amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĺnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio: le due culture*

di Vito Mormando

(Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Sommario

1. Introduzione. 2. Cenni su fattispecie simboliche ed effettive esigenze di tutela. – 3. Breve ricostruzione storica delle evoluzioni legislative dell'art. 323 c.p. – 4. Conclusioni.

Abstract

Art. 323 c.p. is crossed by two different levels: on the one hand the need to have in the system a disposition capable of criminalizing the exploitation of the functional powers of the public, which operates beyond the typical corruption hypotheses; and on the other the need to limit the power of the Public Prosecutor on administrative activity. From here a complex and articulated series of legislative interventions has developed over the years aimed at typifying the provision in ever more stringent terms, in the face of the symmetrical jurisprudential pronouncements which have determined the constant overcoming of the relative exegetical limits. A so-called attitude has taken root in public administrators known as "fear of the signature", with consequent serious slowdown of the administrative machinery: a very alarming phenomenon, which has seriously limited the development and operational prospects of the bureaucratic-administrative apparatus, with indisputable serious economic and social damage. To solve the problem, a solution must first be found to the problem of reconstruction and remodulation of the internal controls and internal regulations of the public administration, looking at crimes against the public administration, both in the form of crimes committed by public officials against public and private administration, in an overall perspective, with an overall criminological vision and, above all, with a common and transversal perspective and approach in terms of legislative technique.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. Introduzione

Le relazioni che hanno preceduto il mio intervento mi impongono non solo di rivedere lo schema, che avevo preparato, ma anche e soprattutto di riorganizzare radicalmente le mie riflessioni, non senza, tuttavia, non ricordare l'attualità del contributo allo studio dei reati contro la pubblica amministrazione, contenuto nel libro sul sindacato del giudice penale[1] dell'indimenticabile e carissimo Maestro Gaetano Contento.

Per entrare direttamente nel tema, che mi è stato assegnato dalla Collega Annamaria Angiuli, che ringrazio del cortese invito a questo importante seminario di studi su "Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione" desidero subito evidenziare, che la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. è attraversata da due differenti piani: da un lato la necessità di avere nel sistema una disposizione capace di criminalizzare la strumentalizzazione dei poteri funzionali dei pubblici, che operi aldilà delle tipiche ipotesi corruttorie; e dall'altro l'esigenza di limitare il potere di sindacato penale del P.M. sull'attività amministrativa.

Di qui si è sviluppata nel corso degli anni una complessa ed articolata serie di interventi legislativi [2] finalizzati a tipizzare, in termini sempre più stringenti la disposizione *de qua*, a fronte dei simmetrici arresti giurisprudenziali che [3], ne hanno determinato il costante superamento dei relativi limiti esegetici [4].

E tuttavia, a fronte dei numerosi correttivi giurisprudenziali – l'ultimo dei quali è contenuto nella notissima decisione "Fidelbo" – si è consolidato, nel corso degli anni, un particolare dato statistico [5] nel quale i processi per abuso di ufficio, che si sono

---

* Testo, rivisto e integrato con l'inserimento delle note, della relazione presentata al convegno "Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione" – Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Dipartimento di Giurisprudenza – 31 gennaio 2023.

[1] G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979.

[2] B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 1 definisce l'abuso di ufficio come la fattispecie «che più ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano»; si è esplicitamente fatto uso della locuzione «tormentata storia normativa» in M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2013, p. 296.

[3] M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2019, p. 351.

[4] Di «disarticolazione del testo per via esegetica» parla M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *www.penaledp.it*, 10 agosto 2020, p. 3; sul punto, anche A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, p. 2; V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo* ex lege *120/2020*, in *disCrimen*, 2 gennaio 2021, p. 2.

[5] Si vedano i dati riportati nell'articolo, a riguardo, su *Il sole 24 ore* del 13 dicembre 2022; sul punto anche C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2023; 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 *Sist. pen.*, 2020, 7, p. 136 sulla «vistosa forbice tra procedimenti penali avviati e condanne pronunciate per lo stesso» per poi rilevare come il divario numerico sembri ascrivibile non tanto alla indeterminatezza della fattispecie, quanto «ad una scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di reato oltreché delle indagini preliminari»; riflessione riproposta in M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 83.

conclusi con l'affermazione di responsabilità dell'imputato sono in numero assai ridotto, rispetto alle iniziative delle Procure della Repubblica.
Ciononpertanto si è radicato negli amministratori pubblici un atteggiamento c.d. "difensivo" noto come "paura della firma", con conseguente grave rallentamento della macchina amministrativa: un fenomeno assai allarmante, che ha limitato gravemente le prospettive di sviluppo ed operatività dell'apparato burocratico-amministrativo, con indiscutibile grave nocumento di carattere economico e sociale.
A fronte del sostanziale simbolismo della norma e della sostanziale non tenuta delle contestazioni, la mera insorgenza del procedimento penale e la fatale quanto insopportabile propalazione mediatica delle iniziative dei PP.MM ha radicato il convincimento della assoluta necessità di un intervento legislativo finalizzato alla radicale abrogazione dell'art. 323 c.p., per consentire una più efficace ed efficiente ripartenza della macchina amministrativa[6].

2. *Cenni su fattispecie simboliche ed effettive esigenze di tutela.*
In realtà, vale la pena di precisare, che non si tratta di un caso isolato, ma da un lato esistono numerose fattispecie penali relegate nel *limbo del simbolismo*; dall'altro vi è un altro importante settore caratterizzato dal medesimo *scarto* tra *iniziative giudiziarie* ed *effettiva tenuta* delle contestazioni: si pensi, ad esempio, ai processi per colpa medica.
In relazione al caso da ultimo indicato esiste un *doppio scarto* tra la modestissima tenuta dei processi penali e quella più congrua dei giudizi civili, che ha nel corso degli anni originato la c.d. "medicina difensiva" che in forme differenti produce gli stessi effetti della c.d. "paura della firma"; senza che, tuttavia sia stata mai, anche solo ipotizzata, una elisione della colpa penale-professionale.
In relazione, invece, alla prima ipotesi di lavoro, si pensi, al reato di turbata libertà degli incanti, o all'ipotesi di astensione dagli incanti di cui all'art. 354 c.p.: la prima ha avuto un'applicazione assai modesta e caratterizzata dallo slargamento interpretativo del concetto di "gara", così da farvi rientrare, anche la trattativa privata; la seconda è stata completamente pretermessa, cosicché è praticamente impossibile trovare decisioni tanto della giurisprudenza di merito, che della Suprema Corte. E pure si tratta di una disposizione, per la quale si poteva immaginare un

[6] Sul tema, tra i tanti, S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 250; P. SEVERINO, *Un ostacolo da combattere. La burocrazia difensiva*, in *La Repubblica*, 30 maggio 2020; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, pp. 293 ss; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 14 settembre 2020; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 17 dicembre 2020; S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4, pp. 494 ss; V. MANES, *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l'abuso d'ufficio frena la PA*, ne *Il sole 24 ore*, 15 luglio 2020; A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 535 ss. in tema di paralisi dell'amministrazione.

vissuto applicativo certamente diverso, attesa la possibilità, ad avviso di scrive, di coniugare il citato art. 354 c.p. con la disciplina antitrust e con la normativa in materia di intese restrittive della concorrenza.
Un dato è pacifico: la turbata libertà degli incanti e l'astensione dagli incanti sono «microsistemi», che presentano uno scarto impressionante tra le *chances* di tutela, le iniziative dei Pubblici ministeri e l'effettiva tenuta nei vari gradi delle imputazioni.

3. *Breve ricostruzione storica delle evoluzioni legislative dell'art. 323 c.p.*
In tema di abuso di ufficio, però, è difficile avere una propria precisa e autonoma visione in ordine alla necessità o anche solo all'opportunità, che la disposizione resti nell'ordinamento penale[7].
Si può provare a fare un lavoro a ritroso, muovendo da una prospettiva diversa e, in particolare, da due momenti storici: l'entrata in vigore del codice Rocco e gli anni Novanta, con precipuo riferimento alla riforma del 1997, che ha visto nascere doglianze che la fattispecie ha tratto e porta ancora con sé[8].
Nel codice penale del 1930[9], l'abuso di ufficio si presentava come una *norma di chiusura*[10], che la dottrina aveva efficacemente stigmatizzato come *compressa* tra le «colonne d'Ercole»[11] dell'interesse privato in atti d'ufficio e del peculato.
Il legislatore, infatti, aveva immaginato un sistema di controllo, che (i) muoveva dal

[7] A tal proposito, non poche sono state le critiche formulate dalla dottrina nei confronti dell'ultima novella che ha riscritto l'abuso di ufficio nel 2020. Si vedano, tra i tanti, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web.*, 28 luglio 2020, p. 8, che definisce la riforma come una «assurdità legislativa» e, ancora, in una *climax* ascendente, la qualifica quale «ircocervo dalle fattezze mostruose»; a «una riforma imperfetta» – termine che, per l'Autore, è comunque un eufemismo – fa riferimento aspramente sempre PADOVANI T., *Una riforma imperfetta*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 121 ss; in passato anche A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 2, pp. 1405 ss; sulla portata risolutiva dell'abrogazione v. L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 117; G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al dir.*, 8 agosto 2020, 34/35, p. 30; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020, p. 12; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, pp. 13 ss. per poi meglio specificare la sua posizione in apertura dello scritto S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020.

[8] A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 13, che rileva come il senso dei rimaneggiamenti della fattispecie in esame possa essere colto solo per il tramite di una riflessione sull'evoluzione storica della fattispecie.

[9] In tema di abuso innominato di ufficio, per come formulato nel codice Rocco, si vedano, tra i tanti: E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 187 ss; A. TESAURO, *Sull'abuso generico di ufficio*, in *Foro pen.*, 1950, cc. 569 ss; F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 985 ss; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, pp. 271 ss; F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss; S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti di ufficio*, in *Il Foro it.*, 1984, 6, cc. 342 ss; B. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

[10] S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti di ufficio*, *op. cit.*, p. 348.

[11] T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 L. 16/7/1997 n. 231*, in *Leg. pen.*, 1997, pp. 741 ss.

peculato e, in particolare, dal peculato tanto per appropriazione che per distrazione, per (ii) svilupparsi con la disposizione di cui all'art. 324 c.p., che tipizzava l'interesse privato in atti di ufficio finalizzato a sanzionare il pubblico agente che prendeva un interesse privato – e si sottolinea l'uso del termine «prendere»[12], tale da orientare l'interprete in senso diverso rispetto all'«avere» – per (iii) chiudersi con la fattispecie di abuso innominato[13].

Questo apparato normativo ha fatto emergere la residualità delle pronunce in materia di abuso di ufficio e anche il ridotto numero di indagini per abuso d'ufficio; la disposizione presentava, cioè, una sua dimensione interpretativa e applicativa assolutamente coerente con il programma di tutela che quella disposizione aveva, che a quella norma il legislatore del 1930 aveva assegnato, in un lavoro sistematico di coordinamento con le altre due fattispecie menzionate.

La fisionomia è cambiata quando si è inteso approcciare alla materia della pubblica amministrazione non con una visione generale ed all'interno di un progetto complessivo e organizzato, ma con interventi rapsodici e disorganici, eliminando l'interesse privato e il peculato per distrazione atteso il rischio che, condotte attraverso le quali si assegnava ai beni della P.A. una finalità differente, ancorché sempre di natura pubblico-istituzionale, avrebbero potuto rientrare all'interno delle ipotesi di distrazione.

Questo approccio ha condotto a una trasformazione dell'abuso di ufficio, che è diventato il "procuratore speciale" del peculato e dell'interesse privato in atti di ufficio[14]; in altri termini, sull'abuso di ufficio sono ricadute le *chances* di tutela, le *chances* di protezione, le *chances* di controllo dell'attività della pubblica amministrazione, che prima erano presidiate, sia pure con dei limiti, con delle incertezze e con le incoerenze, dalle due fondamentali fattispecie, quali l'interesse privato in atti di ufficio e il peculato per distrazione[15].

---

[12] Sulle fasi evolutive attraversate dall'art. 324 c.p., con particolare riferimento al significato da attribuire ai termini «prendere» e «privato» si veda la ricostruzione in A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, pp. 244 ss; sul punto anche A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13*, Milano, 1995, pp. 62 ss.

[13] P. PISA, *Abuso di ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiorn. vol I, Roma, 1995, p. 1; T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1046.

[14] A. MANNA, *Luci ed ombre*, *op. cit.*, p. 14 sul fenomeno espansivo di cui è stata protagonista la fattispecie di abuso di ufficio dopo la riforma del 1990, quella che per Pagliaro aveva portato alla creazione di un «gigantesco contenitore» (A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, *op. cit.*, p. 1405); D. GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, p. 145 sul rilevo della consegna, a seguito della riforma dell'abuso di ufficio, di enormi poteri agli organi giudicanti.

[15] Sulle riforme intervenute nel 1990 e nel 1997, si veda, a titolo esemplificativo, tra i tanti, C.F. GROSSO, *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cass. pen.*, 1991, 7, pp. 1298 ss; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 815 ss; T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1989, pp. 76 ss; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in AA. VV., *I delitti*

Questa attività di *rimodulazione normativa* ha certamente avuto ripercussioni sotto il profilo applicativo e, nella prassi, l'abuso di ufficio ha finito per essere la norma più frequentata dalla giurisprudenza.
Se, da un lato, nel codice Rocco, l'abuso di ufficio era quasi sempre contestato in concorso con altre disposizioni (si pensi al falso); dagli anni Novanta, la disposizione ha finito per diventare una norma in grado di sanzionare la strumentalizzazione dei poteri funzionali dei pubblici agenti, verso finalità di natura privata.
Di qui la diffusa ed autonoma contestazione di fatti di abuso di ufficio e la necessità di interventi di volta in volta finalizzati alla perimetrazione della fattispecie *de qua*, sia sul terreno della tipicità oggettiva, che rispetto al coefficiente psicologico.
L'ultimo intervento legislativo sembrava destinato ad essere definitivo, avendo il legislatore individuato nettamente che la condotta deve essere intenzionalmente diretta alla violazione di norme di legge ordinaria e deve avere determinato la c.d. "doppia ingiustizia".
E pure nonostante la chiarezza del testo normativo sono subito affiorate decisioni come quelle riportate in aperture del mio intervento, che invece aprono ad una possibile e legittima integrazione della legge ordinaria, con quella regolamentare, tutte le volte in cui quest'ultima possa essere ritenuta integratrice della prima.
Si tratta, evidentemente, di una interpretazione pacificamente additiva, che muove da un distorto utilizzo dei caratteri e dei parametri della interpretazione estensiva e che determina il superamento del limite esegetico della più recete riformulazione dell'abuso di ufficio, rendendo *inutiliter data* la modifica legislativa [16].

---

contro la pubblica amministrazione, *Quaderni del CSM*, 1992, pp. 189 ss; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, pp. 291 ss; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 15 ss; A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1, pp. 501 ss; A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1394 ss; A. MANNA, *Luci ed ombre*, *op. cit.*, pp. 13 ss; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, pp. 345 ss; V. MANES, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Il Foro it.*, 1998, cc. 390 ss; S. SEMINARA., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 1251 ss; G. CONTENTO, *La riforma dell'abuso di ufficio: violazione di legge ed eccesso di potere*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002, pp. 612 ss.

[16] La giurisprudenza, d'altronde, evidenzia con nettezza l'autonomia dell'accertamento penale rispetto al sindacato del giudice amministrativo: «La sentenza affronta la questione che attiene alla possibilità di qualificare illegittimo un atto amministrativo in conseguenza di condotte di reato accertate in capo a dipendenti dell'amministrazione anche se nessuna responsabilità è emersa quanto al destinatario (beneficiario degli effetti) e all'organo cui se ne deve l'adozione. Rifiutata una concezione pan-penalistica, per la quale all'accertamento del reato segue l'automatica illegittimità dell'atto amministrativo che ne sia stato mezzo esecutivo (come nel caso del reato di abuso d'ufficio, ex art. 323 Cod. pen. o di corruzione, ex art. 317 Cod. pen.) ovvero oggetto (come nel caso del reato di turbata libertà degli incanti), va ammesso, invece, l'autonomo apprezzamento della legittimità dell'atto alla luce dei vizi enunciati dall'art. 21-octies l. 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143). La concezione atomistica dei rapporti tra atto amministrativo e reato, siccome impone l'autonomo ed oggettivo riscontro dell'illegittimità del provvedimento amministrativo alla luce dei noti vizi di invalidità, rende irrilevante, da un lato, che il beneficiario dell'atto sia rimasto estraneo alla condotta criminale (ed assolto da

E, allora, il problema non si radica più sui principi, sulla essenzialità o meno di una disposizione incriminatrice, ma si radica sulla distorsione interpretativa della fattispecie, sull'ampliamento per via esegetica del perimetro applicativo dell'abuso di ufficio: il risultato è stata la creazione di una nuova fattispecie-giurisprudenziale[17], dal perimetro e dagli scopi di tutela assai diversi da quelli voluti da legislatore ed efficacemente stigmatizzati dalla dottrina [18].

4. *Conclusioni.*

A mio avviso è tuttavia necessaria una riflessione complessiva, nella convinzione della inutilità e della pericolosità di interventi rapsodici privi di una visione d'insieme.

La pubblica amministrazione ha bisogno di una rivisitazione complessiva e organica, che riesamini e affronti anche l'apparato dei sistemi di controllo propri della macchina amministrativa, perché se i sistemi di controllo sono laschi, se la normativa interna della pubblica amministrazione è non articolata, poco intelligibile e carente di

---

ogni reato, ovvero ne sia stata archiviata la posizione), e, dall'altro, che l'organo che lo ha emanato fosse all'oscuro del turbamento intervenuto nella regolare formazione della sua stessa volontà». (Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3583).

[17] I principali problemi posti dall'art. 323 c.p. si possono identificare, da un lato, nella considerazione o meno dell'eccesso di potere quale elemento costitutivo della fattispecie e, dall'altro, nella possibilità per l'art. 97 Cost. di rilevare come norma precettiva o programmatica ai fini dell'incriminazione *ex* art. 323 c.p. Si rimanda, a titolo esemplificativo, con riferimento particolare alla formulazione della fattispecie post-riforma del 1997 e con riguardo alle problematiche su espresse, alle sentenze: Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 887; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 1998, n. 12238; Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453; Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2019, n. 27585. Sulla posizione della giurisprudenza, dopo la novella del 2020, e sulle tendenze esegetiche ampliative, si veda, Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136; Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2022, n. 13139 e Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2022, n. 23794; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402.

[18] Senza che ciò appaia contraddittorio con quanto appena evidenziato *supra, sub* nota [16], se è vero che il giudice amministrativo conserva (doverosamente) la sua autonomia sul sindacato dell'atto amministrativo rispetto al giudice penale, è altrettanto vero che, quando la rilevanza penale della condotta è – per così dire – un mero presupposto dell'atto amministrativo, sottratto al diretto vaglio del giudice naturale, allora lo slabbramento della fattispecie in sede penale si riverbera immediatamente in sede extra-penale. Così, esemplificativamente, TAR Firenze (Toscana), 14 maggio 2021, n. 713: «Il rinvio a giudizio del legale rappresentante di una società concorrente, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dall'art. 80 del D.lgs. 50/2016, può incidere sulla moralità professionale dell'impresa (T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 febbraio 2020 n. 203) e non occorre una motivazione particolare per disporre l'esclusione quando le condotte ascritte al legale rappresentante (per i reati di turbativa d'asta e abuso d'ufficio) sono suscettibili *ictu oculi* di incidere sulla trasparenza e l'imparzialità delle procedure di gara e, quindi, sull'affidabilità dell'impresa mentre spetta a quest'ultima dimostrare l'estraneità dell'interessato ai fatti ascrittigli. E' invece obbligo della stazione appaltante valutare le misure di self cleaning adottate dalla società concorrente in epoca antecedente all'indizione della gara al fine di prevenire successivi eventi in grado di incidere sulla sua affidabilità professionale e tale valutazione non può essere effettuata solo in sede processuale con memoria difensiva. Le argomentazioni in essa contenute non possono infatti essere prese in considerazione perché costituiscono inammissibile motivazione postuma del provvedimento amministrativo».

una chiarezza che ne consenta l'applicazione, allora, si è già difronte al primo tassello problematico.

Le norme penali che devono indagare su quella materia finiscono, dunque, per essere travolte e rischiano di essere sviate nella loro attività di controllo come *ultima thule*, come *extrema ratio*, come una tutela che deve arrivare dopo che si è svolta, sviluppata ed esaurita la tutela della pubblica amministrazione.

E, allora, volendo concludere, per risolvere il problema dell'abuso di ufficio occorre trovare una soluzione, dapprima, al problema della ricostruzione e rimodulazione dei controlli interni[19] e della normativa interna della pubblica amministrazione, guardando ai reati contro la pubblica amministrazione, sia nella forma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sia dei privati, in una prospettiva complessiva, con una visione criminologica d'insieme e, soprattutto, con una prospettiva e un approccio, in tema di tecnica legislativa, che sia comune e trasversale.

Prescindendo da uno sforzo di questo tipo il rischio è, allora, che o si adottino iniziative destinate ad indebolire il sistema di controllo penale o che si continui percorrere la via della segnalazione delle inefficienze ed inadeguatezze dell'abuso di ufficio; come il lamento di Federico nella *Cilea*: *è la solita storia del pastore, il povero ragazzo la voleva raccontare e s'addormì*[20].

[19] Non a caso, già in passato, A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, *op. cit.*, pp. 1405 ss. rilevava come dell'abuso di ufficio si potesse fare a meno ma «soltanto dove i controlli amministrativi siano efficaci e le sanzioni disciplinari e contabili siano poi effettivamente applicate a chi ha commesso gli illeciti»; sul tema, anche V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1230 ss. circa la prospettiva di confidare in un «miglioramento del macchinoso sistema amministrativo»; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, *op. cit.*, p. 14.

[20] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, *op. cit.*, p. 15.