

Vico Valentini

SOMMARIO 1. L'amministratore razionale gioca in difesa. — 2. Genesi, ragioni e paradossi dell'*over enforcement* penalistico. — 3. La velleitaria atrofizzazione del delitto *ex art.* 323 c.p. — 4. L'amministratore calcolatore farà ancora catenaccio?

1. L'amministratore razionale gioca in difesa

L'attendismo degli agenti pubblici è un disservizio costoso per tutti¹, e generato da una variopinta moltitudine di *fattori scoraggianti*: i quali, pur operando a diversi livelli ed essendo introdotti da diversi attori², convergono nel risultato. E tra tutti questi fattori, come noto, un ruolo centrale è giocato da quelli che innescano *rischi sanzionatori*: non tanto di matrice disciplinare o dirigenziale, trattandosi di minacce regolarmente – e comprensibilmente – sottovalutate, quanto di carattere erariale e, soprattutto, penale.

Che poi la promessa punitiva venga o meno mantenuta sposta poco³: la prospettiva del processo penale, e degli eccezionali costi umani che esso di per sé implica, già basta a paralizzare le dita dei decisori pubblici.

¹ Anzitutto per il tessuto economico-imprenditoriale: v. ad es. le stime contenute nell'indagine empirica *Quanto costa la burocrazia?*, in www.assolombarda.it, che, essendo riferite alla burocratizzazione *tout court*, varranno a maggior ragione per la cd. burocrazia difensiva; per una stima dei costi specificamente prodotti dalla burocrazia 'a difendere', v. invece *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, maggio 2017, FPA – Collana ricerche, in www.forumpa.it, 12 ss.

² Fattori legislativi, interpretativi e prasseologici, anche indiretti, anche di matrice europea: opzioni politico-criminali muscolari, ermeneutica penale eticizzante e abuso del processo; elasticità e opacità delle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni; inadeguata distribuzione del lavoro e cattiva politica degli incentivi; sovrabbondanza, instabilità e oscurità delle regole di *good-* e *maladministration*; indefinitezza dei criteri imputativi della responsabilità erariale e grossolanità dei criteri di calcolo del danno, etc. In tema, cfr. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *DEc*, 2018, 625 ss.

³ Una recente ricerca empirica, condotta a livello localistico (C. App. Salerno) e limitata a una sola figura incriminatrice (art. 323 c.p.), ma senz'altro indicativa di un trend nazionale che investe tutti i delitti contro la P.A., mostra come la stragrande maggioranza dei processi penali in materia si risolve in un nulla di fatto: F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *AP web*, 2/2020, 1 ss., 15 ss.;

Dietro la burocrazia o amministrazione difensiva⁴, dunque, non ci sono propriamente ingovernabili angosce e blocchi emotivi; c'è soprattutto un calcolo costi e benefici che conduce inevitabilmente ad un saldo negativo: a fronte di un rischio-stigmatizzazione eccessivo, ubiquo e incerto, perché indefinita e variabile è la fisionomia dei precetti d'incriminazione, e perché sproporzionati sono i relativi corredi cautelari e sanzionatori, è scontato che un funzionario normotipo, potendo scegliere, imbocchi il sentiero più rassicurante: ripiegando su cadenze procedurali meticolosamente predefinite e anelastiche⁵; preferendo appiattirsi su prassi consolidate piuttosto che sperimentare nuovi e più efficienti-adequati percorsi⁶; e tendendo alla fuga disimpegnata dalla decisione, almeno finché non abbia ricevuto il conforto dei piani alti (del superiore gerarchico, di un'Agenzia di controllo)⁷.

Breve: la sfuggente, robustissima e imprevedibile morsa *lato sensu* punitiva che circonda l'azione pubblico-amministrativa, ordita dalla casistica con la complicità del legislatore⁸, tinge di eroismo il puntiforme attivismo degli agenti pubblici, rendendo allo stato irreali, se non proprio inesigibili in senso tecnico, la pretesa di un generalizzato 'coraggio della firma'⁹.

in tema, cfr. altresì R. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, in www.giustiziainsieme.it, 22.7.2020.

⁴ In argomento, fra i molti e di recente, v. M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva: il caso delle procedure contrattuali*, in *DA*, 1/2020, 35 ss.; M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *RTDP*, 2019, 61 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, *ivi*, 2019, 293 ss.; per una prospettiva penalistica, cfr. ad es. A. FIORELLA, *Riflessioni sulla cd. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?* in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, Torino, 2018, 108 ss.

⁵ M. CAFAGNO, *Contratti pubblici*, cit., 629 ss., 637 ss.

⁶ M. LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva: effetti (o danni) collaterali di una valutazione sui generis della performance amministrativa*, in www.boa.unimib.it, 1 ss., 6 ss.

⁷ Come l'ANAC: M. LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva*, cit., 4 s.

⁸ Basti considerare il progressivo inasprimento dei presidi penalistici pubblico-amministrativi dal 2012 ad oggi: in tema, volendo, V. VALENTINI, *La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla legge n. 69/2015*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrati, A. Manna, M. Papa, Torino, 2015, 341 ss., *ivi* anche per l'impatto prodotto dallo 'spacchettamento' della concussione; sulla novella *ex lege* 3/2019, v. invece *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. Iasevoli, Bari, 2019.

⁹ Il sistema penale scritto e interpretato, insomma, va senz'altro annoverato fra i 'moderni bau bau della PA' accanto a Corte dei Conti e ANAC: così *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, cit., III.

2. Genesi, ragioni e paradossi dell'*over enforcement*

La tenaglia repressivo-eticizzante, al netto della deriva politico-criminale culminata nella cd. legge spazzacorrotti¹⁰, si deve soprattutto all'ermeneutica, come attestata esemplarmente – fra l'altro – il progressivo distanziamento fra disposizioni scritte e norme reali *ex artt.* 317, 319, 323, 353 c.p.

È infatti la magistratura che, per opportunismo investigativo, inventò la concussione ambientale, amputando il requisito dell'abuso funzionale dall'enunciato *ex art.* 317 c.p. e, di qui, trasformando inviti impliciti e 'mimiche concludenti' in sopraffazioni vittimizzanti¹¹.

È la magistratura, ancora, che ha progressivamente diluito la nozione di 'atto d'ufficio' *ex art.* 319 c.p. fino a farne del tutto a meno, estraendo analogicamente dalla disposizione una norma in grado di colpire (anche) generici mercimoni funzionali¹², la violazione dei generali doveri di fedeltà, correttezza e trasparenza¹³, e financo la pura avidità del funzionario¹⁴: a prescindere dall'entità del dono¹⁵, peraltro, e nonostante il ritocco della fattispecie *ex art.* 318 c.p.¹⁶.

¹⁰ Che, abrogando senza abolire la fattispecie *ex art.* 346 c.p., confluita nell'illecito plurisoggettivo *ex art.* 346-*bis* c.p., si spinge fino al punto di colpire autentiche vittime di raggiri, criminalizzando il mero disvalore d'intenzione: sul punto, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, sub *Art. 25*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo *et al.*, Milano, 2019, 519 ss.

¹¹ In tema, anche per i necessari richiami, ci permettiamo di richiamare V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2013, 118 ss., spec. 131 ss.

¹² Sulla progressiva dematerializzazione ermeneutica delle nozioni di 'atto d'ufficio' e 'utilità', complice la – sempre più – accresciuta complessità che connota i procedimenti amministrativi, v. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Bari, 2007, 278, 294 ss.; cfr. altresì, fra gli altri, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 104 ss.; E. FUSCO, *La sfuggente nozione di atto contrario ai doveri d'ufficio nei delitti di corruzione*, in www.questionegiustizia.it, 22.6.2017; nonché la dettagliata *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Unite penali - Anno 2016*, I, a cura dell'Ufficio del Massimario, in www.cortedicassazione.it, gennaio 2017, spec. 85 ss.

¹³ Al punto che, di tanto in tanto, gli inquirenti contestano la corruzione nonostante l'atto compravenduto non rientri nella competenza, neppure generica, del corrotto: da ultimo, v. GIP Perugia, ordinanza cautelare in data 9 aprile 2019, Bocci e altri, inedita, 54 ss., concernente la nota vicenda giudiziaria che ha investito la sanità umbra.

¹⁴ Corrette, sul punto, le osservazioni di S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *AP web*, 1/2019, 1 ss., 3.

¹⁵ Sulla configurabilità del reato di corruzione propria anche in caso di dazioni di modico valore, cfr. Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Mass. Uff.* 203975.

¹⁶ La maggioranza della giurisprudenza continua a ricondurre le 'indefinite' compravendite funzionali alla fattispecie *ex art.* 319 c.p., ignorando la disposizione – art. 318 c.p. nuova form. – introdotta

È stata la magistratura, poi, ad aver rivisto il manufatto legislativo *ex art. 353 c.p.*: facendo a meno di un risultato di impedimento-turbamento¹⁷; dilatando al massimo le nozioni di ‘gara’ e ‘mezzi fraudolenti’¹⁸; ampliando retrospettivamente le capacità di presa dell’incriminazione a costo del dato testuale¹⁹; e persino mettendola in campo nel contesto di procedure non competitive²⁰.

Ultimo ma non ultimo, è sempre la magistratura che, tornando sui suoi (primi) passi²¹, ha deciso di disepellire le norme che criminalizzano la presa d’interessi privati e l’abuso innominato²², e ciò nonostante l’eliminazione delle disposizioni in grado di ospitarle²³: riproiettando nel tipo *ex art. 323 c.p.* vizi d’incompetenza²⁴ ed

per ospitare tali ipotesi: v. ad es. Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2013, Terenghi, in *Mass. Uff.*, 258521; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2014, Chisso, *ivi*, 261352.

¹⁷ Basta la *idoneità* a turbare-impedire il regolare svolgimento della gara o, nell’ipotesi *ex art. 353-bis c.p.*, del procedimento amministrativo prodromico alla gara: v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2005, P., in *CP*, 2007, 2069; Cass., Sez. VI, 11 marzo 2013, Adami, in *Mass. Uff.*, 254906; Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2016, Venturini, *ivi*, 269525.

¹⁸ Includendo nella prima qualsiasi competizione, quand’anche ‘informale’, ‘consultiva’ o ‘esplorativa’, che si svolga secondo uno schema concorsuale (cfr. Cass., Sez. VI, 10 maggio 1996, Cuoco, in *Mass. Uff.*, 204646; Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2017, Gabbiadini, *ivi*, 271571); e proiettando nella seconda pure le semplici irregolarità: Cass., Sez. VI, 22 dicembre 1997, Todini, *ivi*, 209493.

¹⁹ Per colpire conegni condizionanti posti in essere *prima* dell’inizio della gara: così Cass., Sez. II, 17 ottobre 2014, Colombini, in *Mass. Uff.*, 260958; insinua simile scenario anche App. Milano, Sez. II, 8 novembre 2019, Maroni e altri, in *www.sistemapenale.it*, 17.3.2020, 74.

²⁰ Come nelle note vicende ASN che hanno coinvolto numerosi docenti: sull’insussistenza del fatto *ex art. 353 c.p.* nell’ambito di procedure meramente valutative, v. ora GIP Milano, decreto arch. 23 marzo 2020, Fontana, in *www.sistemapenale.it*, 21.5.2020, 1 ss., 22; sul punto, ancorché con diversi accenti, cfr. M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in *AP web*, 2/2020, 1 ss., spec. 5 ss.

²¹ La casistica immediatamente successiva alla riforma del delitto, in effetti, si mostrò rispettosa del testo *ex art. 323 c.p.* e della logica selettiva ch’esso riflette(va): per un sintetico affresco, v. M.C. UBIALI, *Abuso d’ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l’archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Ragione Lombardia Attilio Fontana*, in *www.sistemapenale.it*, 21.5.2020, § 5.

²² Conf. G. DI VETTA, *L’abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia*, 2017, 399 ss.

²³ Sulla riformulazione in chiave selettiva dall’abuso *ex art. 323 c.p.* ad opera delle riforme del ‘90, nell’intento – clamorosamente fallito – di arginare il sindacato del giudice penale su attività e opzioni discrezionali della P.A., v. per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, II, a cura di Grosso, Milano, 2008, 366 ss.; e C. BENUSSI, sub *Art. 323*, in *Codice penale commentato*⁴, II, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2015, 463 ss.

²⁴ Vale a dire ritenendo integrata una ‘violazione di norme di legge o di regolamento’ nel caso di trasgressione delle regole che governano la competenza soggettiva ed organizzativa, così attribuendo rilevanza, a dispetto del testo *ex art. 323 c.p.* («nello svolgimento delle funzioni o del servizio»), anche agli abusi realizzati al di fuori dei compiti funzionali ed a quelli semplicemente occasionati da relativo svolgimento: v. ad es. Cass., Sez. VI, 14 luglio 2000, N.P., in *GDir*, 8/2000, 123; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2009, Canali, in *Mass. Uff.*, n. 242934.

eccessi di potere²⁵; la violazione di regole-principio²⁶ e di precetti meramente procedurali²⁷; nonché l'inosservanza di prescrizioni poste da fonti sub-legislative e sub-regolamentari²⁸.

In effetti, una volta inquadrato l'estremo «in violazione di norme di legge o di regolamento» nella categoria degli elementi normativi *stricto sensu* intesi²⁹, tutta la disciplina cui quell'estremo rinvia degrada fatalmente a mero presupposto di fatto del reato³⁰: e, in quanto tale, potrà interagire col precetto d'incriminazione, innescandone l'operatività, quali che ne siano il rango e il regime giuridico-formale, e finanche a prescindere dalla relativa validità-obbligatorietà³¹.

La storia del diritto penale della pubblica amministrazione, o per lo meno del suo nocciolo duro, è dunque la storia del confronto muscolare fra un legislatore – severo ma – rispettoso dell'*extrema ratio* e attento alla discrezionalità amministrativa, e un'ermeneutica d'assalto sempre pronta a osteggiare quelle aspirazioni. Riuscendoci puntualmente.

Sul delitto di abuso d'ufficio, che da sempre rappresenta il principale strumento

²⁵ Risultato, questo, raggiunto valorizzando la (violazione della) finalità-*ratio* della disposizione di riferimento: v. fra le molte Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1998, Mannucci, in *CP*, 1999, 1761; Cass., Sez. VI, 9 maggio 2000, Perrotta, in *Mass. Uff.*, 216234. Sul punto, cfr. anche *infra* nt. 71.

²⁶ Come quella ex art. 97 Cost.: *ex plurimis* Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, A. W. e altri, in *Mass. Uff.*, 253804; Cass., Sez. VI, 26 giugno 2013, Bessone e altro, *ivi*, 257036; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, Giorgina, *ivi*, 265464.

²⁷ Come quelle che impongono la forma scritta, una motivazione, un'adeguata istruttoria etc.: Cass., Sez. VI, 28 aprile 1999, Bacherotti, in *CP*, 2000, 2241; Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1999, S. D'A., *ivi*, 2001, 124; Cass., Sez. VI, 4 novembre 2004, Palascino, in *Mass. Uff.*, 230901; Cass., Sez. VI, 7 aprile 2005, Fabbri, *ivi*, 231341; Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007, D.L.F. e altri, *ivi*, 238027; Cass., Sez. II, 11 dicembre 2013, Cuppari, *ivi*, 258206.

²⁸ Cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. VI, 11 maggio 1999, Fravilli, in *CP*, 2000, 350; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2007, Pellegrino, in *Mass. Uff.*, 236147; Cass., Sez. III, 19 giugno 2012, Rullo, *ivi*, 254015.

²⁹ Inquadramento, questo, difficilmente contestabile stante la struttura tipica – 'conclusa' e pregnante – del fatto ex art. 323 c.p.: in tema, con speciale riferimento alle ripercussioni intertemporali delle cd. modifiche mediate (anche) del reato di abuso d'ufficio, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, spec. 420 ss.; per una tesi diametralmente opposta, fondata su un *mixtum compositum* di ragioni sostanziali, assiologiche ed esegetico-sistematiche, F. ROTONDO, *Linee guida ANAC e abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in www.penaledp.it, 13.5.2020.

³⁰ In questo senso, già Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1998, Lo Baido, in *CP*, 1999, 2109.

³¹ Sulla criticabile – ma, stante all'attuale quadro ermeneutico, praticabile – sinergia fra *soft law* ANAC e delitto ex art. 323 c.p. cfr., volendo, V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, in *AP web*, 3/2018, 1 ss.

per interferire, direttamente o indirettamente³², in valutazioni riservate all'amministrazione³³, torneremo nel prossimo paragrafo. Qui e ora, interessa riflettere sul perché di questo *over enforcement* punitivo.

Ebbene, a parte auto-evidenti ragioni sistemiche³⁴ e inconfessabili ragioni culturali³⁵, verrebbe da pensare che il secco arretramento della soglia della punibilità, la rarefazione del profilo offensivo e la conseguente trasfigurazione intimistico-soggettiva del diritto penale della P.A.³⁶, consentendo di criminalizzare intenzioni malevole, contegni disonorevoli-meramente disfunzionali e fenomeni di 'maladministration' *prima che* degenerino in fatti lesivi dei beni *ex art. 97 Cost., ne massimizzino la tutela*.

Come dire: se l'intenzione di distorcere l'azione amministrativa *già basta* a colpire il compratore di fumo, senza che sia necessario che il *trader* si attivi davvero presso il funzionario (art. 346-*bis* c.p.); se la compravendita di una generica disponibilità o, se si preferisce, di una promessa di «ascolto privilegiato»³⁷ *già basta* a ritenere integrato un patto corruttivo, senza necessità di identificare l'atto o il progetto in cui prenderà corpo quel favoritismo (artt. 318, 319 c.p.); se un situazione di conflitto di interessi meramente potenziale *già basta* a rendere ingiusti la condotta del p.a. e il vantaggio e/o il danno che ne scaturiscono³⁸, oltre che a denotare una intenzionale infedeltà³⁹, senza necessità di rintracciare puntuali regole di condotta trasgredite, e neppure di verificare la coerenza-

³² A quest'ultimo proposito, v. ancora M. LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva*, cit., 5 s., il quale stila un catalogo di casi giudiziari in cui l'attività dei privati, pur previamente autorizzata dalla P.A., è stata successivamente giudicata penalmente rilevante.

³³ V. per tutti B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *RTDP*, 2019, 76 ss.; F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *CP*, 2012, 1610 ss.

³⁴ Segnala M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 94 ss., come il diritto penale della P.A. tenda ad espandersi per supplire alla mancanza di efficaci e realmente stigmatizzanti sanzioni *extra-penali* per i cattivi amministratori.

³⁵ Sulla tendenza dell'ermeneutica penale a colmare il 'vuoto etico' che notoriamente affligge la gestione della cosa pubblica, v. ancora M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, *passim*.

³⁶ Per un affresco sistematico tratto della casistica, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, in *disCrimen*, 7.4.2020, 1 ss.

³⁷ Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, § 2.1.

³⁸ Sull'elusione del requisito della cd. doppia ingiustizia, v. ancora G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio*, cit., 414 ss., ivi anche per gli opportuni richiami.

³⁹ F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio*, cit., 2 s., 6.

incoerenza con interessi pubblici⁴⁰ (art. 323 c.p.); se questi prodromi e indici d'ipotetiche contaminazioni *già bastano* a innescare la risposta penale, dicevamo, senza dover attendere l'insorgenza di realistici pericoli per l'imparzialità amministrativa, e men che mai di effettive discriminazioni, va da sé che quel bene ne uscirà *iper-tutelato*: sia nel momento repressivo, giacché l'avamposto penale, stroncando sul nascere programmi illeciti e appagandosi di rischi di parzialità soggettiva⁴¹, ne anticipa e quindi ne rafforza la tutela; sia dal punto di vista (general-)preventivo, perché, falcidiando cattivi amministratori⁴², oltre che – e prima di – amministratori abusivi o corrotti, genera un *warning* di astensione che scatta non appena ci si approssimi all'area dell'illiceità⁴³.

Breve: sovra-esponendo i funzionari al rischio penale, e quindi sovraccaricando il messaggio di deterrenza, si implementa un apparato di *tutela totale dell'imparzialità amministrativa*, un congegno simil-precauzionale⁴⁴, cioè, che colpisce e disincentiva favoritismi virtuali prima che siano agiti.

Certo, è vero che la protezione dei beni giuridici non può essere coltivata al prezzo di principi e garanzie individuali, a cominciare da colpevolezza, irretroattività, sussidiarietà e offensività; questa, però, sembrerebbe essere una tensione *specificamente penalistica*: che delegittima costituzionalmente e 'dall'interno' la pena minacciata e applicata, ma che non inficia il fattivo e reale contributo del sistema punitivo alla promozione dell'equidistanza dei pubblici agenti.

Ora, se le cose stessero davvero e solo così, dovremmo ammettere che un penale

⁴⁰ Là dove il giudice penale, in modo puramente discrezionale, ritenga che la realizzazione di 'interessi pubblici' non costituisca comunque la 'finalità prevalente' dell'agente: in tema, fra gli altri, F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) considerazioni a margine del caso 'termovalorizzatore'*, in *Dir. pen. cont.*, 4.4.2017, 1 ss. Ovvio, poi, che consegnare al libero apprezzamento della magistratura penale la coerenza rispetto allo 'interesse pubblico' significa aprire a – ulteriori – interferenze con la riserva di merito: C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 169.

⁴¹ Mimando l'approccio 'precauzionale' finalizzato al contenimento del rischio-fallimento etico – prima ancora che del rischio-penale – sposato dall'ANAC: in argomento, cfr. M. FLORES, *I piani triennali anticorruzione e l'analisi del rischio corruttivo*, in *Azienditalia*, 12/2017, 951 ss.

⁴² Sul concetto di *maladministration* o 'corruzione amministrativa', che include e supera il perimetro del penalmente rilevante, cfr. ancora Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, § 2.1.

⁴³ Il risultato, insomma, è quello di una specie di *thin ice principle* applicato al settore pubblico-amministrativo: sulla 'logica del ghiaccio sottile', ideata dalla *common law* quale 'correttivo' ai principi individual-garantisti di derivazione continentale, v. A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*⁶, Oxford, 2009, 23 ss., 53 ss.

⁴⁴ Nel senso che entra in gioco quando non si possono escludere, alla luce delle circostanze oggettive e soggettive, futuribili favoritismi: sull'approccio precauzionale e la teorica del rischio, seppur declinate nel loro settore elettivo (colpa), v. per tutti D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2015, spec. 25 ss., 43 ss.

sbilanciato sulla pre-prevenzione e posto a presidio di codici di etica pubblica si pone sì in conflitto con principi *endo*-penalistici (anche) di rango costituzionale, ma introduce un plus di tutela *a beneficio dell'equidistanza amministrativa*, anch'essa bene di riconosciuto e garantito dall'art. 97 Cost.

Che poi il fine non giustifichi i mezzi, ripetiamo, è un altro discorso: il 'sistema amministrazione' dovrebbe comunque uscirne irrobustito.

Come tutti sanno, però, le cose non stanno esattamente in questi termini.

Il punto, infatti, è che non esiste solo l'imparzialità oggettiva e soggettiva della P.A.; esistono *anche* non meno decisive esigenze di efficienza, efficacia, economicità e rapidità: nel programma *ex art. 97 Cost.*, insomma, c'è anche il 'buon andamento' dell'amministrazione⁴⁵.

E, intuibilmente, *performances* efficienti ed efficaci sono difficilmente pensabili dentro un sistema punitivo premiante una *patologica imparzialità perfetta* come quello che, in armonica sinergia, alimentano l'ANAC e la magistratura penale: la tendenza ad arretrare la leva sanzionatoria fino al punto di giustificare partigianerie solo ipotetiche, intime infedeltà e indolori violazioni formali⁴⁶; la ricorsiva e impronosticabile riconfigurazione di fisionomia e ambito operativo dell'abuso d'ufficio, che oggi interagisce (anche) con un profluvio di 'norme veloci'⁴⁷; e le sistematiche incursioni del giudice penale nella cd. riserva di merito, implicano giocoforza effetti rallentanti e/o bloccanti l'azione dei decisori pubblici: circoscrivendo la fascia del *certamente lecito* alle attività *totalmente* vincolate⁴⁸ disimpegnate da attori al di sopra di *qualsiasi*

⁴⁵ Sul concetto, e sul possibile conflitto fra imparzialità e buon andamento, v. il sintetico ma efficace affresco di A. CERRI, voce *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *www.treccani.it*, 2013.

⁴⁶ O, comunque, eccentriche rispetto alla funzione esercitata e/o ininfluenti rispetto alla produzione del risultato vantaggioso-dannoso; inconvenienti, questi, che la recente proposta di riforma "Castaldo-Naddeo" è finalizzata ad eliminare: *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., *passim*; v. altresì M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, in *Rass. Arma Carabinieri*, 4/2019, 35 ss., 45 ss.

⁴⁷ Ci riferiamo alla già menzionata sinergia fra l'illecito *ex art. 323 c.p.* e le linee guida ANAC: in tema, v. ad es. V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *www.osservatorioappalti.unitn.it*, 6.3.2018; e G. SALCUNI, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, spec. Cap. III.

⁴⁸ O, comunque, disimpegnate nell'*integrale* rispetto di prassi consolidate e di un profluvio di regole (di condotta, di *compliance* organizzativa) di 'buona amministrazione'.

sospetto⁴⁹, e rendendo *ipoteticamente illecito*, e quindi ad alto tasso di rischio punitivo, tutto ciò che si colloca al di là di quella sottilissima *safe area*⁵⁰.

Con il che, emerge il paradosso dell'ermeneutica penale d'attacco: che, nell'intento di presidiare l'imparzialità dei pubblici amministratori, si spinge oltre un desiderabile contrasto al favoritismo, puntando sull'*immagine* di un organigramma ineccepibilmente fedele, probo ed equidistante; una tutela *eccessiva* e un conseguente *eccesso* di deterrenza, dunque, che inducono gli attori pubblici ad *eccedere* in scrupolo formalistico e attendismo: con ciò pregiudicando l'efficienza dell'agire amministrativo e, perciò, ponendo in conflitto frontale istanze – buon andamento e imparzialità, appunto – che dovrebbero coesistere armonicamente⁵¹.

A differenza di quanto potrebbe apparire sulle prime, insomma, non si tratta di manovra costosa (solo) in termini strettamente penali-costituzionali ma giovevole per i beni *ex art. 97 Cost.*; si tratta invece di un'operazione che, in nome di una sorta di 'imparzialità percepita'⁵², finisce per impantanare il 'sistema amministrazione' e sacrificare il nucleo pulsante del buon andamento.

3. La velleitaria atrofizzazione del delitto *ex art. 323 c.p.*

Visto che gli istituti di semplificazione sono congegni serventi il buon anda-

⁴⁹ Sulle cautele finalizzate ad *allontanare* il rischio-conflitti di interesse già nella fase del reclutamento-collocazione dei preposti agli uffici pubblici, v. R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *DPP*, 2016, 1507 ss.; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 27.11.2017, 1 ss.; P. GHINI, *Contrasto alla corruzione: un possibile raccordo tra adempimenti ex l. 190/2012 per le PA e adempimenti ex d.lgs. 231/2001 per le imprese private*, in *RASE*, 2014, 287 ss.; S. RAVASIO, *Il divieto di revolving doors, elemento essenziale per la costruzione di un efficace protocollo anticorruzione*, *ivi*, 2016, 101 ss.

⁵⁰ Inclusi quei settori nevralgici di cui la discrezionalità assicura il corretto e fruttuoso funzionamento: A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 17.7.2020.

⁵¹ O, almeno, tendere all'armonica coesistenza: in tema, già Corte cost., 11 giugno 1993, n. 333, in *www.giurcost.org*; in dottrina, fra i molti, A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 32; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 47 ss.

⁵² Concetto, all'evidenza, speculare a quello "corruzione percepita", sul quale ultimo v. D. BOLOGNINO, *Per una risposta corale dell'Amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (l. n. 190/12)*, in *LPAm*, 2013, 811 ss.

mento relazionale⁵³; e visto che il diritto penale in azione incrementa inefficienze, non stupisce che un provvedimento finalizzato ad agilizzare l'apparato burocratico, favorendone gli output, contenga anche tasselli penalistici: e, più nello specifico, che intervenga sullo strumento che più d'ogni altro complica la partita, osteggiando prestazioni ficcanti e rapide.

Il d.l. n. 76/20, come oramai noto, è figlio dell'emergenza pandemica⁵⁴, e pretende di riuscire dove hanno fallito le riforme degli anni '90: *ulteriormente* caratterizzando la fisionomia tipica dell'abuso d'ufficio, col dichiarato obiettivo di legare definitivamente le mani all'interprete.

La manipolazione in chiave specializzante⁵⁵, in particolare, investe il (solo) disvalore d'azione: la quale, da oggi in poi, dovrà porsi in contrasto con «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge», o da atti aventi la stessa forza, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (art. 23, co. 1, d.l. cit.).

Il dato testuale, dunque, sembra volerci dire che la condotta del p.a. assumerà i connotati dell'ingiustizia *ex art. 323 c.p.* qualora violi *precetti comportamentali* (fuori regole procedimentali e strumentali alla mera regolarità) *di rango primario* (fuori tutto ciò che sta al di sotto del decreto legge)⁵⁶, *stringenti ed espressamente previsti* (fuori la norma-principio *ex art. 97 Cost.* e il divieto di favoritismi che essa implicitamente conterrebbe)⁵⁷, i quali *non lascino alcun margine discrezionale* al funzionario (fuori, infine, *tutti* gli eccessi di potere).

⁵³ Cfr. ad es. L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *DAMM*, 3-4/1998, 385 ss.

⁵⁴ Rappresentando uno dei provvedimenti dichiaratamente finalizzati a favorire la ripresa del Paese: G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 17.7.2020, § 1.

⁵⁵ Con tutto ciò che essa implica dal punto di vista intertemporale: sugli effetti parzialmente abrogativi conseguenti ai fenomeni di cd. successione per riformulazione-sostituzione, sia consentito rinviare ancora a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 248 ss.

⁵⁶ O, volendo, tutto ciò che è diverso dalla legge parlamentare in senso formale: così, plausibilmente, B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 10.8.2020, 1 ss., 3.

⁵⁷ Trattandosi di divieto sì stringente e immediatamente applicativo (anche secondo la giurisprudenza amministrativa: v. ad es. Cons. St., V, 1 aprile 2009, n. 2070, in *www.federalismi.it*, 22.4.2009), ma, diversamente da quanto adombra G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.2, non anche *espressamente previsto* dalla disposizione costituzionale.

La prima impressione, dunque, è quella di una sostanziale cancellazione dell'illecito: in (molta) parte abolito, e per la (minuscola) parte che formalmente sopravvive messo a riposo⁵⁸.

La prima reazione, perciò, è stata di preoccupata critica: a forza di semplificare e allentare per velocizzare e rassicurare, avremmo reso impotente un congegno decisivo per il contrasto alle più gravi forme di abusivismo pubblico⁵⁹.

Ora, che queste siano le intenzioni del legislatore storico è innegabile.

Che l'enunciato positivo non consenta correttivi ermeneutici nel segno della perdurante vitalità-aggressività della figura, per il futuro ma anche per il passato, ci pare invece più discutibile.

Preso così come è, in effetti, la disposizione:

i) omette di stabilire che le 'regole di condotta' violate dal decisore debbano at- tenere allo *specifico* settore cui è preposto, regolare la *specifico* funzione esercitata, ed essere funzionali a scongiurare lo *specifico* evento vantaggioso-dannoso poi occorso: ove è chiaro che tale deficit selettivo, 'perimetrale' (norme che governano la funzione-servizio) e 'pertinenziale' (norme causali rispetto al risultato anti-giuridico), apre al consueto rischio di criminalizzazione delle semplici irregolarità⁶⁰ e, più in generale, della violazione di *qualsiasi* 'norma di legge', sia o meno influente sull'evento⁶¹.

ii) Non precisa la *tipologia* di apprezzamento discrezionale che cade al di fuori del campo *ex art.* 323 c.p., limitandosi a stabilire genericamente che deve trattarsi di regole che 'non concedono spazi discrezionali'; non ci sorprenderemmo, perciò, se si virasse su una nozione restrittiva di 'regola-attività discrezionale' con speculare estensione del concetto di 'regola-attività vincolata', così da mantenere dentro l'incriminazione (almeno) le ipotesi di eccesso di potere *cd. estrinseco*⁶²: il che schermerebbe dal

⁵⁸ Perché colpirebbe solo gli abusi funzionali realizzati nel contesto delle (poche) attività vincolate: A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.; M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4.

⁵⁹ Così, fra gli altri, M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, in *www.penaldep.it*, 10.8.2020, §§ 3 ss.; G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, cit., 403 ss., ivi per gli ampi e puntuali richiami dottrinali.

⁶⁰ Sul punto, v. per tutti T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 L. 16/07/1997 n. 234*, in *LP*, 1997, 741 ss., 747.

⁶¹ In tema, già A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, Torino, 2002, 199 ss.

⁶² L'ipotesi, cioè, in cui l'atto del p.a. *non* concretizzi una delle possibili *opzioni consentite* dalla norma attributiva del potere, con ciò esorbitando dai limiti interni della discrezionalità: sulla patologia, cfr. ancora M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., § 3.

sindacato del giudice penale il (solo) merito amministrativo in senso stretto⁶³, di fatto rinviando il pensionamento del delitto⁶⁴.

iii) Non vietando *ex professo* rinvii a catena innescati dall'elemento normativo «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge», il dato positivo non pare capace di neutralizzare neppure il consueto gioco di specchi in cui indugia la giurisprudenza: l'attivazione della qualifica espressa dal concetto normativo 'violazione di legge', cioè, qualora risultino trasgredite prescrizioni sub-primarie (regolamentari, ministeriali, sindacali etc.) emanate *in forza della legge*, e di cui la legge stessa *comanda il rispetto*⁶⁵. Questa la logica, per intenderci: la violazione di prescrizioni contenute in piani regolatori o bandi di concorso consuma *anche* una violazione delle norme di legge che ne prescrivono l'osservanza. Ed in effetti, pure qui sono tutto rintracciabili *leggi* contenenti un *precetto comportamentale concluso e stringente* ('devi rispettare piani e bandi') che è stato ignorato⁶⁶. Insomma: l'enunciato scritto non si oppone insormontabilmente all'inquadramento delle disposizioni rinviate quali 'norme interposte'.

iv) Ultimo ma non ultimo, si ripropone tale e quale la condotta di omessa astensione in ipotesi di – non necessariamente attuale, non necessariamente patrimoniale – conflitto d'interessi o «negli altri casi prescritti»; e tale fattispecie alternativa, essendo svincolata dalla violazione di *specifici* doveri comportamentali *di rango primario*⁶⁷, pare si presti a essere azionata dalla norma-principio *ex art. 97 Cost.*: che, espulsa dal concetto normativo 'violazione di legge', troverebbe ospitalità nella 'versione omisiva' dell'abuso d'ufficio⁶⁸. Una volta agganciato a quest'ultima, in effetti, il divieto

⁶³ Che peraltro, come ricorda R. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, cit., § 2, resta insindacabile anche dal giudice amministrativo.

⁶⁴ Cfr. però *infra*, punto iv).

⁶⁵ Sul fenomeno, v. ancora V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 21 ss.

⁶⁶ Similmente a quanto la migliore Dottrina tende ad affermare, *mutatis mutandis*, con riferimento alla fattispecie *ex art. 650 c.p.* e alle altre figure che ne replicano i connotati strutturali: M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, 124 ss., 156 ss., 184 ss.; A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 385 ss. Diversamente, tanto varrebbe dimenticarsi dell'abuso d'ufficio, visto che 'specifiche regole di condotta' dei pubblici agenti sono regolarmente contenute in normazioni attuative e di secondo grado: A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.

⁶⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335-bis cod. pen.)*, Milano, 2013, 25 ss.

⁶⁸ Probabilmente senza neppure bisogno di valorizzare, come propone G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.3., le prestazioni della locuzione «negli altri casi prescritti»: che, appunto, sembra evocare doveri di astensione specifici ed espressamente previsti: così T. PADOVANI, *Commento*

costituzionale di favoritismi sembra in grado di radicare la punizione del funzionario *interessato* ad accontentare o scontentare qualcuno mediante un esercizio sviato dei suoi poteri funzionali, ancorché nel formale rispetto delle regole del gioco⁶⁹: essendo appunto innegabile che asservire uffici pubblici a scopi privatistici o, comunque, distonici rispetto a quelli cui sono preordinati, rappresenti un contegno elusivo del principio di imparzialità. Vero, dunque, che la novella riesce a tagliar fuori dalla 'violazione di legge' *ex art. 323 c.p.* gli eccessi di poteri intrinseci ed i cd. vizi di merito⁷⁰, spazzando via quella tesi ermeneutica che ravvisa una 'violazione di legge' (anche) nella frustrazione del *fine* perseguito dalla normativa di riferimento⁷¹; al contempo, però, è anche plausibile che la sinergia fra il canone *ex art. 97 Cost.* e la fattispecie di omessa astensione consentirà di riattivare il sindacato penalistico sulla riserva di merito, *totalmente vanificando* il programma selettivo *ex d.l. 76/20*⁷². Alla fine della fiera, in effetti, muterebbe solo la prospettiva da cui guardare-descrivere la stessa dinamica illecita: l'agente pubblico partigiano che si attiva ed eccede i suoi poteri non commetterebbe più una violazione di legge, ma ometterebbe di astenersi in spregio al principio costituzionale di equidistanza. Stesso fatto, diversa nomenclatura, identico epilogo: *tutti* i bilanciamenti della pubblica amministrazione *continuerebbero a esser sindacabili* dalla magistratura penale⁷³.

all'art. 1 L. 16/07/1997 n. 234, cit., 746; Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2012, n. 19704, in *GCMass*, 2012, 1294.

⁶⁹ In questo senso, sostanzialmente ed elegantemente, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 20.7.2020, 1 ss., 10 ss.

⁷⁰ Sino ad oggi regolarmente criminalizzati *ex art. 323 c.p.*: giustamente critico, al riguardo, N. PISANI, *Abuso d'Ufficio*, in *Manuale di diritto penale, PS, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna, 2016, 257 ss., 262 ss.

⁷¹ Pur rispettata quanto a forme, procedure e requisiti 'estrinseci', appunto: v. ad es. Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, Bocchiotti, in *CP*, 2003, 119, secondo cui una violazione di legge *ex art. 323 c.p.* «è configurabile non solo allorché la condotta [...] sia in contrasto col significato letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma»; in senso conforme, fra le molte, Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2010, De Bellis, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. VI, 5 luglio 2011, Barbera, in *Mass. Uff.*, 250779; Cass., Sez. VI, 13 marzo 2014, M. L. e altri, *ivi*, 260428; sulla stessa linea Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi e altro, *ivi*, 251498, secondo cui integra l'estremo in discorso anche «il vizio di sviamento di potere», giacché perseguire un «interesse collidente con quello per cui il potere è stato attribuito» significherebbe violare «lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione».

⁷² La cui portata, perciò, sarebbe tutt'altro che rivoluzionaria: in questo senso, invece, M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., § 3.

⁷³ Il giudice penale, insomma, continuerebbe a vestire (anche) i panni dell'amministratore: sulla patologica figura del giudice-amministratore, cfr. A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16.11.2012, 1 ss.

v) Un discorso simile può peraltro valere al di là di attività discrezionali e sviamenti: per quegli atti vincolati, cioè, cui il ‘decreto semplificazioni’ vorrebbe circoscrivere il delitto. Sappiamo tutti che l’attore pubblico che agisce «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto» dà vita a uno scenario sempre pregiudizievole per l’imparzialità *ex art. 97 Cost.*⁷⁴, ma giustiziabile *ex art. 323 c.p.* solo qualora generi danni o vantaggi *contra ius*⁷⁵; e, soprattutto, sappiamo che una situazione di ‘conflitto di interessi’ non dev’essere necessariamente cristallizzata in regole scritte, men che mai di rango primario⁷⁶: pure le fonti regolamentari e le linee guida ANAC, oggi come ieri, possono dunque *legittimamente* contribuire a delineare le situazioni conflittuali che innescano il generico-generale dovere di astensione *ex art. 323 c.p.*⁷⁷. Risultato: il *mare magnum* di regole e regolette sub-primarie rivolte a selezionare attori disinteressati e garantire decisioni equidistanti⁷⁸, la cui inosservanza non potrà più rilevare *sub* ‘violazione di legge’, potrebbe transitare dentro la ‘versione omissiva’ del delitto, imponendo l’inerzia del decisore pubblico – sospettamente o effettivamente – parziale⁷⁹. Pure qui, a bene guardare, muterebbe solo la prospettiva da cui osservare e descrivere la stessa fenomenologia illecita⁸⁰: il funzionario che agisse in presenza di un

⁷⁴ Sul punto, emblematicamente, Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2012, n. 19704, cit., § 4.4., secondo cui l’obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto *ex art. 323 c.p.* costituisce una modalità di attuazione del principio d’imparzialità *ex art. 97 Cost.*

⁷⁵ Molto chiaro ed efficace, al riguardo, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PS, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*¹⁰, Milano, 2008, 269 ss., 286 ss.; v. pure Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 17628, in *CP*, 2004, 1247.

⁷⁶ *Ex multis* Cass., VI, 2 marzo 2005, n. 7992, in *CP*, 2005, 3313; Cass., Sez. VI, 27 ottobre 2009, P.G. in proc. Calzolari, in *Mass. Uff.*, 245447.

⁷⁷ Cass., Sez. VI, 27 marzo 2013, n. 14457, in www.dirittoegiustizia.it.

⁷⁸ Nel settore degli appalti pubblici, ad es., l’ANAC considera denotativo di un potenziale conflitto di interessi *ex art. 323 c.p.* il pregresso rapporto di collaborazione – diretto o indiretto – coi partecipanti alla gara: ANAC – Relazione annuale 2019, in www.sistemapenale.it, 9.7.2020, 1 ss., spec. 108 ss.; lo stesso vale per i legami di parentela, affinità, convivenza e frequentazione abituale: ANAC – Linee guida n. 15, delibera n. 494 del 5 giugno 2019, in www.anticorruzione.it, §§ 2 e 8; ANAC – delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, *ivi*, 14 ss., ove si ribadisce la *liaison* fra situazioni di conflitto di interessi – non necessariamente predefinite-tipizzate né attualizzate – principio costituzionale di imparzialità e dovere di astensione *ex art. 323 c.p.*

⁷⁹ Tanto più considerando la latitudine della nozione vivente di ‘interesse’ *ex art. 323 c.p.*, inclusiva dei vantaggi *lato sensu* sentimentali, e della conseguente-speculare estensione della nozione di ‘prossimi congiunti’: in argomento, acutamente, già M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335-bis cod. pen.)*, Milano, 2006, 269 s.

⁸⁰ In senso sostanzialmente analogo GIP Milano, decreto arch. 23 marzo 2020, Fontana, cit., 21, secondo cui «la violazione del disposto direttamente precettivo del dovere di imparzialità *ex art. 97 Cost.* e la violazione del dovere di astensione [...] ricorrendo un conflitto di interessi [...] rappresentano

conflitto di interessi denotato da discipline sub-primarie non commetterebbe più una 'violazione di legge', ma ometterebbe di astenersi trasgredendo il dovere d'inerzia – direttamente – posto dall'art. 323 c.p.

La solita e criticabile *performance* del delitto, in sostanza: qualsiasi interesse personalistico (patrimoniale, professionale, politico, affettivo, etc.) in atti d'ufficio, già attualizzato o solo potenziale, indicizzato da circostanze estrinseco-fattuali⁸¹ o da dati *lato sensu* normativi – *hard, fast o soft* poco sposta – sarebbe astrattamente in grado di azionare l'abuso d'ufficio⁸². E si capisce che, qualora il diritto giurisprudenziale perseverasse nel soprassedere sul requisito della ingiustizia del danno-vantaggio, cavandola automaticamente dall'ingiustizia del fatto di omessa astensione⁸³, l'illecito di interesse privato in atti d'ufficio, formalmente abolito trent'anni fa ma di fatto mai davvero scomparso, *continuerebbe a sopravvivere* sottotraccia nella norma *ex art. 323 c.p.*⁸⁴.

4. L'amministratore calcolatore farà ancora catenaccio?

Quello appena abbozzato è solo un pronostico disincantato e sfiduciato: non dovrebbe essere più così⁸⁵, insomma, ma c'è caso che si finirà per prendere questa china. E allora, auspici e ottimismo a parte⁸⁶, e nonostante il netto alleggerimento della responsabilità per danno erariale⁸⁷, nei panni di un funzionario attenderemmo ancora un po' prima di abbandonare l'atteggiamento circospetto, e di passare da un granitico 5-4-1 ad uno spumeggiante 3-4-3.

Che poi, tutto sommato e in conclusione, siamo così sicuri che la sospensione della responsabilità erariale per colpa grave a beneficio dei pubblici agenti azionisti e

due facce della stessa medaglia esprimendo la stessa ratio volta a garantire la parità di trattamento di chi abbia a interfacciarsi con la P.A.»

⁸¹ Almeno in teoria, perché poi, nella *law in action*, ci si appaga spesso dell'intima finalità di avvantaggiare o danneggiare: sulla declinazione subiettivistica del delitto, v. la casistica sistematizzata da S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge"*, cit., 3 ss.

⁸² T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 s.

⁸³ Cfr. *retro* § 2, nonché A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 50 ss.

⁸⁴ Oltre che fra le maglie di altre norme incriminatrici teleologicamente affini, a cominciare dai delitti di corruzione: M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 3 ss., 22 ss.

⁸⁵ A partire dal 17 luglio scorso, data di entrata in vigore il 'decreto semplificazioni'.

⁸⁶ Come quelli di A. NATALINI, *Abuso d'ufficio: è abolitio criminis parziale – Solo violazione di regole di condotta senza discrezionalità*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 6.8.2020, secondo cui ci si atterra alla *voluntas legis* obiettivizzata nel fatto tipico riformulato.

⁸⁷ Per una sintesi della nuova disciplina, v. ancora G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 2.

la complicazione della prova del dolo di danno⁸⁸, là dove fossero abbinate all'atrofizzazione dell'abuso d'ufficio, gioverebbero ai beni *ex art. 97 Cost.*, invece di avallare sciatterie e disinvolture ugualmente offensive?⁸⁹.

⁸⁸ G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 2.

⁸⁹ Ne dubita ragionevolmente anche S. SFRECOLA, *Irresponsabili per decreto legge. Il governo "abolisce" la colpa grave nella responsabilità erariale per incapaci e disonesti. E lo Stato si tiene i danni*, in www.giuristidiamministrazione.com, 4.7.2020.