

## Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica:

### le ragioni della politica criminale\*.

di Antonino Sessa

Associato di diritto penale nell'Università di Salerno

SOMMARIO: 1. 'Paura della firma' ed inefficienza nella pubblica amministrazione. Alle origini della burocrazia difensiva. - 2. Le concrete cause della 'paura della firma': attribuzione del fatto e procedimento penale come sanzione. - 3. La fuga dal procedimento penale come sanzione. Lo spazio libero dall'illecito. - 3.1. Il *tertium comparationis* a fondamento della dommatica della legittimazione *ex ante* per condotte al riparo dal rischio solidaristico di illiceità penale: a) nei provvedimenti cautelari e pre-cautelari. - 3.2. ....b) nel dialogo competitivo. - 4. Il tentativo di elaborare una teoria generale dello spazio libero dall'illecito. - 4.1. La giustificazione procedurale da prognosi privilegiata statale. - 5. Il contributo dell'autonormazione pubblicistica all'autocontrollo penale: per una 'riforma delle riforme' dell'abuso d'ufficio a garanzia di libere scelte amministrative degli agenti pubblici.

1. - Sono ormai note le inevitabili conseguenze che, da tempo, legano il problema dell'estrema latitudine dell'incriminazione della presunta strumentalizzazione delle funzioni di soggetti qualificati con l'(in)efficienza dell'azione amministrativa pubblica. Si tratta, infatti, di una relazione che, così come chiaramente condizionata da una farraginoso proliferazione della produzione normativa (leggi, regolamenti, circolari, direttive, etc.), non solo risente di una mobilità 'senza tipicità' per fattispecie caratterizzate da un peculiare fenomeno di c.d. interpretazione dell'interpretazione del dato positivo<sup>1</sup>, ma finisce anche per costringere, ed è questo l'aspetto che qui più interessa, alla presa d'atto di un evidente e patologicamente emergenziale incertezza punitiva da cui consegue inevitabilmente un rallentamento dei pubblici uffici nella risposta ai bisogni solidaristici della collettività<sup>2</sup>.

Risulta facile comprendere, allora, come proprio a seguito del fenomeno appena sopra descritto, si siano potuti aprire inquietanti scenari normativo-applicativi in un settore che, strategico per lo sviluppo del paese, reagisce alla stessa complessità dei procedimenti ed alla loro (s)corretta

---

\*Il testo rielabora la relazione tenuta al XVI Corso Internazionale di Formazione in Diritto penale sul tema: "Pubblica amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance" organizzato presso l'Università degli studi di Salerno nell'ottobre del 2019 e coordinato dal Prof. A.R. Castaldo (Responsabile scientifico del progetto di Ricerca CUR).

<sup>1</sup> Come nel caso proprio dei reati contro la pubblica amministrazione, per un assunto, suggestivamente critico, verso la scelta legislativa di eleggere a strumenti di azione fattispecie "a tipicità sintomatica", costruite su concetti-cardine indefiniti e sfuggenti, focalizzati su tipi criminologici di autore ben più che su fatti offensivi, con significative ricadute anche sul piano processuale e probatorio, tanto da imporre a livello ermeneutico un razionale percorso che, al riparo da formanti amministrativi e casistici, sia volto a restituire al sistema dei reati contro la p.a. un coefficiente di tassatività compatibile con le garanzie costituzionali, cfr. da ultimo DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.* 2/2020, passim; MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.; BRANCACCIO, *Così la "paura della firma" paralizza lo sviluppo possibile del Paese*, in [www.lacittadisalerno.it](http://www.lacittadisalerno.it) del 15 febbraio 2020, 1

<sup>2</sup> Così come, del resto, pure da ultimo confermato anche nella ripartenza socio-economica dopo il recente Covid -19, cfr. CLARICH-MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, in [www.ilsole24ore.it](http://www.ilsole24ore.it) del 22 maggio 2020, 1

attuazione mettendo in campo un comprensibile burocratismo amministrativo difensivo<sup>3</sup>. Quest'ultimo, infatti, si è ben presto rivelato come l'unica strategia con cui gli stessi funzionari pubblici, spaventati dal 'paludoso' rischio di responsabilità erariali, civili, penali e disciplinari conseguenti alle loro decisioni, si sono resi protagonisti per resistere alla pure diffusa pratica della c.d. paura della firma.

Inutile dire che una tale deriva ordinamentale sembra trovare proprio nell'art. 323 c.p. il suo fondamentale banco di prova. L'abuso d'ufficio, infatti, sin dalla sua entrata in vigore, ed anche per come modificato dalla legge n. 234 del 1997, ha da sempre generato costanti esigenze di riforma<sup>4</sup>, così da confermare nel tempo il fallimento di quella sua peculiare funzione politico-criminale che, tipica della fattispecie-soglia nei reati dei pubblici agenti, vorrebbe la tipicità penale capace di rispondere a tecniche di tutela ispirate da criteri razionali di selezione primaria nella distinzione tra illecito penale ed illecito extrapenale<sup>5</sup>, piuttosto che assurgere a spauracchio di tutta la dipendenza pubblica ripiegata nella 'ambiguità' del suo agire amministrativo. E tutto questo proprio perché lo stesso art. 323 c.p., nel rendersi sempre più potenzialmente 'onnivoro', non è stato in grado di erigersi a baluardo delle incursioni del giudice penale nei rapporti con la pubblica amministrazione, tanto da esporre l'operato degli stessi funzionari pubblici a quelle frequenti incursioni 'suppletive giudiziarie' che, generate da manipolazioni ermeneutiche orientate ad imporre una nomofilachia casistica<sup>6</sup>, pure hanno trovato terreno fertile negli stessi consulenti dell'autorità giudiziaria ai fini della individuazione di una illegittimità di un atto da porre alla base di una condotta penalmente illecita e tale da rendere l'atto amministrativo *tamquam non esset*<sup>7</sup>.

Infatti, nella qualificazione di un atto amministrativo come illegittimo, il giudice penale ha rinvenuto quello spunto necessario ad esercitare il suo controllo su tutta l'attività dei dipendenti pubblici, sostanzialmente paralizzati dalla loro esposizione ad una concreta

---

<sup>3</sup> Autorevolmente, SEVERINO, *Un ostacolo da combattere. La burocrazia difensiva*, in [www.larepubblica.it](http://www.larepubblica.it) del 30 maggio 2020, 1; nel fenomeno meglio noto come amministrazione difensiva, la soggettività della funzione finisce per prevalere sulla sua naturale oggettività, e se una parte consistente del diritto amministrativo (e del diritto penale amministrativo) si concentra sul contrastare il rischio che il funzionario pubblico assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse particolare in luogo dell'interesse collettivo, molto più trascurata è, invece, una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali., cfr. BATTINI – DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1/2019, 293 ss.

<sup>4</sup> Per una conferma dell'assunto, per tutti cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano 2019, p. 349 ss. e da ultimo NATALINI, *Abuso d'ufficio: è abolito criminis parziale – Solo violazione di regole di condotta senza discrezionalità*, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com) del 6 agosto 2020, 1

<sup>5</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, p. 155 ss e spec. p. 232 ss.

<sup>6</sup> Sui rapporti tra nomofilachia casistica e nomofilachia della norme cfr. per tutti DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) del 6 giugno 2016, passim

<sup>7</sup> Lapidariamente BRANCACCIO, *op.ult.cit.*, ivi

attribuzione/imputazione ex art. 323 c.p. del loro operato, tanto da generare così una situazione, non solo di gravissimo disagio personale e sociale, ma soprattutto caratterizzata dalle possibili conseguenze disastrose su di una tale attività lavorativa<sup>8</sup>. E se è pur vero che normalmente i processi per art.323 c.p. si concludono, nella maggior parte dei casi, con l'assoluzione dell'imputato "perché il fatto non sussiste", è anche vero che essi normalmente durano a lungo, dal momento che la sentenza di assoluzione viene emessa in un arco temporale medio di 6-8 anni (ma in taluni casi addirittura 10-15 anni), per uno scenario sistematico che finisce per incidere incontestabilmente ed in maniera rilevantissima sull'efficienza dell'operato dei pubblici dipendenti, con evidenti ripercussioni socio-economiche indotte dalla aleatorietà così subita dagli investimenti imprenditoriali di settore<sup>9</sup>.

Pertanto, se è vero che la Pubblica Amministrazione è deputata ad esaudire e realizzare i bisogni dei cittadini in tutti gli aspetti della sua attività, è anche vero che una ritardata risposta su un'istanza di un qualsivoglia cittadino, per quanto intesa a ricevere benefici economici e, in genere, una qualsivoglia utilità (permesso di costruire, nulla-osta, autorizzazioni paesaggistiche, ambientali, concessioni di beni e servizi, etc.), è destinata a produrre delle ripercussioni devastanti. E tutto ciò, non solo per la sfiducia ingenerata nei cittadini stessi, ma anche per le stesse ricadute gravemente negative sul sistema sociale ed economico locale, nazionale e sovranazionale, per un'evidente resistenza a mutare in una democrazia pluralista il rapporto tra cittadino ed amministrazione nella efficacia ed efficienza dell'azione pubblica<sup>10</sup>.

Appare chiaro, allora, che la causa di una tale deriva di sistema risiede proprio nella convinzione secondo cui, per evitare di essere chiamati a rispondere, anche penalmente, delle scelte operate, in un quadro dominato da una 'ondivaga' e 'perseguitante' applicazione normativa, i pubblici funzionari optino meglio per rimanere immobili, ovvero per invocare il conforto di dilatori pareri decisionali in luogo di iniziative rischiose<sup>11</sup>. Ed è proprio l'evidente interferenza fra decisione

---

<sup>8</sup> Basti pensare al fatto che già l'apertura di un procedimento penale, per non dire poi di una sentenza di condanna per abuso di ufficio, anche non passata in giudicato, priva il pubblico funzionario della possibilità di accedere ad una serie di incarichi amministrativi di vertice delle Amministrazioni statali, regionali e locali, nonché ad incarichi di prestigio di varia natura quali quelli indicati nell'art. 3 D.Lgs. 8.4.2013 n. 39, attuativo della L. 6.11.2012 n. 190 (cd. "Legge Severino"), riprendendo ancora la lucida disamina di BRANCACCIO, *op.ult cit.*,ivi; più in generale cfr. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano 2017, passim

<sup>9</sup> Secondo quanto ancora rilevato da BRANCACCIO, *op.ult.cit.*, ivi

<sup>10</sup> Per quanto pure osservano SEVERINO, *op.ult.cit.*, ivi; LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva: effetti (o danni) collaterali di una valutazione sui generis della performance amministrativa*, in [www.boa.unimib.it](http://www.boa.unimib.it) del 12 ottobre 2019, 3 dove pure si sostiene che, solo con il recupero negli amministrati della soddisfazione ed il conseguente abbandono di un clima di diffidenza verso l'azione amministrativa, non più lontana dalla certezza giuridica, si otterrà la correzione di un quadro statistico che oggi evidenzia, invece, i limiti di un apparato gestionale pubblico nella lentezza, in adempimenti onerosi e ridondanti, nella scarsa trasparenza e nella conseguente corruzione (*op.ult.cit.*, 4)

<sup>11</sup> Espressione di una strategia di una Pubblica Amministrazione sempre più propensa ad uniformarsi alle pronunce del Giudice amministrativo piuttosto che assumere proprie determinazioni cfr. CASSESE, *Che cosa resta*

amministrativa e decisione giurisdizionale che, specialmente quando la decisione investe quella del giudice penale, mette in risalto la strumentalità del fenomeno della cosiddetta ‘supplenza giudiziaria’. Quest’ultima, infatti, con evidente effetto deterrente, anche perché spesso posta in contrasto con valutazioni già compiute in sede amministrativa, è destinata a proiettarsi non tanto nella prospettiva delle conseguenze sulle condotte illecite, quanto soprattutto in quella della pressione che può essere collateralmente esercitata sulle attività lecite<sup>12</sup>. E tutto ciò, seppur al fine di perseguire presunti fenomeni di *mala gestio amministrativa*, si realizza in nome di una “ipervalutazione delle possibilità del controllo del diritto penale<sup>13</sup> che, del resto, nella stessa recente legge c.d. spazzacorrotti (n. 3 del 2019), rispetto alla legge c.d. Severino (n.190 del 2012), sembra trovare una ulteriore conferma quale ultimo esempio di una risposta di forza del detentore del potere politico il quale, anche nei panni del Grande inquisitore, finisce per rispondere secondo una logica penalisticamente emergenziale e simbolica ad un problema da affrontare, invece, nelle sue radici sociali<sup>14</sup>.

La situazione così come appena sopra descritta – burocrazia difensiva da paralisi decisionale – si pone, allora, evidentemente alla base della sfiducia degli stessi investitori, anche stranieri, che, fini conoscitori di una dinamica (dis)amministrativa in cui aleggia costantemente e minacciosamente una attribuzione/imputazione ex art. 323 c.p., vengono così disincentivati

---

*dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2019, 1, p. 1 e ss.; Cons. Stato, Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, Pres. A. PAJNO, Roma, 28 gennaio 2017.

<sup>12</sup> Specialmente quando il giudice penale, infatti, amplia il suo sindacato a un'indagine sulla legittimità degli atti amministrativi che, a rigore, spetterebbe al giudice amministrativo. Del resto, per definizione, la legge penale esplica i propri effetti sull'intera categoria dei potenziali offensori, non appuntandosi sulla specifica posizione del reo, ma facendo leva sull'azione di tutti coloro che sono astrattamente sottoposti all'eventualità di rispondere delle proprie condotte, così LAVATELLI, *op.ult.cit.*, 5

<sup>13</sup> Così F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione, Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da S. Moccia, vol. II, Napoli, 2011, p. I e ss.; il problema, quello di arginare attribuzioni riconducibili a delitti di infedeltà dei pubblici agenti – e per punire condotte dei privati che, per quanto teoricamente avulse dal perimetro del penalmente rilevante, sono state considerate lesive di beni giuridici costituzionalmente protetti - è noto fra i ranghi della stessa magistratura, ed è il motivo per cui la Corte di Cassazione ha cercato non solo di porre dei paletti per evitare che gli sconfinamenti della giurisdizione si trasformassero in vera e propria ingerenza nell'attività amministrativa, ma anche di fornire un richiamo soprattutto al legislatore, che dovrebbe avere coscienza della necessità di mantenere intatta la sfera di signoria dell'Amministrazione, anche se dall'altro deve predisporre un sistema di controllo esterno che preservi legalità, imparzialità e buon andamento. Per queste ragioni negli ultimi anni il processo riformatore dello statuto penale della pubblica amministrazione è stato costante, sebbene la dottrina continui a evidenziare lo scarso successo delle riforme varate, di cui lamenta soprattutto il mancato potenziamento degli strumenti preventivi di carattere amministrativo, il mancato riordino normativo e la assenza di ogni valorizzazione delle competenze dell'Amministrazione, cfr. LAVATELLI, *op.ult.cit.*, 6 ss.

<sup>14</sup> Diversamente da quanto avviene, infatti, ancora una volta, per il fatto che la potestà punitiva sia concentrata su una soggettività astratta di destinatari – i corrotti –, dando l'idea che lo scopo sia quello di trovare un capro espiatorio da dare in pasto ad appetiti giustizialisti che si sono prima alimentati, piuttosto che perseguire la razionalizzazione del sistema, condivisibilmente LAVATELLI, *op.ult.cit.*, 10; più in generale sui rapporti tra diritto penale simbolico e politica criminale simbolica cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, passim; PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, passim; HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin New York, 2001, passim.

dall'intraprendere iniziative imprenditoriali sul nostro territorio<sup>15</sup>. Tutto questo, infatti, avviene specialmente perché il diritto amministrativo, più che concentrarsi sul contrasto di condotte orientate alla realizzazione di un interesse particolare in luogo di quello collettivo, non riesce a recuperare la sua naturale preoccupazione di ridurre il rischio da inerzia per scelte da cui possano derivare disutilità individuali. Ecco perché, allora, è proprio la burocrazia difensiva che, come fenomeno reale e caratterizzato da allarmanti conseguenze, per come quantificabili socialmente ed economicamente sulla base di riscontri empirici<sup>16</sup>, finisce per favorire la diffidenza degli amministrati verso una azione amministrativa che, generata da incertezze giuridiche di adempimenti lenti, onerosi e ridondanti, diventa pure foriera di un allarmante corto-circuito in cui la scarsa trasparenza alimenta irrazionalmente la stessa anticamera di pratiche corruttive.

2.– Affinché l'Italia non muoia di burocrazia, ed anche al fine di individuare una corretta risposta dommatica alle sollecitazioni provenienti da legittime esigenze di politica criminale, sembra necessario comprendere, a questo punto del nostro discorso, le ragioni concrete che, a fondamento della c.d. paura della firma, condizionano l'agire amministrativo difensivo dei pubblici funzionari. A tal proposito, i dati statistici confermano inesorabilmente che il fenomeno che qui ci occupa assume come inevitabile contraltare il reale timore di essere sottoposti ad un'indagine penale. Quest'ultima, infatti, ben oltre la sanzione penale ovvero la classica visione del processo come sanzione<sup>17</sup>, è figlia di un ormai sempre più frequente clima avvelenato complessivo per una Pubblica amministrazione in cui la denuncia assume lo strumento subdolo per consumare vendette da parte di colleghi in nome di invidie o presunti torti subiti. Ed è inutile dire, poi, come il pubblico agente indagato sia destinato a subire quegli evidenti contraccolpi personali ed economici che nemmeno una tardiva sentenza di assoluzione potrà essere in grado di risarcire, finendo per vivere una situazione paradossale e capace, a sua volta, di generare un'illegalità diffusa legata proprio all'incertezza dell'attesa di un atto ovvero a comportamenti omissivi, pure all'origine di accordi sottobanco e favori corruttivi<sup>18</sup>.

E' qui, allora, che risulta facile comprendere come salga sul banco degli imputati proprio l'abuso d'ufficio. Tale delitto, nella sua indiscussa centralità sistematica nei reti dei pubblici agenti<sup>19</sup>, impone di ripercorrere il processo ad una norma, l'art. 323 c.p., che, pur oggetto di diverse e necessarie modifiche nel

---

<sup>15</sup> Cfr. BRANACCIO, *Così la "paura della firma" paralizza lo sviluppo possibile del Paese*, cit., 1; dell'art. 323 c.p. come reato 'fantasma', che blocca tutto, parla da ultimo anche GONZATO, *L'abuso d'ufficio sta bloccando l'Italia*, in [www.libero.it](http://www.libero.it) del 16 giugno 2020, 1

<sup>16</sup> Come opportunamente evidenziato da BATTINI – DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., passim.

<sup>17</sup> F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, VII (1952), pt. I, 166

<sup>18</sup> Condivisibilmente CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino 2018, XV ss.; ID., *Abuso d'ufficio. La burocrazia difensiva*, in *Noi contro la corruzione*, in [www.anticorruzione.eu](http://www.anticorruzione.eu) del 2 gennaio 2018, 1

<sup>19</sup> Infatti, l'abuso d'ufficio si traduce in una corruzione senza corrispettivo; la concussione si traduce in una strumentalizzazione della funzione per coartare (art. 317 c.p.) ovvero condizionare la dazione di utilità indebite (art. 319 quater c.p.), etc.

tempo – come anche nell’ultimo d.l. semplificazione n. 76 del 2020<sup>20</sup> - neppure riesce ancora, per le ragioni che vedremo oltre, ad ottenere gli esiti sperati. Infatti, anche la più recente revisione dell’abuso d’ufficio, a ben vedere, sembra proporre una rinnovata esigenza di ‘riforma delle riforme’ che, nell’ambito di un diritto penale razionale orientato alla tutela di beni, sia capace, ben oltre gli interessi socio-economici del paese, di garantire libere scelte d’azione che, soprattutto nel caso di pubblici agenti, si rivelino in grado di sgombrare definitivamente il campo anche da possibili imbavagliamenti investigativi del pubblico ministero, e ciò in nome di una *ratio* di politica criminale che, anzi, intende affermare l’esatto contrario<sup>21</sup>.

Una tale ultima affermazione affonda le sue radici in un attento esame del dato empirico. In esso, il rapporto statistico tra legalità offerta e legalità raggiunta<sup>22</sup> finisce per consegnare uno spaccato impietoso verso una legalità definita che, anche nelle sue proposte di riforma si è rivelata, e sembra ancora rivelarsi<sup>23</sup>, insoddisfacente per la sua conclamata ineffettività nel contrastare l’allarmante fenomeno del controllo dell’infedeltà qualificata nella pubblica amministrazione<sup>24</sup>.

Risulta evidente, allora, come alla luce di quanto appena rilevato, appare macroscopico il fallimento sul piano politico criminale dell’art. 323 c.p., particolarmente quando l’imponente lavoro investigativo, rispetto ai suoi risultati, è capace di far ritenere chiaramente sproporzionato l’esito sanzionatorio penale rispetto alle attese originate dalle indagini avviate, consentendo così ad un attento osservatore di sostenere che, in ragione del rapporto complessivo tra fatti attribuiti ex art. 335 c.p.p. ed esiti processuali, gli agenti pubblici, come unico rilevante ed immediato rischio conseguente alla loro azione amministrativa, sono destinati a sopportare – per il 60 % dei casi - il procedimento penale come reale sanzione, a fronte di una estremamente ridotta trattazione processuale – 30% - e del conseguente assoggettamento a sanzione penale – solo il 9% - dei giudizi per abuso d’ufficio penalmente rilevanti<sup>25</sup>. E se un tale ragionamento si rivela corretto

---

<sup>20</sup> Mostra da ultimo condivisibili perplessità e dubbi di costituzionalità per il ricorso ad una decretazione d’urgenza per l’adozione di una ennesima riforma dell’abuso d’ufficio che, ancor prima dei suoi contenuti, avviene in nome di un ipotetico rilancio economico del Paese, da ultimo C. ESPOSITO, *L’abuso d’ufficio e le nuove regole senza il comune senso di giustizia*, in [www.ilmattino.it](http://www.ilmattino.it) del 28 agosto 2020, 1; più in generale sul tema della problematica compatibilità nel sistema delle fonti penali tra delega legislativa e riserva di legge cfr. per tutti CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, passim

<sup>21</sup> Cfr. CASTALDO, *Abuso d’ufficio*, cit. 1

<sup>22</sup> Infatti, se è vero che nei reati contro la pubblica amministrazione la parte del leone, sul terreno della attribuzione/imputazione, la fa proprio l’abuso d’ufficio, è anche vero che solo una parte minimamente residuale delle attività investigate perviene a sentenza di condanna definitiva, più ampiamente sul punto cfr. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., ivi

<sup>23</sup> V. ultra par. 5

<sup>24</sup> Per una rilettura dei reati contro la pubblica amministrazione come reati di infedeltà da porre a riferimento di una *Garantenstellung* penalmente rilevante come espressione del rapporto tra modalità di aggressione qualificata al bene di riferimento (2,3,13, 25, 27, 54 co.2, 97 e 98 Cost) cfr. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., passim e spec. 232 ss.

<sup>25</sup> Infatti, per un’analisi del dato costante nella sua evoluzione che, nel riprendere il rapporto tra reati azionati per 323 c.p. e condanne definitive, finisce per confermare una generale ineffettività del controllo penale, attestato dal 9 % circa appunto di processi che registrano condanne, compresi i patteggiamenti, ed al netto dei casi di sentenze di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p., delle assoluzioni ed i casi di estinzione per morte del reo o prescrizione; qualora, invece, per l’anno in corso si volesse prendere a riferimento il rapporto tra denunce e condanne, anche se in assenza del numero dei reati azionati, il rapporto rivela un sorprendente 2% che, in ogni caso, pure conferma un trend di effettività minimale del controllo penale, per una sintesi sul punto, anche per quanto rilevato dall’analisi dei dati giurisprudenziali degli uffici giudiziari del Distretto di Corte d’Appello di Salerno esaminati nell’ambito del Progetto di Ricerca CUR “Pubblica amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance”, coordinato dal Prof.

nel suo fondamento empirico appare, allora, pure innegabile che, per tutto quanto sopra affermato ne consegue in via diretta, da un lato, la perpetuazione di una inquietante anticipazione della violenza sistematica del rito come immoralmente necessaria<sup>26</sup> e, dall'altro, il rinvenimento delle origini proprie di quel fenomeno di c.d. paura della firma che, nell'operare amministrativo pubblico, impone al funzionario di trincerarsi dietro una burocrazia difensiva al fine di eludere quelle inevitabili conseguenze che, anche ad una rigorosa analisi della recentissima rivisitazione dell'art. 323 ad opera del d.l. semplificazione n.76 del 2020, sembrano potersi ricondurre ad una funzione sanzionatoria del procedimento penale.

3. - Per uscire da una tale viziosa *impasse* sistematica, allora, sembra imporsi, sul piano del metodo, la ricerca di strategie razionali che, nel restituire efficienza ad un settore, quello dell'agire amministrativo pubblico, abbiano come chiaro il riferimento per cui il fenomeno della c.d. "paura della firma", che tanto allarma i pubblici agenti, più che risiedere in una causa endoprocessuale - il processo come sanzione ovvero una sanzione propriamente penale ai limiti di una cabalistica persecuzione dell'imputato<sup>27</sup> -, risiede piuttosto in una causa evidentemente pre-processuale: il procedimento penale come sanzione. Ed allora, se una tale ricostruzione del contesto ordinamentale in cui opera l'art. 323 c.p. si assume come corretta, diventa consequenziale legarla ad una opzione dommatica che, nel rispondere adeguatamente alla pur forte esigenza politico-criminale di contrastare e limitare il possibile rischio di abuso nell'agire amministrativo, sappia orientarsi ai criteri propri di un diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo. Quest'ultimo, infatti, assolvendo alla funzione principale di garantire libere scelte d'azione<sup>28</sup>, potrà rivelarsi solo così non solo capace di vincere, da un lato, l'incentivo all'inerzia del pubblico funzionario, generata dall'incertezza degli esiti ermeneutici sulla valutazione di un proprio atto, ma anche, dall'altro, la tendenza a scaricare una decisione amministrativa su altri, e questo tutte le volte in cui si accentua il ricorso strumentale a cavilli burocraticamente difensivi<sup>29</sup>.

---

Castaldo cfr. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla commonlaw offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.* 2/2020, 13 s.; 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](http://www.sistemapenale.it) del 17 luglio 2020, 1; NATALINI, *Abuso d'ufficio*, cit., 1; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo 323 c.p.*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it) del 10 agosto 2020, par. 5; GONZATO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 1; SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., p. 160 s.

<sup>26</sup> Riprendendo le illuminanti pagine di NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna 2009, passim

<sup>27</sup> Pure ridicibili e rimediabili mediante il ricorso a razionali istituti di errore sul fatto ovvero di inesigibilità-non colpevolezza per elementi giuridici meramente conoscibili in ragione anche di mutamenti ermeneutici innovativi e imprevedibili cfr. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 22 ss.

<sup>28</sup> Facendo propria la lezione di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, passim; per la dottrina tedesca, per tutti ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-new York 1973, p. 1 ss.

<sup>29</sup> Per quanto pure puntualmente osservato da CLARICH-MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, cit., ivi

Breve: paura della firma e fuga dal procedimento penale, dunque, concretizzano due facce della stessa medaglia. Esse trovano il loro punto di convergenza, infatti, non tanto nella paura dell'imputazione, quanto piuttosto già nel momento antecedente della attribuzione del fatto che, aprendo la fase delle indagini ex art. 335 c.p.p., espone il pubblico funzionario ad una serie di ipotetiche, nonché potenzialmente improvvise conseguenze e responsabilità sempre più pesanti, fin da quella reputazionale, economica, erariale, disciplinare e cautelare, ancor prima di quella penale in senso stretto<sup>30</sup>.

3.1. - Ma è proprio a fronte della ricostruzione sistematica appena compiuta che, già nell'attuale struttura ordinamentale, sembra possibile individuare situazioni capaci di costituire un modello di risposta al problema sopra agitato. Esse, assunte nella qualità di *tertium comparationis*<sup>31</sup>, possono essere in grado di evidenziare come il legislatore, anche se in via induttiva, abbia avuto modo di predisporre, per casi analoghi, una risposta orientata proprio a criteri di razionalità. Infatti, ed in via diffusa, le soluzioni di riferimento sembrano ripetere quello schema dommatico che, ispirato da criteri di ascrivibilità *ex ante* da riferire a valutazioni di non antiggiuridicità della condotta, è già stato accolto in altri settori dell'ordinamento. E ciò avviene proprio in ragione della costante per cui, al fine di porre il pubblico funzionario al riparo dall'illecito, e per situazioni di agire necessitate, ma caratterizzate da un *deficit* assoluto di conoscenza, la decisione da assumere possa essere legittimata da condizioni pre-determinate per legge che, in via anticipata, riconoscono l'agire amministrativo come insindacabile, nonché privo di conseguenze giuridiche sanzionatorie, in quanto integrante la migliore scelta possibile che in quel momento lo stesso qualificato soggetto decidente poteva assumere<sup>32</sup>.

Nella materia che qui ci occupa<sup>33</sup>, allora, seppur con caratteristiche strutturali diverse, finisce per guadagnare particolare significatività, sul piano dommatico, il riferimento a quella causa di giustificazione che, per come individuata da autorevole dottrina d'oltralpe<sup>34</sup>, risulta caratterizzata da estremi imperniati su di un giudizio prognostico il quale, distinto da quello che investe altre

---

<sup>30</sup> Cfr. CLARICH-MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, cit., 1

<sup>31</sup> Come parametro per il recupero di esigenze di ragionevolezza sistematica (ex art. 3 comma 2 cost.), sul tema cfr. per tutti INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano 2003, passim; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, passim

<sup>32</sup> Sulla sfera di operatività del principio dell'ultra posse nemo obligatur, anche per le dovute conferme cfr. per tutti NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München 1992, p. 142 s., p. 147

<sup>33</sup> Per quanto già pure si è avuto modo di verificare in tema di non punibilità dell'agente sotto copertura in indagini rigorosamente passive, ci sia consentito rinviare al nostro *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, in *Arch. pen.* 2/2020, 1 ss.

<sup>34</sup> Cfr. HASSEMER *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994, p. 731 ss.



cause di giustificazione pure così strutturate<sup>35</sup>, si manifesta esemplificativamente in alcuni evidenti casi tipici: a) quello relativo ad una prognosi corretta, alla quale tuttavia non corrisponde la verità che, accertata successivamente, non esclude l'offesa di beni giuridici<sup>36</sup>; b) quello relativo all'indagine processualmente ineccepibile contro un innocente<sup>37</sup>.

Il richiamo, dunque, sul piano pratico potrebbe trovare conferma, ad esempio, nell'ordinanza di custodia cautelare che, proceduralmente ineccepibile *ex ante*, sia adottata contro un innocente, e che l'ordinamento allo stesso tempo è portato a compensare, nei limiti del possibile e secondo equità, mediante indennizzo (*Entschädigung*), da ricondurre in ogni caso ad un'offesa solidaristica al bene giuridico della vittima dell'aggressione<sup>38</sup>. Ma, allo stesso modo, si potrebbe pensare anche allo stato di flagranza nell'arresto ex art. 382 comma 1 c.p.p., ovvero al fermo di indiziato di delitto ex art. 384 c.p.p., laddove pure si individuano i presupposti di pericolo di fuga e di indiziato di delitto in virtù dei quali si involgono decisioni da prendere in via necessitata ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza. E ciò sulla base sempre di una valutazione di (non) antiggiuridicità operata *ex ante* che, per come appare evidente anche nella formulazione legislativa, è tesa a ridurre interventi limitativi di diritti individuali solidaristicamente da tollerare, se non in nome di una procedura costitutiva del riconoscimento in via anticipata di una prognosi statale ineccepibile per provvedimenti assunti nell'interesse della collettività, anche qualora *ex post* una tale limitazione risultasse ingiustificata perché divergente da una prognosi antecedentemente corretta<sup>39</sup>. Inutile dire che, tanto nelle ipotesi di agire doveroso quanto in quelle facoltative, purché compiute tempestivamente in base ad un giudizio *ex ante* ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza, le conseguenze di cui appena sopra si verificano quando il fatto penalmente rilevante diventa lecito solo sulla base di quel requisito aggiuntivo per cui, di fronte ad una divergenza tra una prognosi corretta ed il risultato successivo ad essa non corrispondente, l'ordinamento è portato a rimediare ad una contraddizione riferibile ad una condotta lesiva della libertà personale inviolabile ex art. 13 comma 1 cost., ma senza intaccare la liceità di un fatto, e questo può avvenire solo in virtù proprio

---

<sup>35</sup> È il caso del giudizio *ex ante* a base totale che caratterizza l'accertamento del pericolo nella legittima difesa, diversamente da quello sulla verità dei fatti nel diritto di cronaca che, anche per lo specifico caso del diritto di cronaca giudiziaria, sembra confermare, nella stessa giurisprudenza, il nostro assunto, cfr. le illuminanti pagine di MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli 2011, p. 1098 s. e p. 1107 s.

<sup>36</sup> È l'esempio pure ripreso da GREENAWALT, *The perplexing Borders of Justification and Excuse*, in AA.VV., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, a cura di A. Eser - G.P. Fletcher, Freiburg 1987, p. 280 ss.

<sup>37</sup> Esempio frequente del resto: si pensi all'arresto provvisorio ex § 127 II *StPO*

<sup>38</sup> Cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 747; su tutto ciò è aperta la questione su quali possibilità di reazione spettano a quella stessa persona che è interessata da una aggressione proceduralmente consentita. Per questo non è possibile nessuna regola astrattamente valida in via generale, così come si può rilevare anche dai nostri due esempi: mentre la reazione del soggetto interessato dalla decisione dell'arresto è dalla sua parte proceduralizzata (reclamo contro l'arresto, verifica dell'arresto), deve essere trovata nei casi di prognosi la reazione consentita nella difesa dell'interesse; ulteriori approfondimenti sul tema in ROXIN, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, in *Festschrift für Jescheck*, Berlin 1985, p. 475 ss., p. 468 ss.

<sup>39</sup> Cfr. MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, cit., p. 1098 s. e p. 1107 s.

della operatività di una giustificazione dello stesso *ex ante*, come confermato in via sistematica da quell'opportuno correttivo normativo *ex post* e corrispondente alla immediata liberazione del soggetto ristretto disposta dall'art. 389 c.p.p.<sup>40</sup>.

Non vi è chi non veda, però, e questo non è senza rilievo ai fini del nostro ragionamento, che la peculiarità di una tale giustificazione, rispetto ad altre cause di giustificazione pure impiegate su di un giudizio *ex ante*, non è tanto da rinvenire nel requisito comune tacitamente congenito dell'esame scrupoloso dei presupposti di fatto su cui riposano doveri e facoltà, come nel caso di restrizione della libertà personale appena sopra trattato, quanto piuttosto in una giustificazione che, nell'esigere da parte di chi agisce un esame obiettivamente e massimamente diligente delle circostanze che la fondano<sup>41</sup>, si caratterizza peculiarmente nel privilegio che consente di rinvenire un agire lecito in virtù di una prognosi ineccepibile a prescindere da un possibile risultato successivo con essa divergente<sup>42</sup>, e quindi prescindendo dal verificarsi di un evento di difesa. Infatti, solo in difetto della massima diligenza prognostica possibile ed esigibile *ex ante*, ed a prescindere dal risultato successivo divergente, arresto e fermo integreranno fatti di reato di lesioni personali ex art. 582 c.p., ma anche di arresto illegale ex art. 606 c.p.<sup>43</sup>, ovvero di violenza privata ex art. 610 c.p. inguaribilmente antiggiuridici e quindi, questi sì, risarcibili<sup>44</sup>, tanto da legittimare nei confronti di chi agisce, anche senza colpevolezza, l'impedibilità di un pericolo attuale di un'offesa obiettivamente ingiusta mediante fatti di resistenza o violenza ad un pubblico ufficiale. Questi ultimi, su tali basi, porteranno ad invocare la speciale ipotesi licitizzante, per come prevista ex art. 383 bis c.p., e riferita al caso di reazione agli atti arbitrari commessi dal pubblico ufficiale ed oggettivamente illegittimi, dal momento che solo gli atti del pubblico ufficiale

---

<sup>40</sup> Si tratta di una conclusione che è facilmente deducibile dai presupposti di immediata liberazione proprio ex art. 389 c.p.p. (errore di persona, inesistente indizio o dello stesso pericolo di fuga), quando *ex post* risulta evidente che, anche prima dell'udienza di convalida davanti al giudice, i provvedimenti restrittivi già *ex ante* potevano essere evitati da chi ha effettuato l'arresto o disposto il fermo per errore o fuori dai casi previsti dalla legge, cfr. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, p. 1100 s.

<sup>41</sup> Così come autorevolmente rilevato da MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, cit., 1101; si vuole, in verità, riprendere qui quell'esame conforme al massimo dovere di diligenza possibile che, ammesso in dottrina per l'arresto effettuato da parte dei privati per l'esercizio di una funzione pubblica, non può non valere ed essere richiesto anche per i pubblici funzionari e, quindi, in via generale, anche da chi lo nega, per la classe delle cause di giustificazione in esame; nella dottrina tedesca cfr. JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin 1996, p. 392; ROXIN, *Strafrecht*. AT, Band I, München 1997, p. 679.

<sup>42</sup> Per una modificazione delle regole dell'errore, da fondarsi sul fatto che vi sono cause di giustificazione che richiedono la valutazione di circostanze indeterminate, ovvero che dipendono da sviluppi che devono ancora avverarsi, cfr. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, p. 71 ss.

<sup>43</sup> In cui la limitazione della libertà personale a differenza del nome "sequestro di persona" risponde a finalità solidaristiche, per un evidente contributo che la rubrica della norma, attraverso la sua nominabilità, può offrire alla tipizzazione del fatto penale ed al suo disvalore, con un positivo contributo alla corretta interpretazione dello stesso cfr. la fine analisi di SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 1346 ss.

<sup>44</sup> Il riferimento qui è alla custodia ingiusta causata da atti illeciti compiuti nei casi tipici di colpa grave previsti dalla l. n. 117/1988 come modificata dalla l. n. 18/2015 sulla responsabilità civile dei magistrati, cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2016, p. 486.

esercitati correttamente all'interno della funzione fiduciariamente qualificata ed in conformità alle regole che la disciplinano meritano una tutela penale rafforzata<sup>45</sup>, del resto pure confermata da un'impedibilità unicamente esercitabile nelle forme di impugnazione legislativamente prevista. Pertanto, quando il pubblico funzionario legittimato agisce in presenza della massima diligenza possibile ed esigibile *ex ante*, a prescindere dal risultato lesivo divergente ed accertato *ex post* anche con sentenza di condanna (art. 315 comma 2 c.p.p.), pure si sarà in presenza ancora una volta di quella ingiusta detenzione che, ex art. 314 c.p.p., è capace di determinare il diritto ad un'equa riparazione da parte di quel soggetto che, vittima del procedimento, ha anche subito solidaristicamente un danno da atto lecito<sup>46</sup>.

Non appaia superfluo qui ribadire, infine, e soprattutto per quanto andremo a sostenere, che la riparazione appena sopra invocata da parte del soggetto sottoposto a provvedimento restrittivo della sua libertà personale<sup>47</sup>, per quanto già previsto dall'art. 5 della CEDU, è destinata ad acquistare anche una natura giuridica sempre più autonoma<sup>48</sup> rispetto alle tradizionali categorie del risarcimento e dell'indennizzo. Essa, trattandosi di indennizzo da atto lecito dannoso<sup>49</sup>, gode degli effetti di una giustificazione riservata all'applicabilità *in iure*<sup>50</sup> di un atto che, come quelli di arresto o fermo, pur lesivo della libertà personale, risulta conforme al diritto in quanto realizzato dal soggetto fiduciariamente qualificato secondo la massima e ragionevole<sup>51</sup> diligenza prognostica

---

<sup>45</sup> Cfr. MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio "ex ante"*, cit., pp. 1102-1103

<sup>46</sup> Cfr. per tutti la lezione di ALPA, *Atto lecito dannoso*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino 2017, p. 33 ss.

<sup>47</sup> Esteso dalla Consulta, e ad integrazione dell'art. 314 co. 2 c.p.p., anche a chi sia stato sottoposto ad arresto in flagranza o a fermo di indiziato di delitto, quando con decisione irrevocabile siano risultate insussistenti le condizioni per la convalida del provvedimento restrittivo della libertà personale, non seguita da un provvedimento di custodia cautelare, e qualora sia intervenuta una sentenza irrevocabile di assoluzione, cfr. Corte cost., 2 aprile 1999, n. 109.

<sup>48</sup> Anche per superare la *probatio diabolica* dovuta alle difficoltà di accertamento legate alla dimostrazione che la custodia cautelare ingiusta sarebbe stata causata da un atto illecito compiuto nei casi tipici con colpa grave, per una vivace sintesi del dibattito sul punto cfr. G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova 2010, p. 473 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 486 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 552, con riferimento alla riparazione di un infortunio che, sopportato per una custodia obiettivamente iniqua (sostanzialmente o formalmente), deve comprendere oltre le perdite patrimoniali e il mancato guadagno, anche una valutazione che vada oltre ogni effetto lesivo, cominciando dalla sofferenza psichica nell'ambito, comunque, di un massimo riparabile ex art. 315 comma 2 c.p.p. (*op. ult. cit.*, ivi).

<sup>49</sup> Riprendendo la suggestiva definizione di ALPA, *Atto lecito dannoso*, in AA.VV., *La vittima del processo*, cit., p. 33 ss.

<sup>50</sup> Cfr. per tutti CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 553.

<sup>51</sup> Per il riferimento ad un agente modello come parametro, non tanto per valutare un potere, quanto per verificare la ragionevole pretesa nei confronti dell'agente reale di un suo adeguamento al dettato normativo. Una tale ricognizione di confini si rende necessaria proprio per porre argini ad un possibile dissolversi della figura dell'agente modello che, tra iperindividualizzazioni con fagocitazioni dell'agente concreto ed esaltazioni proattive della precauzione nella società del rischio, pure presenterebbe forti contrasti con i principi di determinatezza e colpevolezza: per una posizione fortemente critica sul punto cfr. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, p. 237 ss. e p. 668 ss.; BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano 2005, p. 280 ss.; ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o tasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 1240; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, p. 193 ss. e p. 284 ss.; S. ROMANO, *Il "reato colposo"*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?. Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli 2009, p. 73 ss.; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi* (1965), in *La colpa. Studi*, Milano 2013, p. 154 ss.

oggettivamente esigibile *ex ante*. Si tratta, questa, di una evidente conseguenza del corretto accertamento di quei presupposti pre-determinati per legge che, pur potendo divergere con il risultato successivo, art. 314 c.p.p., non renderanno mai operante una legittima difesa per impedire un arresto ovvero un fermo legittimo *ex ante*, proprio perché a parte i limiti di una proceduralizzazione della stessa, si tratterà pur sempre di non poter neutralizzare il pericolo attuale di un'offesa solidaristicamente giusta per aggressioni proceduralmente non vietate che rendono l'evento legittimo sin dal momento della condotta<sup>52</sup>.

3.2. - Il problema della legittimazione *ex ante* di un evento sin dal momento della condotta<sup>53</sup>, oltre a contribuire alla risoluzione di questioni problematiche relative alla conformità al diritto di atti di indagine a c.d. doppia valenza<sup>54</sup>, vive un ulteriore banco di prova nel tentativo di razionalizzazione che ha investito la nuova normativa in materia di appalti pubblici. Qui, sotto la spinta comunitaria, e nell'ambito del nostro discorso, assume particolare interesse la disciplina di cui al nuovo art. 64 del codice appalti, così come rivisto nel d.lvo n.50 del 2016.

Nel dialogo competitivo, infatti, una nuova forma di colloquio collaborativo-discorsivo tra pubblica amministrazione ed operatori di mercato individua quegli aspetti di natura tecnica che diventano necessari al superamento di carenze di informazioni oggettive nella realizzazione di particolari opere non imputabili alla stazione appaltante<sup>55</sup>.

Infatti, la valorizzazione della competitività nell'aggiudicazione di appalti, in nome della flessibilità degli obiettivi da perseguire in virtù di una procedura<sup>56</sup>, sembra porsi a garanzia di un rinnovato concetto di concorrenza<sup>57</sup>. Quest'ultimo, nel rivedere i pilastri classici di settore - come parità di trattamento e trasparenza -, è frutto di un'innovazione comunitaria atta a spingere il diritto interno verso la elaborazione di un procedimento composito in cui la peculiare flessibilità delle sue

---

<sup>52</sup> Esse si pongono ai confini del diritto penale, per situazioni di necessità solidaristiche, ma anche esistenziali, che, chiuse all'adempimento altrui, negano la forza preventiva del diritto penale, perdendosi così anche i precetti della giustizia penale, cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit. p. 177 ss. e p. 287

<sup>53</sup> Problema acutamente sollevato da DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, p. 47 ss.

<sup>54</sup> Cfr. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2010, p. 191 ss.; SESSA, *Le indagini passive*, cit., 1 ss.

<sup>55</sup> Cfr. CONTESSA - CROCCO, *Codice degli appalti pubblici e delle concessioni*, Roma 2017, p. 384 ss.; GARELLA - MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici*, Torino 2016, p. 158 s., PANDOLFINO ALLONE, *Il dialogo competitivo*, in AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commentario sistematico* a cura di F. Saitta, Padova 2008, p. 557 s.

<sup>56</sup> Cfr. CONTESSA - CROCCO, *op. ult. cit.*, p. 386.

<sup>57</sup> Questo sembra trovare ulteriore conferma nel superamento della peculiarità dei settori esclusi dalla procedura che, proprio per minori spazi concorrenziali, sono stati poi recuperati dallo stesso legislatore italiano che ha distinto i contratti relativi alle finalità istituzionali degli enti, a cui l'istituto continua a non applicarsi, da quelli che non presentano una connessione con l'attività dell'ente per cui non appare dubbio l'utilizzo del modulo procedurale in questione cfr. FRACANZANI, *Dialogo competitivo ed accordi quadro: fra (nuova) concorrenza e turbata libertà degli incanti*, in AA.VV., *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata - M. Bertolissi - V. Domenichelli - G. Sala, Tomo primo, Padova 2014, p. 746 s.

diverse fasi, ancorate all'obbligo di motivazione, diventa funzionale all'attivazione di un dialogo. Esso, seppur caratterizzato da maggiori spazi di libertà dialettica tra concorrenti<sup>58</sup>, è teleologicamente rivolto alla massima valorizzazione di risorse patrimoniali collettive pubbliche, laddove il superamento di una formale parità di trattamento pure sarebbe assicurato da una fisiologica asimmetria nella aggiudicazione degli appalti, e ciò solo in nome della valorizzazione del rafforzamento di un vantaggio pubblico derivante dalla rinnovata competitività sostanziale tra concorrenti<sup>59</sup>. Una procedura bifasica, quella del dialogo competitivo, allora, in cui al dialogo tecnico della prima fase segue quello della competitività della seconda fase che, con la formulazione delle offerte, si apre ad un dialogo motivatamente necessitato a fronte di una incapacità della stazione appaltante di specificare autonomamente strumenti atti a soddisfare le proprie esigenze<sup>60</sup>.

Alla luce di quanto appena sopra evidenziato, quindi, i fattori costitutivi del procedimento qui oggetto di approfondimento sono proprio necessità e deficit assoluto di conoscenza nel soggetto qualificato decidente, quali criteri di un modello discorsivo che, nel dialogo competitivo, pone la funzione al servizio del superamento di criticità. La deroga alla parità di trattamento in nome della competitività rimessa alla valutazione massimamente e ragionevolmente diligente della stessa pubblica amministrazione, infatti, è posta a fondamento di una decisione finale che, incidendo sulla legittimità dell'intera procedura, possibile oggetto di facile contenzioso<sup>61</sup>, è fatta salva solo nel rigoroso ossequio di quelle condizioni pre-determinate per legge che, nel ricorso al dialogo competitivo, lo legittimano influenzandolo, da una parte, nella fase dialettica, ai fini della definizione dell'oggetto dell'appalto, e, dall'altra, nella fase competitiva, ai fini della sua aggiudicazione<sup>62</sup>, purché teleologicamente rivolta ad impedire un pregiudizio di natura pubblicistica da eventuale sperpero di risorse patrimoniali pubbliche<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Accentuano tale aspetto MASSARI - GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163*, Ravenna 2006, p. 110.

<sup>59</sup> È quanto rileva INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in GAROFOLI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano 2005, p. 317 ss.

<sup>60</sup> Cfr. INVERNIZZI, *op.ult.cit.*, pp. 303-306

<sup>61</sup> Cfr. PANDOLFINO ALLONE, *op.ult.cit.*, p. 563 ss.

<sup>62</sup> Di *Negoauction*, come percorso di affidamento per l'assegnazione di contratti di opere pubbliche caratterizzato dal ricorso a due tecniche di aggiudicazione con una prima fase di *Negotiation*, propositiva, ed una seconda di *Auction*, caratterizzata da un confronto concorrenziale, parla FRACANZANI, *Dialogo competitivo ed accordi quadro*, cit., p. 731.

<sup>63</sup> Infatti, la restrizione della libertà di movimento economico non costituisce, rispetto al patrimonio privato, un argomento valido per fondare la sussistenza di un danno (Schaden) che, nei reati contro il patrimonio collettivo pubblico, già è sufficiente ad individuare un pregiudizio (Nachteil) penalmente rilevante. Pertanto, mentre rispetto al patrimonio privato lo sperpero costringe ad economizzare per il recupero di ulteriori risorse che, senza ricorrere al credito esterno, sono incapaci di generare un danno, nel patrimonio collettivo pubblico lo sperpero costringe ad attingere a risorse che, sottratte a scopi sociali diversi ed ugualmente utili, comunque generano un pregiudizio, cfr. VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*,

E tutto quanto appena osservato appare maggiormente comprensibile nella fase della precisazione delle offerte quando, su richiesta della pubblica amministrazione, il concorrente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa in sede di aggiudicazione è chiamato a precisarla, per un rischio in concreto di possibile distorsione della concorrenza in quanto, in virtù dell'assenza di uno standard oggettivo di riferimento, si assiste alla esaltazione della flessibilità della discrezionalità amministrativa all'interno di una procedura legale. Quest'ultima, in nome di una nuova idea di concorrenza, è pronta a sacrificare condizioni di *par condicio* a vantaggio della competitività tra le imprese, e ciò per la valorizzazione massima dei risultati utili alle esigenze della collettività in ragione del mancato sperpero di risorse da parte di soggetti qualificati nella tutela del patrimonio collettivo pubblico<sup>64</sup>.

Il ricorso al dialogo competitivo, allora, nell'ambito delle procedure di appalto, diventa quello strumento innovativo in cui la flessibilità è capace di escludere vantaggi ingiustificati<sup>65</sup> solo quando, pur nell'adempimento di doveri giuridici per soggetti fiduciarmente qualificati, la segretezza e la parità di trattamento vivono momenti di alterazione che, anche se riconducibili formalmente ad una turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), solo attraverso modalità di base proceduralmente costitutive di una legittimazione *ex ante* di condotte lesive di diritti individuali possono portare ad un loro recupero solidaristico funzionale ad un teleologismo valorativo<sup>66</sup>.

Appare chiaro, dunque, che tutto ciò avviene, particolarmente, quando l'ideatore di una proposta viene avvantaggiato in modo proceduralmente giustificato laddove, operando in ambiti di ampia discrezionalità, verrebbe a godere della prevedibilità di un'offerta che, in virtù di meccanismi di vantaggio legalmente regolato, pure è pronta a sopportare l'eventuale non corrispondenza tra una prognosi corretta della stessa con il risultato successivo da essa divergente il quale, anche se dannoso, non perderà i suoi connotati di liceità *ex ante* solidaristicamente indennizzabile. Nel dialogo competitivo, infatti, l'ordinamento giuridico fa un passo indietro affidando al soggetto decidente, nell'adempimento di doveri giuridici qualificati, la risoluzione di un conflitto tra interessi individuali e/o collettivi attraverso una procedura costitutiva di una qualificata liceità in virtù della quale la conformità al diritto di condotte lesive, secondo lo schema tipico di una giustificazione procedurale, sia funzionale in via solidaristica alla tutela primaria di altri beni. Pertanto, con la

---

a cura di S. Moccia, Napoli 1999, p. 353 ss.; 22 ss.; ID., *Bewirtschaftung öffentlicher Mittel und Strafrecht*, Konstanz 1979, p. 22 ss.

<sup>64</sup> Per una tale ricostruzione dell'oggetto della tutela penale nei delitti di infedeltà nella pubblica amministrazione ci sia consentito rinviare, anche per i dovuti riferimenti giurisprudenziali, al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Cfr. CATRICALÀ, *Introduzione*, in *Il nuovo codice dei contratti di lavori servizi e forniture*, a cura di T. Tessaro, Rimini 2007, p. 67; è la presa d'atto del superamento della legge Merloni e di un sistema caratterizzato da una strozzante discrezionalità, con il conseguente abbandono di una amministrazione in cui è dominante l'idea e il progetto (*op. ult. cit.*, ivi)

<sup>66</sup> Sul punto cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 390 s.

possibile distorsione proceduralmente tollerata della concorrenza, lo stesso diritto convenzionale, internamente recepito anche nel nuovo art. 64 codice appalti, invita alla risoluzione di un conflitto tra flessibilità del metodo e rispetto dei principi in modo che, nel soddisfare bisogni sociali, una discrezionalità assiologicamente oggettivizzata tenda a scongiurare vantaggi ingiustificati<sup>67</sup>. Ed in tutto questo, allora, risiede quella nuova idea di concorrenza in cui la competitività si impone in ragione di modalità procedurali costitutive che, nel legalizzare vantaggi giustificati, è pronta a sopportare che la legittimazione *ex ante* di una condotta penalmente tipica, integrante quella di cui all'art. 353 c.p., possa assolvere, più dell'incriminazione e nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico, ad una funzione qualificata di protezione primaria di un valore concretamente qui riferibile al patrimonio collettivo pubblico.

Dunque, se appare innegabile che il dialogo competitivo vive, con particolare riferimento alla fase dell'aggiudicazione, un meccanismo di risoluzione di conflitti, e se ciò avviene senza ricorrere a criteri di bilanciamento tipici della giustificazione sostanziale, è altrettanto evidente che l'ordinamento affida tale risoluzione di conflitti ad una procedura costitutiva, non dichiarativa, in cui è la stessa disciplina che, valorizzando in via sostanziale la relazione tra *par condicio* e patrimonio collettivo pubblico nell'adempimento di doveri giuridici qualificati da parte del soggetto decidente, crea quelle condizioni di razionale privilegio statale; questo, in funzione di tutela di valori a base solidaristica, verrebbe a confermarsi anche nell'ipotesi in cui la prognosi corretta alla base della scelta insindacabilmente operata dal soggetto decidente, fiduciarmente qualificato, dovesse divergere con il risultato successivo.

Rispetto ad un tale assunto, allora, il nuovo art. 64 del codice appalti, a differenza della disciplina comunitaria, opera un riferimento alla necessitata complessità dell'appalto in modo non generico, e questo al fine di prevedere, infatti, un onere della motivazione nell'adozione di una procedura di dialogo competitivo. Onere che, in ogni caso, nella prima fase non solo esclude azioni risarcitorie, qualora nessuna soluzione venisse accolta, ma elimina anche azioni di indennizzo per imprese partecipanti non selezionate, salvo poi a recuperare tale ultima conseguenza giuridica, chiaramente non sanzionatoria<sup>68</sup>, nella fase dell'aggiudicazione in cui una divergenza tra prognosi originaria e risultato successivo, nei termini di una giustificazione procedurale da prognosi

---

<sup>67</sup> Così esplicitamente in FRACANZANI, *Dialogo competitivo ed accordi quadro*, cit., p. 734

<sup>68</sup> Si tratterebbe, in verità, di forme di indennizzo atipiche, in quanto fondate sulla responsabilità da atto 'lecito' dello Stato come regola generale che, a prescindere da una scelta discrezionale del legislatore, tende, in ossequio ad un principio fondamentale quale quello della solidarietà sociale ovvero di effettività di diritti fondamentali, a riparare un danno patrimoniale o personale prodotto, cfr. per tutti MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, *passim*; TROIANO, *La cd. Responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, 2004, 189 ss.; CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Responsabilità civile e previdenza* 1998, 6, 1352 ss.; SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli 2013, *passim*.

privilegiata statale, passi – il riferimento qui è alla turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) – attraverso una strutturale legalizzazione *ex ante* di condotte lesive che, proprio perché lecite, non potranno che originare un’equa riparaazione in ogni caso autonoma rispetto all’indennizzo da atto non dannoso lecito ex art. 2045 cc.<sup>69</sup>.

La pubblica amministrazione, quindi, vivendo una maggiore discrezionalità rispetto a procedure tradizionali di evidenza pubblica, vede nel dialogo competitivo riflettersi condizioni ‘non abusive’ per forme sussidiarie di incriminazioni ‘proceduralmente non vietate’ che, con la lesione della concorrenza come diretta conseguenza dell’oggettiva alterazione del normale svolgimento di gare secondo mezzi tassativamente indicati<sup>70</sup>, solo se teleologicamente e assiologicamente orientate alla verifica di una competitività tra imprese nel momento di aggiudicazione di un appalto, sono capaci proceduralmente di riconoscere in via anticipata la legittimità di una prognosi come ineccepibile, e pertanto priva di conseguenze giuridiche sanzionatorie, perché tesa ad impedire un possibile pregiudizio derivante dallo sperpero di risorse pubbliche<sup>71</sup>.

Breve: le disposizioni che disciplinano il dialogo competitivo, nell’evidenziare i presupposti strutturali di una giustificazione procedurale da ‘prognosi privilegiata statale’ – situazione di necessità rigorosamente motivata anche dalla complessità della realizzazione di un’opera pubblica; *deficit* di sapere assoluto della pubblica amministrazione che si pone a fondamento del dialogo; risoluzione di un conflitto tra beni su base prognostica affidata alla massima e ragionevole diligenza del soggetto decidente fiduciarmente qualificato –, vivono in prospettiva solidaristica la legittimazione *ex ante* di condotte lesive in funzione di una ulteriore e qualificata tutela primaria di altri beni<sup>72</sup>. Tutto questo sembra essere consacrato proprio nell’art. 64 del codice appalti del 2016, laddove, con riferimento a chiarimenti e precisazioni sulle offerte già presentate, si prefigura una pubblica amministrazione che spinge e favorisce indirizzando, l’uno più che l’altro concorrente, ad inserire elementi prescelti dalla stessa stazione appaltante in virtù di un accordo prestabilito che arriva a sopportare la lesione della libera concorrenza in una richiesta di chiarimenti come possibile artificio per ottenere un’offerta con caratteristiche predeterminate. Siamo di fronte, ancora una

---

<sup>69</sup> Per il fondamento di un tale assunto v. supra par. 3.1.

<sup>70</sup> Si pensi, nella fase del dialogo, anche alla negazione della uniformità di informazione quando il partecipante si rifiuta di divulgare la soluzione proposta, ma soprattutto a quanto avviene nella fase di aggiudicazione in cui l’ampia flessibilità e il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa possono involgere perfino un accordo *formalmente* (n.d.r.) “clandestino” che incide sul normale svolgimento relativo al perfezionamento delle offerte, cfr. FRACANZANI, *op. ult. cit.*, p. 761.291

<sup>71</sup> Solo così è possibile ovviare al ricorso disincentivato ad una procedura caratterizzata dagli elevati costi da premialità, dalla dispersione di informazioni riservate e da un’evidente incertezza di parametri oggettivi di valutazione, e ciò solo in virtù, anche in Italia, dell’adozione di metodologie tali da consentire di valutare *ex ante* gli effetti che la decisione di ricorrere al dialogo produrrà sotto il profilo del miglior risultato in relazione agli obiettivi posti; una tale conclusione sembra confortata dalle riflessioni di PANDOLFINO ALLONE, *op. ult. cit.*, p. 580. 292

<sup>72</sup> Infatti, ci sono disposizioni nel dialogo competitivo che se non chiarite o interpretate nella giusta direzione danno luogo a comportamenti ambigui tali da integrare il reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p., cfr. FRACANZANI, *op. ult. cit.*, p. 757 ss. e spec. p. 760 anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali.



volta, come per l'ordinanza di custodia cautelare, alla presa d'atto che la realizzazione di una condotta penalmente rilevante, per quanto integrante gli estremi tipici di un fatto, qui quelli dell'art. 353 c.p., finisce per essere 'proceduralmente giustificata' in presenza di quelle condizioni costitutive e tassativamente pre-determinate di una qualifica di liceità *ex ante* prevista per legge per la protezione primaria di valori solidaristici<sup>73</sup>.

4. – A questo punto del nostro discorso, ed in una visione di sintesi, appare chiaro come quello che accomuna la casistica di cui immediatamente sopra sembra essere proprio il privilegio statale che, nell'esercizio di peculiari pubbliche funzioni, consente al pubblico agente di muoversi all'interno di uno spazio di diritto libero, *rectius* uno spazio libero dall'illecito<sup>74</sup> in cui l'ordinamento, sulla base di una 'relativa' neutralità, si ritrae<sup>75</sup>, giustificando proceduralmente così una decisione. Essa, assunta come la migliore possibile in quel momento<sup>76</sup>, viene legittimata dal riconoscimento anticipato di una prognosi ineccepibile<sup>77</sup>, per quanto capace così di sottrarre la scelta insindacabile del soggetto qualificato decidente a possibili ingerenze ovvero all'accertamento *ex post* di terzi (il giudice)<sup>78</sup>, e ciò in nome di una valutazione di non anti giuridicità che, in virtù di condizioni pre-determinate per legge, è rivolta a tutelare in via primaria, ed in luogo di una incriminazione, valori solidaristici normativo-superiori. Inutile dire, inoltre, che un ulteriore rafforzamento di un tale ultimo assunto lo si registra, sistematicamente, in quella peculiare forma di concretizzazione processuale con cui la giustificazione di natura procedurale, a differenza di quelle tradizionali, fonda il superamento della scissione processuale tra reato e anti giuridicità, in modo da ridurre così anche la tradizionale incomunicabilità tra sistema delle cause di giustificazione nel diritto penale e sistema della cause di giustificazione nel processo. Infatti, nelle ipotesi di

---

<sup>73</sup> Cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 394

<sup>74</sup> Sui rapporti tra spazio libero dal diritto, spazio proceduralmente libero dal diritto e spazio di diritto libero, cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 739 ss.; PRIESTER, *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in Aa.Vv., *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 499 ss.; KAUFMANN Art., *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 327 ss.; ROXIN, *Problemi fondamentali di teoria dell'illecito*, in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, p. 36 ss.; nella dottrina italiana DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.* 2007, 902 ss.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso : una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1561 ss.

<sup>75</sup> Così come per un razionale solidarismo del prendersi cura, anche nell'accompagnare alla morte, cfr. più ampiamente DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 33 s.

<sup>76</sup> Per la garanzia di libere scelte d'azione e per soluzioni anche libere da contrasti cfr. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, cit., pp. 142-147; KIRCHHOF, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg 1978, p. 8 e 30 ss.

<sup>77</sup> Ovvero dell'esercizio di un diritto fondamentale, quello al pluralismo etico, per quei casi spinosi che segnano i confini del biodiritto penale, per una sintesi del dibattito dottrinale e giurisprudenziali cfr. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in [www.sistema penale.it](http://www.sistema.penale.it) del 10 febbraio 2020, 1 ss.; CUPELLI, *I confini della liceità della agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 3 agosto 2020, 1

<sup>78</sup> Così, autorevolmente, HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 739 ss.

valutazione di non anti giuridicità *ex ante*, all'adempimento dell'onere di allegazione segue la non inversione dell'onere della prova, laddove l'onere di allegazione, diversamente dal rischio di prova, risentendo delle circostanze in cui si articola la liceità, rende possibile di evitare la deriva informativa in ragione proprio dello schema di concretizzazione della norma permissiva. La scriminante procedurale, così come sopra descritta, è capace di generare un vincolante onere di allegazione del lecito proprio in ragione di quelle condizioni pre-determinate per legge che, attraverso una procedura di controllo a disciplina pubblicistica, consentono di legittimare *ex ante* condotte lesive per cui, una volta che la giustificazione sia stata eccepita o rilevata, l'ordinamento giunge, ex art 335 c.p.p., anche ad una mancata iscrizione nel registro degli indagati della persona alla quale il reato si è attribuito, tanto da vincolare così il giudice, fuori da ogni manipolazione ermeneutica, al rilievo immediato della insussistenza fattuale o giuridica del reato<sup>79</sup>.

Ed un tale ultimo assunto sembra trovare autorevole conforto proprio in quel diritto penale provvisorio che, emergente dalla giurisprudenza costituzionale, ha finito per ricevere conferma anche in una recentissima giurisprudenza di merito in materia di fine vita<sup>80</sup>. Anche qui, la peculiare struttura della scriminante così come sopra ricostruita<sup>81</sup>, nel risolvere casi da sempre spinosi, ha contribuito a fornire le basi per una sua estensione a costellazioni, come quella qui in esame, in cui pure è possibile riscontrare quegli evidenti caratteri che, non più solo induttivamente, segnano il primo 'formale' riconoscimento anche nel nostro sistema di quella nuova idea di giustificazione che, a completamento di quella tradizionale ovvero sostanziale, è stata definita come procedurale<sup>82</sup>.

Elaborata dalla dottrina tedesca, critica verso un'incoerente soluzione del giudice delle leggi d'oltralpe sulla non punibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza<sup>83</sup>, la scriminante procedurale ha rappresentato il tentativo di sistematizzare una casistica problematica che, non solo sul terreno originario del biodiritto penale, ha presentato da sempre la forte esigenza di una sua razionalizzazione valorizzando, nella risoluzione di conflitti tra interesse individuali e/o collettivi socialmente significativi, il contributo del c.d. modello discorsivo integrato<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> Valorizzando così la lucida ricostruzione metodologica di IACOVELLO, *La costruzione processuale delle scriminanti*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 290 s.

<sup>80</sup> Cfr. CUPELLI, *op.ult. cit.*, ivi

<sup>81</sup> Appare condivisibile qui la felice intuizione che riconduce la risoluzione di problemi dommatici, non ad una revisione strutturale degli elementi del reato, ma alle opzioni di valore che su di essi può operare il legislatore cfr. MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in AA. VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, p. 248 s.

<sup>82</sup> Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27 ss.; HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, *op.ult.cit.*, p. 731 ss.

<sup>83</sup> Cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, *op.ult.cit.*, ivi.; in Italia per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 1269 ss. e spec. 1279 ss.

<sup>84</sup> Per una concretizzazione casistica della giustificazione procedurale di una prognosi privilegiata statale per la tutela di valori solidaristici cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 744 ss.; SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p.342 ss.

Infatti, diversamente dal bilanciamento proprio della giustificazione tradizionale o sostanziale, essa consente di ricercare negli elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione costitutiva, non dichiarativa<sup>85</sup>, i presupposti necessari, da un punto di vista dommatico, alla legittimazione *ex ante* del risultato lesivo come conseguenza di una decisione solo così non impedibile in ragione proprio della tutela primaria di ulteriori beni e, da un punto di vista politico criminale, a garantire sistematicamente un ordinato vivere civile tanto da scongiurare situazioni giuridicamente caotiche<sup>86</sup>.

La giustificazione procedurale, pertanto, è destinata, non solo a segnare il superamento dell'incriminazione come strumento tradizionale di tutela primaria da riferire alla lesione di un bene giuridico, ma, con la peculiare esaltazione degli elementi contenutistici di norme permissive, si propone di aprire la dommatica delle cause di giustificazione alla conformità al diritto dell'offesa di un bene in nome della protezione primaria di altro o altri beni, in modo tale che, a differenza di quanto avviene per le ipotesi di rischio consentito e di quelle sostanzialmente giustificate<sup>87</sup>, la lesione sia da ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione della condotta. Quest'ultima, pertanto, resta non impedibile, e ciò solo in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico *ex ante* capace di consentire alla scriminante di intervenire non *ex post*, ma proprio in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale<sup>88</sup>.

E nel sistema penale italiano, infatti, a prescindere dalla ripresa di tali elementi strutturali nella più recente giurisprudenza costituzionale<sup>89</sup>, non sono mancate, come del resto pure evidenziato<sup>90</sup>, forme normative e giurisprudenziali di apertura alla giustificazione procedurale che, per quanto ispirate da un antipaternalismo giudiziario, hanno sicuramente incentivato il dibattito

---

<sup>85</sup> Sui rapporti tra norma secondaria e norma primaria in termini di specificazione, ma anche di fondamento della regola per cui essa viene neutralizzata nella sua precettività penale come conseguenza di uno spazio di diritto libero quale effetto di una procedura non dichiarativa, ma costitutiva di un riconoscimento anticipato di un diritto ovvero, come nel nostro caso, di una prognosi privilegiata statale cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 247 ss.; più in generale sul tema HART, *Il concetto di diritto* (1961) Torino 2002, p. 95 ss.,

<sup>86</sup> Derivanti dalla non esclusione di diritti di intervento lecito, anche nei limiti molto ristretti di una resistenza attiva 'limitata' sulla base delle regole dello stato di necessità in favore di chi venga minacciato da comportamenti pur conformi al diritto cfr. per tutti le illuminanti pagine di F. MANTOVANI, *Diritto penale.*, Milano 2017, p. 84 s.; ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, cit., p. 84 s.; più in generale, sulle linee teorico-generalistiche che fondano un tale assunto v. *infra* par. 4.1.

<sup>87</sup> Infatti, se nelle prime, l'evento resta illegittimo, e pertanto impedibile, a fronte della esclusiva autorizzazione ad una condotta pericolosa, nelle seconde, invece, caratterizzate dalla legittimazione operante *ex post* di un risultato lesivo, pure è evidente che la legittimazione della condotta recuperata *ex post* la rende *ex ante* sempre impedibile, è quanto in via di sintesi è possibile riprendere dalla lezione di DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, p. 47 ss

<sup>88</sup> Limpidamente e per ulteriori approfondimenti DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento.*, cit., p. 48 s.

<sup>89</sup> Cfr. per tutti DONINI, *Libera nos a malo*, cit., *passim*; nella manualistica da ultimo MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, p. 306

<sup>90</sup> Cfr. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1561 ss.

dottrinale sulla verifica della tenuta della elaborazione di una dimensione dommatica autonoma, con ripercussioni sistematiche, della nuova idea di giustificazione già proposta anche nella dottrina tedesca.

Facendo proprie, allora, le critiche che in Germania sono state sollevate verso una possibile concretizzazione della giustificazione procedurale – il riferimento è alla teoria dello spazio libero dal diritto<sup>91</sup>, ma anche a quella delle cause di esclusione dell'illecito penale<sup>92</sup> che, portando alla definitiva traduzione della nuova idea di giustificazione nella teoria dello spazio di diritto libero<sup>93</sup>, hanno posto le basi per il riconoscimento di uno spazio libero dall'illecito<sup>94</sup>-, anche in Italia, resistendo ai tentativi di svuotamento della scriminante procedurale<sup>95</sup> ovvero al ritorno alla giustificazione sostanziale<sup>96</sup>, le teorie orientate alla non punibilità da legittimazione procedurale *ex ante* di condotte lesive sembrano aver trovato spazi di affermazione sempre più ampia per la presa d'atto, dottrinale e giurisprudenziale<sup>97</sup>, della licitizzazione, sin dal momento della loro realizzazione, di aggressioni generatrici di un'offesa 'proceduralmente non vietata'. E ciò non solo per garantire in via anticipata e indiretta la protezione di altri beni, ma anche perché solo così l'ordinamento giunge a tollerarle in virtù di prescrizioni legislative pre-determinate che, poste a garanzia di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qualificata per quanto ineccepibilmente necessitata, rispondono anche ad una razionale esigenza di garantire un ordinato vivere civile in cui la forza del diritto prevalga sempre sul diritto della forza<sup>98</sup>.

4.1. – Sono proprio le acquisizioni appena sopra maturate, allora, che hanno fatto sorgere come corretta la possibilità di interrogarsi sulle linee teorico-generalì cui una dommatica di garanzia, partecipando anche ad una evidente genesi evolutiva della teoria del lecito<sup>99</sup>, è chiamata a

---

<sup>91</sup> Cfr. KAUFMANN ART., *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 327 ss.

<sup>92</sup> Cfr. GÜNTHER., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, passim

<sup>93</sup> Cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.

<sup>94</sup> Cfr. PRIESTER, *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in AA. VV., *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 499 ss.

<sup>95</sup> Cfr. M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 185 ss.; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 8 gennaio 2020, 9

<sup>96</sup> Cfr. per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1269 ss.

<sup>97</sup> V. supra par. 4

<sup>98</sup> Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27 ss.; SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., pp. 25-27

<sup>99</sup> Un tale suggestivo aspetto è rilevato da PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in AA. VV. *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 293 ss.; MARINUCCI, *Agire lecito in base ad giudizio ex ante*, cit., p. 1097.

fornire la elaborazione delle coordinate strutturali essenziali atte a riconoscere la nuova fattispecie di eccezione nelle costellazioni casistiche ad essa riconducibili<sup>100</sup>.

Appare chiaro, quindi, che, rimanendo fedeli al metodo, se è vero che la sistemazione concettuale del dato normativo nel teleologismo dei valori costituzionali deve investire anche gli aspetti problematici del rapporto regola-eccezione<sup>101</sup>, per norme scriminanti che non hanno carattere specificamente penale<sup>102</sup>, è anche vero che la dogmatica della giustificazione non consente di pensare ad una disciplina di tali fattispecie affidata all'arbitrio del legislatore. Tutto questo, a maggior ragione, rileva soprattutto quando la risoluzione di un conflitto tra interessi viene affidata non ad un bilanciamento *ex post* ed in concreto rimesso all'accertamento di un terzo – il giudice -, ma ad una procedura costitutiva della qualifica di liceità tassativamente pre-determinata che, riferita a condotte lesive poste in essere da particolari soggetti, anche qualificati, dei quali provvede a controllare la consapevolezza o l'ineccepibile correttezza prognostica di una decisione, è destinata a vincolare una valutazione di non anti-giuridicità di un fatto all'adempimento di condizioni di legittimazione *ex ante* garantite da riserva di legge. Esse, nel porsi a presidio di delicati bilanciamenti, limitano la stessa precettività penale in funzione della protezione primaria di ulteriori beni costituzionalmente garantiti, legittimando il sacrificio di questi ultimi attraverso la concretizzazione di un rinnovato meccanismo tipico di fattispecie di eccezione che, nell'autorizzare interventi anche nei diritti individuali, consentano alla giustificazione ed all'incriminazione di partecipare dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico<sup>103</sup>.

La giustificazione procedurale, dunque, più che per la affermazione di un diritto, si caratterizza per una struttura votata al riconoscimento anticipato dello stesso ovvero di una prognosi privilegiata statale in quanto ineccepibile, e questo secondo modalità procedurali che, seppure possono richiamare quelle fondanti la giustificazione sostanziale, se ne differenziano nettamente per la natura costitutiva del loro accertamento *ex ante*. Tutto ciò sulla base di specifiche condizioni

---

<sup>100</sup> Ci sia consentito rinviare sul punto a SESSA, *op.ult.cit.*, p. 247 ss.

<sup>101</sup> Cfr. per tutti la fine ricostruzione di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, p. 304 ss.

<sup>102</sup> Perché se non necessariamente subordinate al principio della riserva di legge, devono uniformarsi a criteri di determinatezza da riferire anche all'illecito penale complessivo, cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 191 ss.; CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, p. 71 ss. e 481 ss.

<sup>103</sup> Per una suggestiva rivisitazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione nello specchio del moderno costituzionalismo penale cfr. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 294 ss.; del resto, così come nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico si assiste a norme penali che limitano norme attributive di diritti – si pensi a quanto avviene con la incriminazione dell'incendio di cosa propria (art. 423 c.p.) -, allo stesso modo non si vede perché una norma giustificante non possa limitare la precettività penale di una regola di condotta, si tratta di argomentazioni che portano a ragionevoli conseguenze le stimolanti osservazioni di FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, p. 285

oggettive<sup>104</sup> e soggettive<sup>105</sup> che, proprie della liceità di una autonoma ed ‘inedita’<sup>106</sup> scriminante, non solo sono capaci di porre argini alla crescita esponenziale di quelle irragionevoli aporie sistematiche<sup>107</sup> legate ad un alto rischio etico ovvero, come soprattutto nel nostro caso, solidaristico di illiceità penale, ma anche di consentire che, a corredo di decisioni assunte da soggetti fiduciarmente qualificati nella limitazione di diritti individuali, l’ordinamento assicuri come conseguenza giuridica non sanzionatoria un indennizzo autonomo a ristoro di un atto dannoso lecito, e ciò proprio in ragione del riconoscimento di una ineccepibile prognosi privilegiata statale posta a tutela primaria di fondamentali valori solidaristici ai quali nessuno intende rinunciare<sup>108</sup>.

Breve: nel rispetto del modello discorsivo-relazionale orientato da situazioni necessitate ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza, diversamente dalle verifiche di necessità e proporzione *ex post* affidate all’accertamento in concreto di terzi (il giudice) – come nella giustificazione sostanziale – si è venuto, allora, enucleando, anche nel nostro sistema, uno spazio libero dall’illecito come spazio di diritto libero in cui condizioni tassativamente pre-determinate per legge possono rendere lecita la rigidità di una prognosi la cui correttezza va verificata nel rispetto di una procedura giustificante di condotte che, non impedibili, benché lesive di diritti individuali, vengono garantite da un ordinamento solo così razionalmente neutrale rispetto alla migliore tutela possibile in quel momento del valore solidaristico di volta in volta coinvolto e affidato alla insindacabile decisione del soggetto decidente qualificato<sup>109</sup>.

5. - La casistica fin qui sviluppata, nella sua necessaria ricostruzione dommatica, consente a questo punto di addivenire ad una necessaria conclusione intermedia. A fronte di una chiara ricognizione sistematica, infatti, nel nostro ordinamento, mentre vivono pubbliche funzioni

---

<sup>104</sup> Prognosi ineccepibile e privilegiata, anche rispetto ad un risultato successivo divergente, in virtù della massima e ragionevole diligenza *ex ante* in capo al soggetto fiduciarmente qualificato e legittimato ad assumere la decisione, cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 281

<sup>105</sup> Finalità di promuovere, nel caso di arresto in flagranza, l’esercizio dell’azione penale ovvero l’assicurare i ritenuti colpevoli alla giustizia, ma anche nel caso del dialogo competitivo, la finalità di assicurare la competitività tra partecipanti ad una procedura di appalto, cfr. SESSA, *op.ult.cit.*, p. 287 ss.

<sup>106</sup> Così NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *Guida al dir.*, n.3/2020, 67 ss

<sup>107</sup> Tendenti a modificare, nel biodiritto, l’equilibrio ‘laico’ tra necessità di controllo sociale di un fenomeno ed esercizio di diritti fondamentali individuali, anche ‘infelici’, come pure, nel nostro caso, il recupero di un diritto di necessità in uno stato di normalità, in cui solo così si assista ad eccezioni nel diritto, più che ad eccezioni del diritto cfr. BONINI-BUSATTA-MARCHI (a cura di), *L’eccezione nel diritto*, Trento 2015, passim

<sup>108</sup> E questo anche quando, ai confini del biodiritto penale, soggetti vulnerabili competenti assumono decisioni insindacabili per condotte lesive, ma che si riveleranno *ex ante* conformi al diritto solo se poste in essere in presenza di condizioni oggettive – si pensi al consapevole esercizio del diritto all’autodeterminazione terapeutica pubblicisticamente controllato – e soggettive – finalità di alleviare le sofferenze nell’attuazione della volontà terapeutica di un paziente competente -, tanto da rivelarsi solo così vincolanti anche per il medico pure competente cfr. il nostro *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 253 ss.; da ultimo, per gli opportuni riferimenti in giurisprudenza cfr. CUPELLI, *op.ult.cit.*, ivi

<sup>109</sup> Cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.

che, anche quando strumentalmente esercitate, sono poste al riparo da una possibile inflazione investigativa perché legittimate *ex ante* in ragione di una giustificazione procedurale da prognosi privilegiata statale, pure devono rilevarsi altre in cui, si pensi nel 60% dei casi di ‘ricorrente’ attribuzione dell’abuso d’ufficio ex art. 323 c.p., l’indagato è destinato a sopportare incondizionatamente la probabilità di subire, con tutte le sue conseguenze, il procedimento penale come unica sostanziale sanzione<sup>110</sup>.

Ma di un tale incontestabile dato, intanto, il legislatore, anche nelle più recenti proposte di riforma, sembra ancora non voler prendere atto. Infatti, una volta scartata chiaramente la strada dell’abrogazione dell’art. 323 c.p.<sup>111</sup>, e pur sposando quella di una ennesima modifica della fattispecie penale dell’abuso d’ufficio<sup>112</sup>, sono proprio le esigenze di politica criminale, come pure già sopra evidenziate che, a ben vedere, vengono ancora una volta palesemente tradite nelle prospettive *de lege ferenda*. In verità, piuttosto che ispirarsi ad opzioni di controllo integrato determinato dalla sussidiarietà dei controlli amministrativi sulla legittimità dell’azione amministrativa e la correttezza degli agenti pubblici, il recente d.l. n.76 del 2020, accanto ad una evidente riparametrazione meno ambigua della responsabilità erariale<sup>113</sup>, ha proceduto anche ad una ‘peculiare’ ricognizione di confini penalistici dell’abuso d’ufficio che, nella sua evoluzione normativa del ‘quarto tipo’<sup>114</sup>, sembra indicare nel tentativo, neppure malcelato, di contrabbandare, attraverso una apparente abrogazione parziale<sup>115</sup>, una depenalizzazione di fatto come sostanziale

---

<sup>110</sup> Per quanto pure rilevato, anche in un’opportuna proiezione comparatistica, da COPPOLA, *Abuso d’ufficio*, cit., 1 ss..

<sup>111</sup> Come proposta che, a fronte di una coincidenza prasseologica tra illegittimità e abuso in nome di un giustizialismo penale, solo un legislatore dotato di autorevolezza morale potrebbe avere la forza di ricondurre a razionalità abrogando una norma paralizzante e confidando nella effettività dei controlli amministrativi, così da ultimo PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l’abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, cit., p. 13 ss. e p. 21; BRANCACCIO, *Così la “paura della firma” paralizza lo sviluppo possibile del Paese*, cit., 1

<sup>112</sup> Secondo perimetri che contribuiscano alla definizione di parametri più netti della rilevanza penale dell’abuso d’ufficio, per una decisiva rimozione degli ostacoli determinati dalla burocrazia difensiva e per una conseguente accelerazione dei processi necessari per la ripresa dell’economia, cfr. SEVERINO, *La burocrazia difensiva*, cit., 1

<sup>113</sup> Che dovrebbe scattare solo a seguito di una condotta del soggetto pubblico onde evitare le erosioni interpretative cui è stata sottoposta la colpa grave, tanto da svilarla sotto i colpi di canoni interpretativi elevati a regola. Per questo, generalizzando quanto già sperimentato nella crisi seguita al covid-19 con l’art. 122 comma 8 d.l. 18/2020, il d.l. n.76 del 2020 ha introdotto uno ‘scudo erariale’, anche se a termine, per i fatti commessi dall’entrata in vigore del decreto e fino al 31 luglio 2021, limitando la responsabilità erariale alla produzione dolosa del danno, con conseguente eliminazione per il prossimo anno della responsabilità erariale per colpa grave, salva tuttavia l’ipotesi di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente, rispetto ai quali si prevede che *non* si applichi la predetta limitazione di responsabilità. “Basta paura: è infatti più rischioso non agire che agire”, cfr. per maggiori approfondimenti CLARICH-MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi*, cit., 1; GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit. par. 2

<sup>114</sup> Dal codice Rocco, passando attraverso la legge n. 86 del 1990 e la legge n. 234 del 1997.

<sup>115</sup> Per una sintesi strutturale della riformulazione della norma da cui trarre il fondamento dell’assunto cfr. per tutti GATTA, *op.ult.cit.*, par. 3 ss.; NATALINI, *Abuso d’ufficio: è abolitio criminis parziale*, cit., 1

abrogazione dell'art. 323 c.p.<sup>116</sup>, quale rimedio principale e più adeguato a porre fine a quel fenomeno della paura della firma che tanto nuoce, specialmente in un momento di rilancio, ai destini sociali ed economici anche del nostro Paese<sup>117</sup>.

Tuttavia, se la riforma del reato che qui ci occupa, nel calibrare meglio la *notitia criminis* non mancherà sicuramente di contribuire a drenare le energie male utilizzate verso il controllo di altri fenomeni delinquenziali più gravi, è proprio sul piano della razionalità sistematica che una tale opzione normativa, a ben vedere, non riesce a restituire la fiducia necessaria a rassicurare il pubblico ufficiale sulle decisioni strettamente amministrative da adottare<sup>118</sup>, e ciò diversamente proprio da quanto pure avviene, come si è avuto modo di evidenziare, in altri settori dell'ordinamento. Un tale fenomeno, infatti, sembra trovare la sua *ratio* nel fatto che il diritto penale della pubblica amministrazione, anche alla luce della più recente riforma, mira ancora a rispondere ad una legittimazione del Principe, più che alla individuazione della sua reale funzione. Quest'ultima, in verità, sembra nuovamente votata a fallire nel suo decisivo contributo ad un rinnovato agire amministrativo capace, da un lato, di rivoluzionare il complesso dei meccanismi di controllo che lo circondano e, dall'altro, di valorizzare definiti paradigmi della responsabilità degli agenti pubblici in modo da lasciare il posto a forme di controllo e valutazioni pubblicistico-solidaristiche in grado di incentivare l'intelligenza e la libertà di un'Amministrazione che torni ad essere un legittimo conduttore democratico di decisionalità capace ed autonoma<sup>119</sup>.

Pertanto, è proprio una tale ultima opzione di metodo che nella riforma dell'abuso d'ufficio del 2020, pur riproponendo prepotentemente la rivisitazione della tradizionale *summa divisio* del rapporto tra discrezionalità amministrativa<sup>120</sup> e merito amministrativo<sup>121</sup>, trova le ragioni per essere

---

<sup>116</sup> Cfr. GAMBARDELLA, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 29 luglio 2020, 159 e 161

<sup>117</sup> Come pure rilevato da GATTA, *op.ult.cit.*, 1.

<sup>118</sup> Decisamente CASTALDO, *Abuso d'ufficio*, cit., 1; per una concezione personalistico-costituzionale di pubblica amministrazione in cui la sintesi tra *concezione ampia di pubblica amministrazione* e *concezione ampia della sola funzione amministrativa* sono destinate a stemperarsi in un modello complessivo di amministrazione emergente dalla Carta fondamentale e che, valorizzando l'art. 54 comma 2 cost., mira ad evidenziare la sussistenza di un rapporto fiduciario qualificato tra lo Stato amministrazione e gli stessi agenti pubblici. Tutto questo, chiaramente, per una dimensione non esclusiva di relazione fiduciaria da focalizzare non su di una qualifica soggettiva, ma sulla attività oggettivo-funzionale che, obbedendo ad una disciplina pubblicistica, ispiri l'attività svolta in concreto da agenti pubblici per la tutela promozionale di quei valori emergenti dalla stessa concretizzazione dei diritti dell'individuo come singolo e nelle formazioni in cui svolge la sua personalità ( artt. 2 e 3 Cost.), ai quali la Repubblica contrattualmente si obbliga, e che costituiscono allo stesso tempo le basi per un mutamento di prospettiva anche per il penalista in nome di una definitiva 'laicizzazione' della ricostruzione del diritto penale della pubblica amministrazione, più ampiamente cfr. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., passim e spec. p. 100 ss.

<sup>119</sup> Lucidamente LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva*, cit., 10 ss.

<sup>120</sup> Come limite al sindacato del giudice penale, ovvero la soglia che delimita il potere di scelta dell'Amministrazione. E tutto questo se non si vuole favorire una deriva rischiosa, che può mettere in discussione la ricostruzione teorica che la dottrina amministrativista ha dato della discrezionalità amministrativa, come attività che non può dirsi coincidente con l'interpretazione della norma giuridica, dovendosi ritenere come qualcosa di diverso sia dall'opera di sussunzione della fattispecie concreta sotto la fattispecie astratta, sia dall'attività intellettuale di



smentita. Esse sono radicate nella possibilità di rinvenire i presupposti normativi attraverso cui forme di discrezionalità tecnica<sup>122</sup>, ma anche mista<sup>123</sup> continueranno, a differenza di quella pura, a non sfuggire, anche nell'abuso del 'quarto tipo', al recupero 'espansivo' del controllo del giudice penale sull'azione amministrativa.

Infatti, e sul piano strettamente dommatico, il tentativo di restringere l'ambito di operatività del nuovo art. 323 c.p. alla sola attività amministrativa vincolata come oggetto di sindacato del giudice penale<sup>124</sup> finisce inesorabilmente per portare il legislatore ad assolutizzare l'agire pubblico in una funzione pubblica in cui manchi la sua caratteristica essenziale, vale a dire l'esercizio di un potere pubblico<sup>125</sup>. Di qui, allora, una paradossale ed inevitabile conseguenza sul piano politico-

---

completamento di norme incomplete e imprecise, proprie invece dell'ermeneutica giudiziale. Diversamente la Pubblica Amministrazione si trasformerebbe da interprete della complessità sociale a interprete della vaghezza normativa e, si aggiunga, degli orientamenti che la giurisprudenza assume, cfr. LAVATELLI, *op.ult.cit.*, 8 ss.; VILLATA- RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 61 ss.

<sup>121</sup> Come limite positivo per ogni valutazione del giudice e limite negativo nel definire il livello di autoresponsabilizzazione dell'ordinamento, tanto da individuare l'area entro cui l'operato dei suoi agenti può essere sindacato da un controllore terzo e imparziale, così LAVATELLI, *op.ult.cit.*, *ivi*. Infatti, se il controllo formale di legittimità sfuma, venendo in rilievo un tipo di accertamento che mira alla ricostruzione di una verità processuale che si ricollega al fatto storico, prima ancora che alla dimensione in diritto, l'interesse privato vede diminuita la propria statura di posizione meritevole di tutela nel bilanciamento della scelta amministrativa, rilevando semmai come spia della collusione, come movente del comportamento criminale, quando il discorso scivola verso un'altra questione (*op.ult.cit.*, *ivi*).

<sup>122</sup> Sin qui GATTA, *op.ult.cit.*, par. 4 e par. 4.3 dove a fronte di una condivisibile esclusione del sindacato del giudice penale sulla "discrezionalità politica", nonché su quella "amministrativa pura", non altrettanto può accogliersi per quella discrezionalità "amministrativa tecnica" che, ancorata a criteri e parametri di esercizio, spesso individuati da regole specifiche ed espresse, contenute in leggi, possono essere fonte di abuso (*op.ult.cit.*, *ivi*); NATALINI, *op.ult.cit.*, 1; a ben vedere, giunge ad una tale conclusione anche GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 143 ss.

<sup>123</sup> Se con la discrezionalità tecnica la pubblica amministrazione esercita solo un accertamento di fatto, senza potere decisionale, vi sono casi in cui la p.a., dopo aver espresso il giudizio nell'esercizio della discrezionalità c.d. "tecnica", può avere potere decisionale nell'adottare un provvedimento scegliendo la misura più opportuna al fine di perseguire l'interesse pubblico. Sono proprio questi i casi in cui si parla di discrezionalità c.d. "mista", che è così definita perché è una forma di discrezionalità che deriva dalla sintesi della discrezionalità amministrativa c.d. "pura" e della discrezionalità c.d. "tecnica. Infatti, "se all'accertamento del carattere epidemico di una malattia la legge riconduce la necessità di adottare una sola misura (in ipotesi: l'isolamento della zona) avremo discrezionalità tecnica cui seguirà attività vincolata; ove invece l'Amministrazione sia legittimata a scegliere tra rimedi differenti ed alternativi (ad es. l'isolamento o la vaccinazione generalizzata) ricorrerà l'evenienza di una scelta discrezionale successiva alla valutazione tecnica", nell'esercizio proprio di una discrezionalità mista, cfr. PERSICHETTI, *La pubblica amministrazione e le sue funzioni: discrezionalità e sindacato giurisdizionale*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it) del 9 maggio 2019, 13; VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1403; CUSUMANO, *L'attività discrezionale della p.a.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it) del 11 maggio 2018, 1 ss.; nella manualistica CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 2001, p. 1081 ss. e spec. 1095 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2018, p. 390 ss.; in giurisprudenza, e per la rilevanza penale della realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è stato conferito, con un vizio della funzione legale attraverso uno sviamento di potere, sintomatico di un eccesso di potere in cui la potestà pubblica si pone fuori dallo schema normativo per cui è stata attribuita cfr. per tutte Cass. pen. SS. UU., n. 155 del 10.1.2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), par. 18

<sup>124</sup>Con ingiusto vantaggio patrimoniale e danno ingiusto ad altri, rimandando il sindacato sulla discrezionalità amministrativa al giudice amministrativo, come soluzione per rimuovere ostacoli determinati dalla burocrazia difensiva e promuovere l'accelerazione di processi necessari per la ripresa dell'economia, cfr. SEVERINO, *op.ult.cit.*, 1

<sup>125</sup> Lì dove vi è attività vincolata, quando il provvedimento è vincolato, predeterminato dalla legge in tutti i suoi aspetti, non può esistere un pubblico potere. E, dunque, nell'intenzione del legislatore il campo applicativo dell'abuso d'ufficio dovrebbe essere quello, del tutto residuale e di scarso disvalore in un settore dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione, in cui è assente il momento pubblicistico e manca perciò l'esercizio del potere pubblico, così GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161; nella manualistica LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2020, p. 697

criminale; quella per cui, con riferimento all'inciso di recentissima introduzione - nei casi in cui in violazione di regole di condotta specifiche ed espressamente previste da fonti primarie e dalle quali non residuino margini di discrezionalità (art. 23 del d.l. n.76 del 2020) –, si finirebbe per prendere atto della decisa esclusione dall'ambito di operatività della norma dei casi più gravi di abuso d'ufficio. Ed ecco perché è facile prevedere come il nuovo art. 323 c.p. sicuramente si riproporrà come terreno di scontro storicamente sviluppatosi sul piano applicativo tra una sua costante riduttiva opzione normativa ed un 'diritto vivente' teso alla riespansione del tipo penale<sup>126</sup>. Il 'diritto giurisprudenziale penale', infatti, nel prendere atto, anche nella riforma del 2020, di una manifesta funzione<sup>127</sup> di riduzione simbolica dell'"ipervalutazione della possibilità del controllo del diritto penale" sulla pubblica amministrazione, più in linea con il *revirement* populista nella c.d. spazzacorrotti rispetto alla legge c.d. Severino<sup>128</sup>, non tarderà, allora, facendo leva sul recupero delle ragioni di esistenza di una norma penale, a riaffidare al piano extrapenale i nodi cruciali di una (in)determinatezza 'dall'esterno' della fattispecie incriminatrice<sup>129</sup>. E ciò in nome di una manipolazione ermeneutica che, con l'esaltazione di un'etica pubblica "dell'autore"<sup>130</sup>, non potrà che avere come effetto il rallentamento di quel processo di snellimento burocratico, semplificazione e trasparenza propri di un modello democratico di partecipazione alla azione amministrativa pubblica che, secondo una diagnosi largamente condivisa, dovrebbe, invece, orientare quelle aree più critiche ove la corruzione e i fatti più gravi di abuso proliferano nella pubblica amministrazione<sup>131</sup>.

Se tutto quanto appena osservato è vero, allora, anche a seguito della più recente riforma, non vi è chi non veda come un amministratore incaricato di compiere scelte obiettivamente difficili

---

<sup>126</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *op.ult.cit.*, 162; FIANDACA, *Corruzione e mozzorecchi*, in *Il foglio* del 9 giugno 2020, 1; una conferma della riespansione storica del tipo penale nell'assolvimento della funzione di negazione della stessa frammentarietà della tutela nel ricorso alla sanzione più grave per condotte di abuso d'ufficio è criticamente rinvenibile, da ultimo, anche nella puntuale ricostruzione di 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 CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, cit., 94 ss.

<sup>127</sup> Sul rapporto tra funzioni manifeste e funzioni latenti di un diritto penale simbolicamente efficientista cfr. per tutti la suggestiva analisi di BARATTA, *Prefazione a MOCCIA, La perenne emergenza*, cit., p. XIII ss.

<sup>128</sup> Sul rapporto tra populismo penale e legislazione compulsiva, registrando l'avvenuta conversione del populismo politico in populismo penale, per ulteriori approfondimenti sull'assunto cfr. SOTIS, PULITANÒ, BONINI, GUERINI, INSOLERA, SESSA, MANNA, RISICATO, MAZZACUVA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.dirittopenalecontemporano.it](http://www.dirittopenalecontemporano.it) del 21 dicembre 2016, passim; ANASTASIA, ANSELMINI, FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 27 ss.; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, XI-XIII; per la valorizzazione, da ultimo, del rapporto tra sapere penale e potere nella razionalizzazione del diritto penale fuori da normazioni compulsive cfr. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), fasc.1, 2019, 1 ss

<sup>129</sup> Il riferimento è allo studio critico di SALCUNI, *La disciplina altrove. L'abuso d'ufficio fra regole e normazione flessibile*, Napoli 2019, passim

<sup>130</sup> Cfr. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena 2014, passim

<sup>131</sup> Così LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva*, cit., 7

continuerà, come per il passato, a preoccuparsi più di incorrere in errori esposti ad una probabile indagine penale che non della possibilità di procurare vantaggi diffusi, ma impercettibili agli occhi di inquirenti e giudicanti, dal momento che la persistente precarizzazione del complesso della normativa attuale cui fare riferimento non sembra ridurre la percentuale del rischio di vedersi attribuito il fatto di abuso d'ufficio. Pertanto, anche le stesse ragioni del rifugio nella burocrazia difensiva continueranno ad essere motivo di mortificazione dello spazio di iniziativa amministrativa del pubblico agente, tanto da indurlo a cercare rassicurazioni altrove<sup>132</sup>, pagando il prezzo che, sotto gli occhi di tutti, va a discapito della qualità del risultato complessivo, e della spendita di quella razionalità che dovrebbe invece legittimare la funzione di una Pubblica Amministrazione tanto da consentirne il progresso nell'ottica di un *learning by doing*<sup>133</sup>

Ma tutto questo, in verità, sembra ancora lontano, non ostante lo sforzo riformista, da quel diritto penale della pubblica amministrazione capace di porsi a fondamento razionale di un controllo che, indirizzato unicamente a garantire il rispetto di un ristrettissimo ambito della legalità, e senza coincidere con la legalità amministrativa, sappia fare in modo che la questione centrale diventi stabilire quale sia il punto di intersezione sussidiaria del controllo integrato, ossia da che punto l'illegittimità amministrativa assuma rilevanza penale e, soprattutto, quale sia l'ambito delle scelte riservate alla Pubblica Amministrazione che, come tali, non possano essere messe in discussione in sede penale.

Ed ecco perché, proprio da questo ultimo punto di vista, l'art. 323 c.p., anche per come riformulato di recente, sembra rispondere, ancora una volta, più a criteri di necessità emergenziale che non di razionalità politico-criminale. Infatti, ritoccando il nucleo della fattispecie penale dell'abuso d'ufficio del 'terzo tipo', quello del 1997, con tre interventi strutturalmente sostitutivi<sup>134</sup> e asimmetrici<sup>135</sup>, il legislatore del 2020, nel tralasciare ogni riferimento al contributo delle linee guida come limite alla punibilità del fatto<sup>136</sup>, ha finito per produrre, sul piano politico-criminale, un

---

<sup>132</sup> Nel formalismo, nella ripetizione delle prassi, nell'ancoraggio ai precedenti giurisprudenziali che, per quanto possano compromettere l'efficienza e l'efficacia dell'intervento, diluiscono la responsabilità nell'apparato o addirittura al suo esterno, sfuggendo così alla personalità della responsabilità penale, ancora LAVATELLI, *op.ult.cit.*, 8

<sup>133</sup> Cfr. LAVATELLI, *op.ult.cit.*, ivi

<sup>134</sup> Per una compiuta schematizzazione dei tre punti appena evocati cfr. per tutti GATTA, *op.ult.cit.*, par. 4

<sup>135</sup> Perché concentrati su di una selettività penale affidata al disvalore della condotta a prescindere da ogni collegamento con il disvalore di evento in una visione complessiva dell'illecito, così lucidamente NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., par. 1

<sup>136</sup> Infatti, una volta chiarita la natura delle linee guida, come nel caso di quelle emanate dall'ANAC che, se non adottate da decreti ministeriali, ed anche qualora vincolanti, non possono essere assunte quale *regolamento* in grado di integrare l'elemento normativo dell'art. 323 c.p., risulta più facile comprendere come la stessa proposta di riforma operata dalla Commissione coordinata dal prof. Castaldo, consenta di considerare le linee guida, per come appena specificato, in funzione di limite alla punibilità in relazione alla prova dell'elemento soggettivo ovvero quale fonte di un errore scusabile del reato di abuso d'ufficio, ma in ogni caso come limite alla operatività della fattispecie sul terreno di accertamento prevalentemente endoprocessuale, ma non certo tale da ridurre il rischio di attribuzione del fatto ex art. 335 c.p.p. Critiche ad una tale proposta non sono mancate, infatti, sia sul piano dommatico, legate ad una inidoneità di fonti non penali ad escludere la tipicità di condotte dolose, che su quello di una presunta ineffettività della stessa, legata

deciso arretramento dell'ambito di operatività della norma penale quale evidente effetto legato: a) ora all'esclusione della rilevanza penale della violazione di norme contenute in regolamenti; b) ora alla limitazione delle condotte di abuso per la sola inosservanza di regole di condotta specifiche ed espressamente previste da quelle citate in fonti primarie; c) ora alla precisazione che rilevano solo regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità (*n.d.r. se non riferita a quelli liberi dal sindacato del giudice penale*)<sup>137</sup>.

In una visione sistematica, allora, non vi è chi non veda come in un tale tessuto normativo l'integrazione dell'art. 323 c.p. sopporti una serie di conseguenze applicative che, rispetto al passato, rispondono al tentativo di restringerne l'ambito di operatività. Esse, seppur apprezzabili perché accomunate dall'esigenza di non esporre la discrezionalità amministrativa al sindacato del giudice penale per ipotesi di eccesso di potere, sembrano, tuttavia, agitarsi, per quanto pure sopra anticipato, come opzioni legislative fortemente provocatorie nei confronti del 'diritto giurisprudenziale penale'<sup>138</sup>. Quest'ultimo, infatti, sarà ostinatamente e prevedibilmente impegnato, così come già in passato, a ridare succo e sangue ad una norma che, dal momento che è stata conservata, non può essere svilita nella sua essenza: quella di rilevare un conflitto di interessi tra la strumentalizzazione della funzione e l'interesse pubblico da perseguire, e ciò proprio perché il sindacato sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa<sup>139</sup> rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come quella sull'abuso d'ufficio<sup>140</sup>.

---

alla genericità delle stesse linee guida che sicuramente porterebbero, ancora una volta, ad un aumento dei procedimenti penali per la loro violazione, ciò che invece, sul piano politico criminale, si mira proprio a ridurre per garantire una fuga dalla paura della firma, per una sintesi del dibattito cfr. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *PenaleDP*, 13.5.2020, *passim* e spec. 297 ss.; NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile e legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in CASTALDO ( a cura di), *Migliorare le performance*, cit., p. 34 e p. 41; PERONGINI, *Le ragioni*, cit., 21; DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancor più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in CASTALDO ( a cura di) *Migliorare le performance*, cit., 101; SALCUNI, *La disciplina altrove*, cit., p. 208 ss.

<sup>137</sup> Su quest'ultimo punto cfr. GAMBARDELLA, *op.ult.cit.*, 143 dove l'A. critica il sintagma nella sua ambiguità sul piano semantico, perché formulato in negativo, e questo probabilmente in quanto esso rinviene, anche se in modo parziale, la sua matrice dall'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. in tema di azione avverso il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione, laddove il legislatore amministrativo, accostando attività vincolata e attività priva di margini di discrezionalità, annulla così ogni incertezza ermeneutica, per cui il giudice può tradizionalmente conoscere della fondatezza dell'istanza in tema di silenzio adempimento soltanto con riferimento agli atti vincolati e dovuti. Si esclude, così, la possibilità per lo stesso giudicante di valutare la fondatezza dell'istanza in presenza di una attività discrezionale "pura". Altrimenti, il giudice si sostituirebbe all'attività riservata alla sfera della pubblica amministrazione (*op.ult.cit.*, *ivi*)

<sup>138</sup> Per una serrata critica alla determinatezza 'del giudice', e sui rapporti tra diritto vivente, supplenza giudiziaria eticizzante, prevedibilità del diritto e prevedibilità delle norme nel limite della riconoscibilità del precetto cfr. da ultimo DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., *passim* e spec. p. 22 ss.; ID., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 4/2018, 1 ss.; nella manualistica FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 88

<sup>139</sup> Con riferimento alla relazione tra legalità formale e sostanziale che, senza guardare alla sola forma, ma anche al contenuto dell'atto predeterminato dalla legge, fonda un controllo del giudice penale ben oltre il vizio amministrativo della violazione di legge, ampliandosi fino a ricomprendere il filtro dell'eccesso di potere come verifica della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa ampliata altresì alle cosiddette

Pertanto, allora, in una logica gattopardesca in cui tutto cambia, perché in concreto nulla cambi<sup>141</sup>, stando anche alle statistiche come sopra attualizzate, la paura della firma come paura della attribuzione di un reato continuerà, in una opzione (il)logica di sistema, ad albergare nel circuito vizioso tra riespansione prasseologica della penalità, burocrazia difensiva e corrottele diffuse nella pubblica amministrazione. Queste ultime, infatti, sono destinate a trovare ancora il loro fondamento proprio nella perdurante ampia possibilità di contestazione/imputazione del fatto come esercizio del potere di resistenza della prassi al subdolo obiettivo di promuovere una *abolitio criminis* mascherata<sup>142</sup> da parte del legislatore ovvero, ancora peggio, in una depenalizzazione in concreto affidata alle torsioni ermeneuticamente strumentali della legalità in nome di una giustizia che, nel caso concreto e per necessità probatorie, si imponga illiberalmente al diritto<sup>143</sup>.

Dunque, sarà proprio al fine di non escludere dal campo applicativo del nuovo art. 323 c.p. i casi più gravi di abuso d'ufficio che la giurisprudenza, opponendosi ad un atteggiamento normativo equivocamente riduzionista da parte del legislatore<sup>144</sup>, contribuirà, sul piano politico criminale, alla produzione di evidenti esiti irrazionali. Infatti, se l'esclusione nella ristrutturazione delle condotte penalmente rilevanti ex art. 323 c.p. di ogni riferimento normativo a quelle che violano regolamenti farà apparire come eccessivo l'obiettivo di una *abolitio criminis* parziale tutte le volte in cui, in presenza di una ampiezza smisurata di un tale elemento normativo, sarà facile assistere a rinnovate possibilità di riassorbimento, anche nell'abuso del 'quarto tipo', di una corrispondente casistica precedente<sup>145</sup>; se con il richiamo alla specifica violazione di legge<sup>146</sup>, nel tentativo di accentuarne una dimensione formale, il giudice non mancherà di trovare le argomentazioni necessarie a che essa

---

figure sintomatiche di uno sviamento di potere (fallacie nelle operazioni logiche, quale la contraddittorietà dei provvedimenti, manifesta illogicità, ecc.), come concetto inteso qui nel senso di cattivo uso del potere discrezionale: l'autorità amministrativa non ha cioè esercitato "bene" il suo potere discrezionale. Così inteso, l'accertamento dell'eccesso di potere – con il limite segnato dal genuino "merito amministrativo" – rappresenta indubbiamente lo strumento più adeguato, di cui il giudice penale possa essere dotato, per valutare il rispetto da parte del pubblico amministratore del principio di legalità sostanziale di un'attività amministrativa fuori da un "merito illecito", sul punto cfr. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 160 s.; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo 323 c.p.*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it) del 10 agosto 2020, par. 3

<sup>140</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2860 ss.

<sup>141</sup> Così condivisibilmente GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161 s.; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., par. 5

<sup>142</sup> Per quanto pure rilevato da NADDEO, *op.ult.cit.*, ivi

<sup>143</sup> Su tali pericoli resta viva la lezione di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano 2001, passim

<sup>144</sup> Per una dilatazione della fattispecie penale in contrasto con il dato normativo proposto dal legislatore ed in nome di una supplenza sostitutiva, finalizzata soprattutto ad impedire il conseguente irrazionale effetto esaltante della marginalizzazione di quell'infedeltà qualificata, che pure si vuole combattere, e come pure acutamente rilevato da PERONGINI, *Le ragioni*, cit., p. 14; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., par. 4

<sup>145</sup> Come pure acutamente osservato da ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio*, cit., 312

<sup>146</sup> Sul punto non manca chi auspica un rafforzamento della formalità della legge con la previsione di aggettivi da riferire a violazioni come "anche gravi e manifeste", in modo da colpire le più insidiose manifestazioni abusive di illegittimità, e favorendo una ulteriore selettività del tipo penale tale da renderlo più facilmente verificabile nella prassi anche con il conforto della giurisprudenza europea, cfr. CLARICH - MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi della burocrazia*, cit., 1

pure sarà destinata a perdersi in una prassi pronta a far rivivere una serie di elementi che sostanzialmente, ed in luogo del richiamo a principi, sapranno recuperare l'offesa al bene-interesse contenuto nell'art. 97 Cost. (il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione)<sup>147</sup>, che solo una selettività concettuale orientata alla teoria del reato può razionalmente arginare<sup>148</sup>; se, come pure già si è avuto modo di rilevare, attraverso una chiara distinzione tra attività vincolata e discrezionalità amministrativa non pura, ma vincolata e mista, lo stesso giudice penale saprà recuperare un sindacato sulla verifica di un conflitto di interessi essenziale alla rilevanza penale di condotte abusive nell'esercizio di poteri sviati dalla loro funzione<sup>149</sup>, allora è, altrettanto facile osservare come proprio l'obiettivo di limitare l'inflazione investigativa da attribuzione ex art. 335 c.p.p. del reato di cui al nuovo 323 c.p. resterà irrealizzato, sancendo così il chiaro fallimento di quelle esigenze di politica criminale che il legislatore pure avrebbe assunto come presupposto dalla attuale revisione normativa in itinere.

Breve: l'art. 323 c.p., in luogo di una ineffettiva opzione abrogatrice, va investito sicuramente di una modifica radicale. E ciò può avvenire solo in nome di una coraggiosa 'riforma delle riforme' che ponga decisamente la dommatica al servizio della razionalità di una politica criminale assiologicamente orientata a valori normativo-superiori. Infatti, così come per l'ordinanza di custodia cautelare ovvero per il dialogo competitivo, il legislatore deve riproporre, anche per l'abuso d'ufficio, una struttura normativa filtrata da condizioni tassativamente pre-determinate per legge che, sulla base di controlli pubblicistici *ex ante*, saranno in grado di cristallizzare l'agire amministrativo pubblico nell'ambito di un diritto penale della pubblica amministrazione finalmente pronto a garantire, per quanto avviene in altre costellazioni ordinamentali, libere scelte d'azione. Esse, giustificate proceduralmente da una prognosi privilegiata statale, tutelata da uno spazio libero

---

<sup>147</sup> Quale grimaldello per mantenere la giurisprudenza in linea con l'orientamento previgente, con riguardo ai casi di c.d. sviamento di potere, e questo perché nel concetto di legge sono ricomprese "a fortiori", in base all'argomento a minori ad majus, le norme costituzionali; e dunque anche l'art. 97 Cost. è stato più volte interpretato nella giurisprudenza di legittimità nel senso di contenere una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, al punto che potrebbe essere reputato rispondente alla necessità che si tratti di una regola di condotta senza margini di discrezionalità; tale risultato si ottiene anche con la valorizzazione dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 (legge generale sul procedimento amministrativo). In particolare, l'art. 1 della l. n. 241 cit. ha fatto divenire i principi di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza parametri legislativamente posti per il giudizio di validità dei provvedimenti amministrativi, ampliando con evidenza l'area dell'illegittimità. Le violazioni dei precetti normativamente sanciti dall'art. 1 della l. n. 241 rientrano oramai nel vizio di violazione di legge. Sono violazioni di regole di condotta espressamente previste dalla legge, così da ultimo GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 162

<sup>148</sup> Per una definizione contenutistica orientata a cogliere la evidente differenza strutturale tra una selettività penale concettuale orientata all'autore ed una selettività penale fattuale orientata razionalmente dalla teoria del reato cfr. ancora le pagine stimolanti di ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. a cura di G. Seminara, Napoli, 1994, passim

<sup>149</sup> Il recupero prasseologico del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità tecnica e mista, oltre ad essere espressione della diretta verifica di un conflitto di interessi ontologicamente ed assiologicamente legato ad una illegalità amministrativa tipica delle condotte di abuso d'ufficio, consente di non escludere da essa proprio quegli abusi più insidiosi che si annidano spesso nelle maglie della discrezionalità, e che nascondono, proprio per quanto sopra, l'uso strumentale di poteri e funzioni per interessi privati, così NATALINI, *op.ult.cit.*, p. 1; GATTA, *op.ult.cit.*, par. 4.3

dall'illecito, contribuiranno alla affermazione primaria di valori solidaristici, e ciò anche a fronte di condotte lesive di diritti individuali, ma senza sminuire la garanzia dell'effettività del controllo penale a vantaggio anche della funzionalità socio-economica del sistema. Si tratta, a ben vedere, ed in un'ottica di rigorosa sussidiarietà dell'autocontrollo penale, di affidare ai risultati interdisciplinari concorrenti e riservati alla razionalità di un'autonormazione pubblicistica<sup>150</sup>, il compito di fornire il decisivo contributo alla individuazione di quelle condizioni procedurali da porre a fondamento costitutivo del riconoscimento anticipato di legittime prognosi privilegiate statali che, pubblicisticamente verificate, si rivelino in grado di assicurare anche la razionalizzazione di un'azione amministrativa solo così libera da ogni paura burocratica perché, muovendosi in uno spazio di diritto libero, non solo contribuirà serialmente<sup>151</sup> alla tutela primaria di valori solidaristici, ma saprà porsi, all'interno di un controllo integrato, anche al servizio dell'efficienza e del progresso socio-economico del Paese.

A questo punto, e solo a questo punto, il penalista, di fronte alla unitarietà dell'ordinamento, si ferma. E questo perché, evidentemente, sopraggiunge la consapevolezza a che i parametri per un ordinato vivere civile non riposano più in una incriminazione, ma sono affidati a valutazioni di non anti-giuridicità *ex ante* le cui condizioni costitutive da porre in via pre-determinata a fondamento di un'azione amministrativa pubblica funzionalisticamente e solidaristicamente legittima non possono che provenire da una rigorosa applicazione della regola della sussidiarietà dell'illecito<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Quest'ultima, nel sistema 'vivente' delle fonti in cui il formante positivo, nell'ambito di una legalità complessa, ed accanto ad uno scudo penale nella valorizzazione di forme di autonormazione a base privatistica fornite da linee guida o dalle best practices per la limitazione della colpa professionale medica, è destinata a contribuire alla costruzione di uno spazio libero dall'illecito per soggetti fiduciarmente qualificati, cfr. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti?*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, p. 117 ss.; TAVERRITI, *L'autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche C. Beccaria. Curriculum diritto penale e processuale penale, XXXI Ciclo, 2017/2018, passim e spec. p. 300 ss.

<sup>151</sup> Sul processo seriale di razionale selezione tra beni e rationes di tutela cfr. per tutti le illuminanti pagine di FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, p. 770 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 343 ss.

<sup>152</sup> Per una presa d'atto definitiva del fallimento dei tentativi di eliminazione apparente e distorsiva della discrezionalità dai procedimenti, come pure non meno inefficaci si sono rivelati quelli volti ad eliminare la discrezionalità dalla fattispecie penale di abuso d'ufficio, condivisibilmente DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p., cit.*, p. 102