi costituzionalmente illegittima la depenalizzazione di condotte lesive di valori costituzionali quali l’imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, perché le esigenze costituzionali di tutela di tali valori “non si esauriscono (...) nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l’incriminazione costituisce anzi un’*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l’assenza o l’inadeguatezza di altri mezzi di tutela”. La norma che incrimina l’abuso di ufficio, nella precedente formulazione (così come nell’attuale), non è dunque costituzionalmente obbligatoria.

6. Conclusioni

Si può ora tirare le fila dei ragionamenti sviluppati, indicando risultati e problemi aperti.

Il principale risultato è che la burocrazia difensiva, come detto in apertura, costituisce una riconosciuta emergenza del paese. Essa è al cuore della più generale questione amministrativa e burocratica e pertanto giustifica, in una visione ora condivisa anche dalla Corte costituzionale, interventi legislativi urgenti diretti a contrastarla. Tra i fattori che alimentano la burocrazia difensiva, secondo una percezione diffusa e anch’essa ritenuta plausibile dalla Corte, vi è il reato di abuso di ufficio, o, per meglio dire, il modo in cui la giurisprudenza, in parte vanificando precedenti interventi legislativi di riforma, ha interpretato tale fattispecie criminosa, allargando le maglie del requisito della violazione di legge fino a (tornare a) ricomprendervi l’eccesso di potere. Per tali ragioni, la modifica del reato di abuso di ufficio, contenuta nel D.L. n. 76 del 2020, che *apertis verbis* esclude la rilevanza penale dei vizi di eccesso di potere, è costituzionalmente legittima sia sotto il profilo della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, sia nel merito, perché la criminalizzazione dell’eccesso di potere intenzionale non è scelta legislativa che sia imposta dalla Costituzione.

Molti sono però i problemi che la soluzione del decreto-legge lascia aperti, insieme ai dubbi sulla possibilità che essa definisca un equilibrio stabile e duraturo fra le ragioni della legalità e quelle dell’efficienza del sistema amministrativo. Stabilità che è assai difficile da raggiungere, in specie in un tempo nel quale la volubilità dell’opinione pubblica, e la volatilità del consenso elettorale, assottigliano di volta in volta un problema o un’esigenza rispetto a quelle contrapposte, salvo successivamente invertire i termini del rapporto: oggi il problema è la burocrazia difensiva, ma domani tornerà ad essere, come ieri, quello della corruzione (37).

(35) La violazione dell’art. 3 Cost. viene affermata dal giudice rimettente sulla base di un ulteriore ragionamento, imperniato sull’illegittima equiparazione fra potere amministrativo e autonomia privatistica: “la disposizione qui censurata, equiparando il pubblico agente ad un privato, pone sullo stesso piano situazioni affatto diverse: il potere discrezionale attribuito al primo e la facoltà di disposizione riconosciuta al secondo rispetto ad una cosa di cui sia proprietario; il tutto in palese violazione del principio di uguaglianza, da un lato, e della legalità dell’azione amministrativa, dall’altro. Si tratta di un’equiparazione inammissibile volta ad uniformare sotto la stessa disciplina situazioni radicalmente ed ontologicamente diverse, con l’ulteriore *vulnus* per il principio di legalità dell’azione amministrativa”. Ma la circostanza che due situazioni affatto diverse siano entrambe penalmente irrilevanti non può certo significare che esse sono assoggettate al medesimo trattamento normativo.

(36) Richiamando la propria consolidata giurisprudenza, la Corte chiarisce che sono norme penali di favore quelle che stabiliscono un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comuni, dalla cui automatica riespansione deriva l’effetto in *malam partem*, in tal

caso rispettoso della riserva di legge. Diversamente, nel caso in esame, l’effetto in *malam partem* non deriverebbe dalla riespansione di una disciplina tuttora presente nell’ordinamento, ma dalla reviviscenza di una norma abrogata, cioè l’abuso di ufficio nella sua previgente formulazione, che è “espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale”. Tale operazione è appunto inammissibile perché in contrasto con il principio di riserva di legge in materia penale, ex art. 25 Cost.

(37) G. Bottino (*Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della “burocrazia difensiva”: la responsabilità penale per “abuso d’ufficio” come paradigma*), sottolinea giustamente le oscillazioni contraddittorie, in tema di abuso di ufficio, del legislatore, che una volta eleva la pena edittale del reato e l’altra ne circoscrive l’ambito di applicazione. L’A. osserva che “è facoltà del legislatore intervenire per configurare la responsabilità penale, anche per ‘abuso d’ufficio’, degli amministratori e dei funzionari pubblici, ed è auspicabile che ciò sia fatto senza intercalare nuove norme repressive ed aggravamenti di pena dei reati esistenti (come è avvenuto ad opera della legge n. 190 del 2012), a episodiche norme penali ‘di favore’ (come è quella recata dall’art. 23, d.l. n. 76 del 2020)”.

Un primo dubbio riguarda il fatto che la soluzione immaginata riguarda il testo, mentre il problema che si vuole risolvere scaturisce soprattutto dal contesto. Lo squilibrio, che alimenta la burocrazia difensiva, come si è tentato di illustrare, dipende soprattutto da un sistema aggrovigliato di relazioni fra politica, giustizia e amministrazione, per effetto del quale è divenuta altamente problematica una fattispecie di reato che, in precedenza, non rappresentava certo una emergenza nazionale. Non si può pertanto affidare soltanto alla modifica del testo della disposizione dell'art. 323 c.p. il compito di risolvere un fenomeno, che richiederebbe più complessive razionalizzazioni del quadro istituzionale. E soprattutto è bene che il testo (del reato di abuso di ufficio) non funga da capro espiatorio per i ben più gravi problemi di contesto, posti dal segnalato groviglio costituzionale, che è il vero responsabile del cattivo rendimento del sistema politico e amministrativo italiano.

Un secondo dubbio riguarda invece il modo in cui è stato modificato il testo. È presto per dire se il "dialogo fra sordi", intercorso fra legislatore e giudici dopo il 1997, sia destinato a sopirsi, oppure a proseguire, o riprendere in altra forma, come ad esempio quella della espansione o rivitalizzazione di differenti fattispecie criminose, nelle quali far rientrare le condotte scriminate con la riforma legislativa dell'abuso di ufficio (38). L'impressione, cui si è già accennato, è che il legislatore abbia escluso la rilevanza penale dell'esercizio del potere discrezionale, per bloccare l'interpretazione giurisprudenziale troppo lasca circa

l'intenzionalità di decisioni affette da tali vizi. E le vicende del giudizio *a quo*, in fondo, confermano tale impressione. L'idea che, in un sistema amministrativo in cui è perfino difficile stabilire con certezza i confini del conflitto anche "potenziale" di interessi (art. 6-bis, L. n. 241 del 1990), sia sufficiente avere "ottimi rapporti" con soggetti avvantaggiati dalle proprie decisioni illegittime per rendere quelle decisioni, agli occhi del giudice, di natura intenzionale, è probabilmente la principale causa di timore per funzionari amministrativi tendenzialmente onesti. E tuttavia, se ciascuno dei due attori continua a battere un chiodo diverso, il legislatore circoscrivendo l'elemento oggettivo del reato e il giudice estendendo quello soggettivo, il rischio è che anche l'odierna soluzione legislativa si riveli, al tempo stesso, insufficiente ed eccessiva.

L'effetto di contrasto della burocrazia difensiva, perseguito dal legislatore, rischia di essere insufficiente, perché minime violazioni di legge, considerate intenzionali in base ad un criterio lasco di presunzione di intenzionalità, acquisiscono rilevanza penale. L'idea del legislatore è quella di assicurare il funzionario amministrativo, dicendogli che basta non infrangere un preciso parametro normativo per essere al riparo da ogni contestazione. Ma quando il parametro normativo è rappresentato da un quadro di regole sovranazionali, nazionali e regionali di difficile ricostruzione e composizione, l'effetto di assicurazione grandemente si riduce (39). Un amministratore con *standard* etico adeguato al ruolo difficilmente

(38) Si tratterebbe peraltro di una reazione non imprevedibile, alla luce di una concezione del sistema di diritto penale amministrativo che, come detto, rinvia nella condotta tipicamente sanzionata dall'abuso di ufficio, cioè nell'intenzionale dirottamento della funzione pubblica verso interessi privati, una base illecita comune a tutte le figure di reato. Una base che dunque si ritiene, a torto o a ragione, che non possa restare priva di copertura penale, se non al prezzo di rendere incoerente il sistema stesso. Secondo, ad esempio, A. Nisco, *La riforma dell'abuso di ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., "è del tutto prevedibile... che il compito di presidiare l'attività amministrativa discrezionale sarà assolto pur sempre dal diritto penale, ma con l'ausilio di altre figure criminose". L'A. ipotizza innanzitutto "che gli abusi del potere discrezionale, estromessi dalla prima modalità di condotta, saranno con crescente frequenza ricondotti alla seconda alternativa tipica, rimasta intatta, ovvero all'omessa astensione in caso di interesse proprio dell'agente, di un prossimo congiunto o negli altri (non meglio precisati) 'casi prescritti'. In secondo luogo, ritiene che 'qualora la discrezionalità riguardi un atto di disposizione patrimoniale, e specialmente il maneggio di denaro, il suo scorretto esercizio potrebbe ricadere nel peculato per distrazione'". Infine, secondo Nisco "si profila il rischio di incentivare il ricorso - inappropriato, certo, ma sufficiente a far scattare penetranti attività investigative - allo schema della corruzione, recentemente invocato dalla magistratura inquirente anche in relazione allo scambio di favori tra pubblici ufficiali, in ipotesi rispetto alla quale, al ricorrere di altri elementi, avremmo ritenuto configurabile 'al massimo' l'abuso d'ufficio edizione 1997.

Cosicché, d'ora in poi, l'atto discrezionale in odore di favoritismo oscillerà pericolosamente tra l'omessa astensione ex art. 323 c.p. e la galassia delle fattispecie corruttive".

(39) In questo senso paiono condivisibili gli argomenti di T. Padovani (*Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, cit., 15) secondo cui "per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico. La prima, e più efficace difesa dell'amministratore e del politico deve quindi potersi rinvenire nelle norme che essi applicano: nitide e precise. Solo a queste condizioni le indagini troveranno un argine naturale e un percorso meno ondoso e pericolante. L'"invadenza" attribuita alle procure scaturisce invero dalla facilità con cui ogni scelta amministrativa di qualche rilievo può essere attaccata, censurata e investita dal sospetto di favoritismo, prevaricazione o indebito profitto. E il fenomeno trova, la propria origine - come si accennava - nel sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni. In questa palude infetta, il rischio di essere contaminato da una denuncia incombe anche sul

piega il potere amministrativo a scopi personali, ma continuamente può incappare in una ricostruzione del quadro normativo erronea o opinabile, o semplicemente non coincidente con quella fornita *ex post* dal giudice penale. Vero è che poi è sempre necessario dimostrare che quel presunto errore interpretativo è strumentale al conseguimento intenzionale di un vantaggio proprio o altrui, ma se il giudice penale largheggia nel presumere il dolo, allora l'atteggiamento difensivo della burocrazia permane.

D'altra parte, la soluzione legislativa può anche peccare per eccesso. Si guardi alla vicenda con gli occhi del magistrato penale che faccia invece un uso attento e assai controllato dell'elemento psicologico collegato al vizio funzionale della decisione amministrativa, riconoscendo la sussistenza del reato solo nei casi in cui il perseguimento dell'interesse personale costituisce fattore esclusivo e determinante di una decisione amministrativa assunta nella consapevolezza della sua totale inidoneità a realizzare l'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere. Da questa prospettiva l'esclusione del vizio funzionale dalla base oggettiva del reato di abuso di ufficio appare in effetti una misura eccessiva e sproporzionata rispetto all'intento

perseguito dal legislatore. La violazione palese ed intenzionale del principio di separazione fra l'interesse dell'ufficio e quello del suo titolare - si domanda il giudice - non rappresenta forse essa stessa, di per sé, una violazione di legge, o meglio una violazione di quella legge fondamentale che, secondo Duguit, ha segnato il passaggio dallo Stato patrimoniale allo Stato di diritto?

Insomma, se l'abuso di ufficio doveva essere un trasformatore penalistico delle *gross violations* del diritto amministrativo, esso rischia di divenire, nella prospettiva del funzionario amministrativo, uno strumento che attribuisce rilevanza penale a violazioni minime di legge, in quanto asseritamente intenzionali; e, nella prospettiva del giudice penale, una fattispecie che scrimina gravi e macroscopiche violazioni del vincolo di scopo, in quanto asseritamente discrezionali. L'intento di contrastare la burocrazia difensiva è assai lodevole. La misura prescelta dal legislatore contribuisce certamente a quel fine. Ma sulla stabilità dell'equilibrio che essa individua fra legalità ed efficienza, nonché fra le ragioni del legislatore, dell'amministratore e del giudice, non vi è altrettanta certezza.

più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici, proprio perché la sua attività si svolge in una dimensione precaria, labile,

fumosa, dove ogni scelta, ogni decisione può essere contestata e censurata".