Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze giuridiche

Ciclo XXXIV

Settore Concorsuale: 12/G1 – Diritto penale

Settore Scientifico Disciplinare: Diritto penale IUS/17

TIPICITÀ E OFFENSIVITÀ NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Presentata da:

dott. Nicola Maria Maiello

matr. n. 107771

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Supervisore

Chiar.mo Prof. Vittorio Manes

Esame finale anno 2022

INDICE

INTRODUZIONE **8**

CAPITOLO I

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL CODICE ROCCO

1. Il rapporto autorità-individuo nell'impostazione stato-centrica del codice del 1930: i riflessi sulla morfologia del titolo dei delitti contro la P.A. **14**
2. L'originario modello statico di amministrazione e il "legalismo imperante" come *instrumentum regni*. **23**

2.1. L'amministrazione "controllabile" nell'"idolatria" dello Stato autoritario. **30**

2.2. L'ulteriore sintomo della concezione stato-centrica: l'estensione delle fattispecie criminose a tutela della P.A. ai parlamentari. **39**

3. I riflessi di questo contesto politico-istituzionale sulla categoria della tipicità. L'utilizzo della logica dell'equivalenza delle condizioni nel peculato e nella concussione. **42**

3.1. *Segue.* Il ricorso alle clausole di *abuso*. **48**

4. Verso un mutamento del rapporto autorità-individuo: la reintroduzione *per saltum* dell'esimente di cui all'art. 393-*bis* c.p.: dal codice Zanardelli alla sua previsione ad opera della l. 288/1944. **51**

CAPITOLO II

L'AVVENTO DELLA COSTITUZIONE. UN MODELLO DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE FINALISTICAMENTE ORIENTATO

1. L'avvento della Costituzione e dello Stato sociale di diritto: un nuovo paradigma di Amministrazione 'orizzontale' funzionalmente orientata secondo valori-fine. **55**
2. Il reticolato normativo-costituzionale delle funzioni della p.a.: un nuovo filtro selettivo della tipicità penale in una lettura combinata degli artt. 28, 54,

comma secondo, e 97, comma secondo, Cost. e l'abbandono dell'ossessione del prestigio. **62**

3. L'art. 97, comma secondo, Cost. come faro che illumina l'attività della pubblica amministrazione. La proiezione finalisticamente orientata dei principi di buon andamento e imparzialità. **70**

3.1. Il buon andamento come criterio di efficienza di natura economico aziendale. L'impatto delle teorie del *New Public Management* sul concetto di buon andamento. **77**

3.1.1. Dal concetto economico di efficienza a quello giuridico. L'avvento del *New Public Value* e la individuazione della ragionevolezza dell'agire amministrativo come canone di efficienza. Il volto 'valoriale' del buon andamento come risultato-funzione. **80**

3.2. Due principi indipendenti ma che s'intrecciano. L'imparzialità come "limite esterno" del buon andamento. **85**

4. La lettura dei principi di buon andamento e imparzialità alla luce del diritto ad una buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 CDFUE **91**

CAPITOLO III

I LIMITI DELL'INTERVENTO PENALE NELL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Premessa. Il rapporto tra amministrazione di risultato e discrezionalità amministrativa. **96**

1.1. L'esiguo spazio riservato al diritto penale nel *corpus* di reati a tutela delle funzioni della p.a.: il ruolo della sussidiarietà. **102**

2. L'attività amministrativa discrezionale come limite all'intervento penale. Il modello dell'amministrazione informale. **111**

2.1. L'adozione di un approccio sostanzialistico nella verifica della legittimità dell'atto da parte della giurisprudenza di legittimità. Un ulteriore argomento di legame tra amministrazione di risultato e discrezionalità e i risvolti sul versante interpretativo delle fattispecie criminose. **115**

2.2. L'incompatibilità di una tutela penale ad ampia latitudine con un'amministrazione *discrezionale*. L'*hard case* della corruzione avente ad oggetto un atto discrezionale. **118**

2.2.1. La funzione selettiva dell'elemento dell'accordo corruttivo e le sue proiezioni di tutela della 'buona amministrazione'. **125**

3. Tanto tuonò che piovve: ancora sul rapporto tra diritto penale e amministrazione discrezionale. Il 'nuovo volto' dell'abuso d'ufficio: da "*all catch provision*" a fattispecie tacitamente abrogata? **131**

3.1. *Segue.* L'esclusione della rilevanza penale delle distorsioni del potere discrezionale tra interpretazione costituzionalmente conforme e limiti insuperabili. **136**

3.1.1. L'arduo tentativo di recuperare la rilevanza penale dell'attività discrezionale attraverso l'omessa astensione. Profili di irragionevolezza. **141**

3.2. Il rapporto tra nuovo abuso d'ufficio, discrezionalità tecnica e teoria dell'autolimite. **144**

CAPITOLO IV

LO STATUTO PENALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO: TRA ELEMENTI DI DISVALORE 'FUNZIONALE' E CRITERI INTERPRETATIVI OFFENSIVIZZANTI

1. La tutela della *funzione amministrativa* come unica prospettiva costituzionalmente imposta. Ancora sulla valorizzazione ermeneutica della *funzione*. **152**

1.1. La poliedrica presenza della *funzione*, anche come bene 'mediato'. L'esempio dell'interpretazione tassativa dell'appropriazione peculativa e i riflessi sulla tutela 'immediata' del patrimonio. **159**

2. L'emersione di un fattore di frattura rispetto a questo modello di tutela: l'*ermeneutica di lotta* nel settore dei reati contro la p.a. L'esempio dell'abuso d'ufficio. **164**

3. La censura di pratiche interpretative analogiche da parte della Corte costituzionale. L'importanza della sentenza costituzionale 98/2021 nelle vicende ermeneutiche dei reati contro la p.a. **170**

3.1. Alla ricerca degli elementi di pericolo concreto come baricentro offensivo delle singole fattispecie incriminatrici. L'esempio degli accordi corruttivi. **175**

3.2. La proiezione offensiva della "mediazione illecita" nel traffico di influenze cd. oneroso. **181**

3.3. Il caso della "gara" nelle turbative d'asta. **190**

4. Una vicenda esemplare. L'oltraggio a pubblico ufficiale da fattispecie del *prestigio* della p.a. a grimaldello di una lettura 'funzionale' dei reati contro la p.a. nella sentenza costituzionale 284/2019. **196**

CONCLUSIONI **202**

BIBLIOGRAFIA **208**

Introduzione

L'analisi della evoluzione diacronica del rapporto tra autorità e individuo costituisce una cartina di tornasole fondamentale per comprendere i profondi mutamenti delle scelte di politica-criminale[1] nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione operate dal legislatore dal codice Rocco fino ai tempi più recenti.

La sua preliminare ricostruzione consente di evidenziare l'incidenza del mutamento delle condizioni ordinamentali, sociali ed economiche – determinate, in breve, dall'avvento del costituzionalismo[2], seguito dal più ampio fenomeno di integrazione europea – su questo sistema di reati a tutela del corretto, efficace e imparziale svolgimento delle pubbliche funzioni. Il titolo dei reati contro la pubblica amministrazione rappresenta, infatti, un punto di osservazione grandangolare e privilegiato sui problemi che investono lo stato di salute del nostro ordinamento penale, svelando molte delle criticità che lo affliggono da tempo, su tutte la 'anzianità di servizio' del codice Rocco, certificata dalle innumerevoli interpolazioni legislative che il titolo II del libro II ha dovuto subire per adeguarsi alle mutate esigenze di tutela. Essa si riflette sia sulla obsolescenza del criterio utilizzato per ripartire il titolo dedicato ai delitti contro la p.a., in base, cioè, alla provenienza dall'interno o dall'esterno dell'offesa ai beni di pertinenza pubblica[3], sia sull'incardinamento di questo sistema di reati

---

[1] È stato autorevolmente osservato che "«politica del diritto penale» non è dunque semplicemente costruire un'arma adeguata al fine «lotta al delitto»; ma è anche un momento delicato nella costruzione di un modello d'ordinamento, di rapporti fra individuo e società, fra libertà e autorità, alla cui stregua valutare ciò che ha o non ha da essere delitto, se e come punire", D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. Dir.,* XXXIV, Milano, 1985, pp. 76-77.

[2] All'avvento del costituzionalismo si fa risalire altresì la crisi dello Stato liberale, affermatosi dopo la Rivoluzione francese (1789) e caratterizzato da spinte individualiste che volevano ricavare all'interno dell'organizzazione statale uno spazio di indipendenza per l'individuo, svincolato dalla società, come ricostruisce, con autorevolezza di osservazioni, N. BOBBIO, *La rivoluzione francese e i diritti dell'uomo,* in ID., *L'età dei diritti,* Torino, 1990, pp. 97-98. Così, lo Stato liberale si afferma quale "Stato minimo", che si limita a preservare l'equilibrio interno ed esterno. Sul punto, F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto,* in *Ars Interpretandi,* 1/2011, pp. 59-60. Sulla crisi dello Stato liberale a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto,* ivi, p. 81.

[3] Tale criterio di ripartizione del Titolo già si poneva in contrasto con il metodo generale utilizzato nel codice con riguardo agli altri Titoli, come si ricava anche dalla *Relazione al re*, ove si legge che "la categoria maggiore (titolo) è costituita in base alla più generica considerazione dell'interesse tutelato; la categoria intermedia (capo) si fonda sopra una specifica considerazione dell'interesse medesimo". L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale,* Milano, 1976, pp. 122 ss. riteneva che tale criterio di divisione, tuttavia, mantenesse profili di coerenza interna al titolo dei delitti contro la p.a. in ragione della morfologia di quest'ultimo che distingueva ipotesi di *abusi di potere* ed *abusi della situazione giuridica*, individuando come soggetto attivo dei primi il solo p.u., l'unico che poteva realizzarli. La ragionevolezza di questo parametro di divisione oggi può dirsi essere venuta meno, al di là delle interpolazioni del titolo che ne hanno alterato la originaria coerenza, integrando il capo dei delitti dei p.u. contro la p.a. di alcuni reati che possono essere commessi solo da *estranei*,

su alcuni beni giuridici istituzionali, espressione di una politica-criminale del legislatore storico dominata da ideali statolatrici, come la rilevanza penale di mere violazioni di doveri di fedeltà o l'"ossessione del prestigio dell'autorità"[4].

A partire dal periodo repubblicano, non può nascondersi che significativi sono stati i progressi nel tentativo di aggiornare lo statuto penale della pubblica amministrazione ai principi costituzionali. Essi, tuttavia, sono stati di segno opposto: maggiormente consapevoli, quelli provenienti dal legislatore, che, tra i tanti interventi novellistici *in subiecta materia,* in occasione della legge 26 aprile 1990, n. 86 è sembrato deciso nell'opportuno compito di dotare il titolo in esame di una struttura di maggiore tassatività, sulla base anche dei beni giuridici costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, subentrati a quelli di marca formalistica ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore fascista. Più timide, invece, le prese di posizione della Corte costituzionale[5] che, sebbene in alcune pronunce non abbia 'affondato il colpo' della declaratoria di incostituzionalità rispetto ad alcune fattispecie poco determinate nella propria spina dorsale di tipicità, come quella dell'abuso d'ufficio[6], in altre sentenze è comunque intervenuta su fattispecie di questo settore, come quando ha riconosciuto l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio del vecchio reato di oltraggio a pubblico ufficiale, grazie all'utilizzo in chiave argomentativa del principio di offensività[7], perchè posto a tutela di beni giuridici non più meritevoli di quei livelli di pena[8]. L'esito di una riflessione disincantata sulle vie da percorrere per rimodernare lo statuto penale della pubblica amministrazione, riportandolo in una direzione che renda la tutela delle pubbliche funzioni più coerente anche con la visione weberiana dello Stato

---

per l'estensione della soggettività attiva anche agli incaricati di pubblico servizio o esercenti servizi di pubblica necessità.

[4] T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale,* Bologna, 1991, pp. 54-55.

[5] Oltre a quelle che si sono pronunciate espressamente sulla legittimità costituzionale di singole fattispecie o sulle relative cornici edittali, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali,* in *Temi,* 1968, pp. 563 ss., oggi in ID., *Scritti di diritto penale,* vol. II, tomo I, S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA (a cura di), Milano, 1997 (da cui si cita), p. 2394 segnala anche quelle che "interpretando compiutamente lo spirito della Costituzione, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che sancivano la cosiddetta garanzia amministrativa, ossia la roccaforte del privilegio e del prestigio dell'autorità amministrativa".

[6] C. cost., 19 febbraio 1965, n. 7; C. cost., 28 dicembre 1998, n. 447, in cui la Corte, dichiarando inammissibile la questione, ha ribadito sia prerogativa del legislatore "individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale (…) e le condotte, lesive di tali beni, assoggettate a pena".

[7] Nella giurisprudenza costituzionale, tra le tante, C. cost. 15 dicembre 1995, n. 519; C. cost. 17 ottobre 1996, n. 370. Sul punto, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza,* Torino, 2005, pp. 209 ss., al quale si rinvia anche per uno studio della giurisprudenza costituzionale in argomento.

[8] C. cost., 25 luglio 1994, n. 341.

moderno[9], deve riguardare sinotticamente e sinergicamente vari aspetti del problema. Ed infatti, nella prospettiva di questa indagine, si ritiene fondamentale sicuramente un rinnovamento del titolo II della parte speciale del codice Rocco, che parta da una ristrutturazione dei capi interni al titolo, secondo un criterio divisorio che metta al centro le modalità di lesione di beni giuridici che richiedono maggiore 'messa a fuoco' e specificità in senso *funzionale*, così da porre al centro, come naturale conseguenza, "il problema del criterio di accertamento del requisito di offendibilità"[10], particolarmente problematico nei reati che tutelano beni giuridici istituzionali. In quest'ottica, a guadagnare solidità sarebbe certamente la paratìa di tipicità delle singole fattispecie, riaffermando così il reato quale illecito modale, da fondare su più chiari paradigmi di disvalore di condotta e di evento, e recuperando così maggiore prevedibilità del tipo criminoso, predeterminato dal messaggio normativo e non codefinito *in itinere* da un'ermeneutica di supplenza[11].

In secondo luogo, invece, sarebbe opportuno valorizzare strumenti interpretativi, di matrice valoriale, i quali, se immersi nello sfondo teleologico delle funzioni *civil servant* della moderna pubblica amministrazione[12], come concepita nel nostro ordinamento costituzionale, consentono di incardinare la struttura offensiva delle singole fattispecie contro la p.a. sull'effettiva tutela del buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa, scartando la rilevanza penale di condotte neutre in violazione di meri obblighi di fedeltà o doveri comportamentali[13]. Una autorevole testimonianza che possa essere proprio quella

---

[9] In questa prospettiva si riteneva nella centralità di un forte dinamismo amministrativo/burocratico la caratteristica dello Stato moderno rispetto allo Stato cetuale, al punto da ritenere che la libertà dell'amministrazione fosse consustanziale allo Stato moderno, M. FIORAVANTI, *Stato (storia),* in *Enc. Dir.,* XLIII, 1990, pp. 718 ss. La burocrazia in Weber non poteva essere costretta in maglie di formalismo perché era composta da uomini liberi e liberamente selezionati. Questi, infatti, è anche stato un grande teorico dell'organizzazione e "razionalizzazione" degli apparati amministrativi. Sul punto, P.P. PORTINARO, *Tipologie politiche e sociologia dello Stato. Gaetano Mosca e Max Weber,* in *Annali Fondazione Luigi Einaudi,* Torino, 1978, pp. 429-430.

[10] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* Milano, 1983, p. 93.

[11] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016, pp. 77 ss. In questo senso, altresì, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, p. 1431.

[12] Per una profonda riflessione su questo modello di amministrazione, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio,* in *Dir. amm.,* 2/2019, pp. 387 ss.

[13] Questa già era la prospettiva dell'ampio studio condotto da F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale,* Milano, 1973, p. 32, in un periodo in cui stava emergendo nel dibattito scientifico la teoria del volto costituzionale dell'illecito penale, basata sulla teoria costituzionale dei beni giuridici, su cui F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* in *Noviss. Dig. It.,* 1973, pp. 7 ss. Per una panoramica delle varie posizioni dottrinali che hanno segnato quella feconda stagione di profonda riflessione scientifica sull'argomento in questione, cfr. i contributi presenti in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* Napoli, 1985. Per l'applicazione di questa teoria sul terreno specifico dei reati contro la p.a. e sui relativi oggetti di tutela, cfr. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 2387 ss. Condivisibilmente, in una direzione di maggiore valorizzazione dell'attività interpretativa, nello specifico settore dei reati contro la p.a., sembra muovere anche la profonda indagine di R. RAMPIONI, *Bene giuridico e*

dell'interpretazione in chiave funzionale delle fattispecie, da ricercare all'interno dei modelli interpretativi costituzionalmente conformi, la strada maestra per conferire un volto moderno e *prevedibile* ai reati contro la p.a., nonché più coerente con le finalità di tutela poste a fondamento di questo mini-sistema penale, sembra essere fornita dalla Corte costituzionale stessa nell'ultima vicenda in cui è stata investita della questione di legittimità costituzionale del nuovo delitto di oltraggio a pubblico ufficiale[14] al metro degli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost.[15]. In quest'occasione, come si avrà modo di trattare *fundite*, la Corte ha salvato dalla censura di illegittimità costituzionale tale figura di reato, storicamente manifesta espressione di tutela del prestigio della p.a., illuminandola con una lettura *offensivizzante* in chiave funzionale, che ne ha valorizzato gli aspetti di tutela connessi con lo svolgimento delle funzioni pubbliche. Ciò è stato possibile in quanto la nuova fisionomia del reato si caratterizza per un "requisito di stretta contestualità tra la condotta del reo e il compimento di uno specifico atto dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale, espresso dalla locuzione «mentre compie un atto d'ufficio», il medesimo che compare anche nella fattispecie di cui all'art. 337 c.p."[16].

Lo scenario che si dischiuderebbe, dunque, s'incardina su una adesione *convinta* al principio di offensività[17] inteso come punteruolo del legislatore nell'opera di cesellatura delle fattispecie e come criterio-guida del giudice nella fase di applicazione in concreto di queste ultime, nella consapevolezza che un cattivo utilizzo di questo principio in senso dilatatorio

---

delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a., Milano, 1984, p. 21, ove sottolinea come non si tratti tanto di una "questione di astratta configurazione delle fattispecie, che sostanzialmente sono le stesse del codice Zanardelli, quanto di attività ermeneutica che pur svolta sul medesimo dato normativo, giunge a diversi risultati a seconda dei diversi valori socio-culturali che influenzano l'interprete, dei diversi contenuti, in una parola, che allo stesso schema normativo astratto vengono ricollegati". Questi, invero, nel prosieguo dell'indagine proporrà altresì una rifondazione del titolo dei reati contro la p.a. "in senso stretto", pp. 123 ss. Per una panoramica delle varie posizioni dottrinali che hanno segnato quella feconda stagione di profonda riflessione scientifica sull'argomento in questione, cfr. i contributi presenti in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* Napoli, 1985. Per l'applicazione di questa teoria sul terreno specifico dei reati contro la p.a. e sui relativi oggetti di tutela, cfr. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 2387 ss.

[14] Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale è stato introdotto nuovamente nel nostro ordinamento, in un inedito art. 341-*bis* c.p., dalla l. 94/2009, cd. "pacchetto sicurezza", dopo essere stato abrogato dalla l. 205/1999. Per un commento del nuovo oltraggio a pubblico ufficiale, cfr. S. BRASCHI, *L'evoluzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale tra offensività e ragionevolezza della tutela penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2022, pp. 89 ss.; G. MARTIELLO, *Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale come crocevia problematico di "parte generale",* in *Dir. pen. proc.,* 8/2020, pp. 1108 ss.; S. PRANDI, *Il delitto di oltraggio tra evoluzione normativa e pronunce della Corte costituzionale,* in *Studium Iuris,* 9/2020, pp. 999 ss.; G.L. GATTA, *La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, pp. 154 ss.

[15] C. cost., 20 dicembre 2019, n. 284, con nota di S. GIANELLO, *Il (nuovo) delitto di oltraggio a pubblico ufficiale davanti alla Corte costituzionale tra conferme e spunti in chiave prospettica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/2020, pp. 333 ss.

[16] C. cost., 20 dicembre 2019, n. 284, §3.4.

[17] Per una recente rinnovata valorizzazione di questo principio, cfr. G. FORNASARI, *Offensività: beni e tecniche di tutela,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, pp. 1514 ss.

delle norme incriminatrici sul terreno dei reati contro la p.a., ancor più che in altri nevralgici settori della parte speciale, rischia di provocare il crollo dell'edificio del nostro Stato sociale di diritto, del quale il libero, paritario ed obiettivo svolgimento delle funzioni della pubblica amministrazione rappresenta 'lo strato di magrone'. Da qui, l'utilità anche di avviare uno studio sulla reale evoluzione del ruolo della Pubblica amministrazione nel passaggio tra le forme di governo e la conseguente evoluzione delle relative funzioni. Aspetto, quest'ultimo, che non può mantenere una posizione marginale rispetto alla morfologia del titolo dei reati contro la p.a.: formalmente immutato – se non per numerosi, ancorchè incisivi interventi di riforma – sostanzialmente esso ha subito un cambiamento di connotati, essendo state potate le radici autoritarie da cui era germogliato il codice Rocco, frequentato da numerose disposizioni a tutela di beni giuridici 'spiritualizzati' e 'istituzionali', ed essendo state integrate con un innesto su cui è fiorito il diritto penale odierno, costituzionalmente e convenzionalmente orientato. Ciò è imposto, altresì, da una essenziale esigenza di lettura evolutiva dei principi e delle disposizioni costituzionali che informano l'ordinamento, aprendo le porte a nuovi modi di concepire i valori ad essi sottesi[18]: le decisioni del legislatore storico devono inevitabilmente fare i conti con la fisionomia evolutiva che assume l'ordinamento giuridico[19].

[18] F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela,* Padova, 1982, pp. 3 ss., ora in S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale,* vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1475 ss. (da cui si cita), sebbene questi agganciava la teoria sull'interpretazione evolutiva della Carta rispetto alla possibilità di farvi rientrare anche i beni di rilievo costituzionale implicito e di integrarla con valori che emergevano e che si consolidavano nella comprensione sociale. Queste precisazioni venivano formulate come reazione alle critiche che gli erano state avanzate secondo le quali questi avrebbe inteso la Costituzione come un catalogo chiuso di valori da tutelare, cfr., per tutti, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale,* II ed., Padova, 1982, pp. 49 ss., che intendeva la base costituzionale non come fondamento dell'intervento penale ma come limite allo stesso. Nello stesso senso di attribuire al bene giuridico costituzionale una funzione di limite e legittimazione negativa dell'intervento penale, per tutti G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi,* in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* cit., pp. 327 ss. Riassume in maniera completa il dibattito formatosi attorno alla fondazione costituzionale del diritto penale e alle teorie del bene giuridico di rilevanza costituzionale V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 44 ss. e 64 ss. Sul tema, il momento di dibattito scientifico, tanto celebre quanto proficuo, si è avuto con il convegno tenutosi presso l'Istituto Superiore di Scienze Criminali di Siracusa, 15-18 ottobre 1981, dal titolo "*Bene giuridico e riforma della parte speciale*" con commento di F. GIUNTA, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/1982, pp. 257-261 e i cui atti sono raccolti in A.M. STILE (a cura di), *op. ult. cit.*

[19] Evidenzia la lettura "evolutiva" del bene giuridico e delle relative fattispecie nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla fine degli anni '80 e, in particolare, con la sentenza costituzionale 957/1988, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività,* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale. 50 anni di corte costituzionale,* Napoli, 2006, pp. 91 ss e in particolare pp. 96-97.

Capitolo I

La Pubblica Amministrazione nel codice Rocco

SOMMARIO: 1. Il rapporto autorità-individuo nell'impostazione stato-centrica del codice del 1930: i riflessi sulla morfologia del titolo dei delitti contro la P.A. – 2. L'originario modello statico di Amministrazione e "il legalismo imperante" come *instrumentum regni*. – 2.1. L'amministrazione "controllabile" nell'"idolatria" dello Stato autoritario. – 2.2. L'ulteriore sintomo della concezione stato-centrica: l'estensione delle fattispecie criminose a tutela della p.a. ai parlamentari. – 3. I riflessi di questo contesto politico-istituzionale sulla categoria della tipicità. L'utilizzo della logica dell'equivalenza delle condizioni nel peculato e nella concussione. – 3.1. *Segue.* Il ricorso alle clausole di *abuso.* – 4. Verso un mutamento del rapporto autorità-individuo: la reintroduzione *per saltum* dell'esimente di cui all'art. 393-*bis* c.p.: dal codice Zanardelli alla sua previsione ad opera della l. 288/1944.

1. Il rapporto autorità-individuo nell'impostazione stato-centrica del codice del 1930: i riflessi sulla morfologia del titolo dei delitti contro la P.A

Il rapporto verticale autorità-individuo, governatore delle logiche istituzionali e sociali del regime fascista, si è tradotto nel metodo adottato per costruire la parte speciale del codice penale del 1930[20]. Com'è noto, essa si fonda su un modello cd. a progressione discendente, nel senso che riserva i primi titoli del libro II per la tutela dei beni pubblici, e in maniera progressiva degradante dedica gli altri titoli alle fattispecie poste a protezione dei beni privati[21]. Si collocano, così, al vertice gli interessi attinenti alle funzioni sovrane (es.

[20] L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: profili generali e spunti problematici,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2-3/1990, p. 710.

[21] Viene utilizzato, cioè, il bene giuridico nella sua "funzione classificatoria", che risponde a ragioni essenzialmente di natura pratica: "esse servono a incasellare spazialmente in maniera coordinata i beni giuridici e le fattispecie relative", F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, p. 11. Lo stesso Autore chiarisce come le classificazioni operate su questo modello non hanno alcuna funzione normativa vincolante, ma, al più, possono svolgere un ruolo ausiliario nel processo interpretativo delle figure criminose.

personalità dello Stato, Pubblica amministrazione, amministrazione della giustizia, tutela dell'ordine pubblico etc.) e solo nei titoli conclusivi gli interessi personali (libertà personale, patrimonio)[22], secondo una riproduzione fedele della gerarchia valoriale autoritaria[23], all'interno della quale trovava spazio anche un titolo dedicato ai delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe.

Nella prospettiva dei codificatori, così si sarebbe assolto "il compito ideologico di affermare il primato dell'Autorità incarnata, con evocazione quasi 'fisica' nella tutela che i delitti del Titolo I del Libro II offrono ai delitti contro la personalità dello Stato"[24]. A prevalere risulta, dunque, "la subordinazione funzionale della società civile e delle sue istituzioni, nonché dei rapporti economico-sociali e della stessa persona, alle esigenze superiori dello «Stato etico»"[25]. Questa visione aveva inciso in maniera significativa anche sulla fisionomia (*rectius,* sulla consistenza) dei beni giuridici meritevoli di protezione[26]. Veniva apprestata, infatti, una rafforzata tutela penale ad oggetti giuridici frutto di un artificiale processo di "pubblicizzazione", espressione di un accentramento totalitario anche di aspetti appartenenti alla sfera più personale del soggetto, come "il sentimento religioso" o come la "vita umana"[27]; ovvero di una concezione corporativa dei rapporti economici e lavorativi, che aveva portato al titolo dei delitti contro l'economia pubblica e alla repressione penale di condotte di sciopero e serrata, garantiti poi come diritti costituzionali agli artt. 39 e 40 Cost.[28].

---

[22] Sul punto, T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose,* cit., pp. 51-52; D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale,* Torino, 2010, p. 56.

[23] S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano,* Napoli, 2001, p. 34 e 36.

[24] S. FIORE, *Introduzione*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione,* II ed., Torino, 2021, p. 1.

[25] T. PADOVANI-L. STORTONI, *op. ult. cit.,* p. 56.

[26] Anche questa visione era espressione della degenerazione assolutistica della "seconda fase" della concezione culturale del bene giuridico, operata dai regimi autoritari e totalitari, in cui il diritto, e ancor più il diritto penale, "diventa etica sociale, anzi etica della comunità", F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 73. Ben sottolinea come il concetto di bene giuridico non possa essere inteso in maniera statica, ma suscettibile di subire condizionamenti in base al periodo storico in cui vengono in rilievo, in quanto "la staticità è contraria alla funzione stessa del diritto ed al suo naturale potere di adattamento alla evoluzione sociale", R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., *passim* (spec. p. 212).

[27] Emblematiche le riflessioni di Vincenzo Manzini, contenute nell'edizione del 1933 del *Trattato*, ove sostiene che oggetto di tutela nel delitto di omicidio è "l'interesse dello Stato concernente la sicurezza della persona fisica, in quanto riguarda particolarmente il bene giuridico della vita umana, considerato nelle relazioni fra uomini", dal momento che essa "nello Stato fascista (come del resto in ogni Stato moderno) è un bene d'interesse eminentemente pubblico, perché l'essenza, la forza e l'attività dello Stato medesimo risiedono necessariamente nella popolazione, cioè nell'unione di tutti i cittadini. L'omicidio toglie ingiustamente un'unità a questa collettività, e quindi produce un danno pubblico, il quale, se talora può essere minimo, non perciò cessa di sussistere", così V. MANZINI, *Trattato del diritto penale italiano secondo il codice del 1930,* Torino, 1933, vol. VIII, p. 7.

[28] T. PADOVANI-L. STORTONI, *ult. op. cit.,* pp. 60-61.

In questo contesto, cardine del sistema era il titolo II libro II, riservato ai delitti contro la p.a., che attraverso una serie di scelte legislative dimostrava il proprio legame con una concezione unitaria e indivisibile del potere statuale, *totem* ideologico del legislatore del '30. Essa si era tradotta, ad esempio, in una "fagocitante accezione di Pubblica Amministrazione", comprensiva non solo dell'attività amministrativa, ma tale da abbracciare anche le funzioni legislativa e giudiziaria[29]. Questa estensione onnicomprensiva delle qualifiche pubblicistiche consegnava, inoltre, un "modello inadeguato a riflettere la pluralità delle forme di intervento dello Stato e degli enti pubblici nell'erogazione di servizi pubblici o nell'economia, a causa della sperimentazione di modelli d'azione connotati dalla commistione tra modello pubblico e modello privato"[30], ponendosi con ciò in antitesi con un modello di amministrazione che dovrebbe procedere di pari passo con il processo economico[31].

Una simile scelta risulta discutibile sotto vari aspetti[32], molti dei quali attengono al sacrificio delle peculiarità dell'attività legislativa e giudiziaria rispetto ai beni giuridici tutelati dal titolo dei delitti contro la p.a., consistenti, quantomeno dall'entrata in vigore della Costituzione, nel buon andamento e nell'imparzialità: è stato evidenziato che il principale motivo di frizione emerge proprio rispetto a quest'ultimo principio, in quanto mentre

---

[29] M. PELISSERO, *Introduzione,* in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione,* Milano, 2015, p. 5.

[30] M. PELISSERO, *ult. op. cit.,* p. 5. Nello stesso senso, A.M. STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* in *Dig. disc. pen.,* 1987, p. 130. L'apertura dell'Amministrazione anche a modelli privatistici di soggettività giuridica, che rende difficile la netta separazione tra pubblico e privato, si afferma a partire dallo Stato-Impresa novecentesco: si supera il modello di Nazione ottocentesco e lo Stato inizia a dotarsi di tante amministrazioni diversificate. Grazie a questi paradigmi amministrativi interviene lo Stato sociale che, nel perseguimento di obiettivi di democrazia economica e uguaglianza sostanziale, assume una posizione nell'economia e nella società per il perseguimento dei fini pubblici. Dopo il periodo in cui è esploso lo Stato-Impresa, che aumenta in maniera esponenziale i costi di gestione della *res publica,* inizia la fase delle privatizzazioni e lo Stato diventa Regolatore, dal quale nascono poi le Autorità Amministrative Indipendenti e "il pluralismo amministrativo" definito da SABINO CASSESE come "amministrazione disaggregata", S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2/2020, pp. 465 ss., che "più che fare, fa fare", ID., *Che cosa resta dell'Amministrazione Pubblica?,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2019, p. 7. Per l'*excursus* storico dell'Amministrazione, cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Giustizia e amministrazione,* in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritti,* Roma-Bari, 2002, pp. 59 ss.

[31] S. CASSESE, *Che cosa resta,* cit., p. 1.

[32] Sostiene l'impossibilità di una *reductio ad unum* delle funzioni pubbliche, R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 66 ss., non solo in vista delle diverse modalità di svolgimento delle attività, ma anche in virtù dei diversi valori-fine che informano le funzioni statuali (pp. 85 ss.). L'autore sostiene, tuttavia, l'esigenza di una diversificazione della tutela penale anche rispetto all'amministrazione pubblica in senso proprio, a seguito dell'evoluzione che questa ha subito, "che ha portato alla configurazione di una pluralità di pubbliche amministrazioni" (p. 72).

l'attività giudiziaria deve caratterizzarsi per un atteggiamento di "a-parzialità", quella legislativa[33], invece, è ontologicamente un'attività "parziale"[34].

Un elemento ulteriore probante l'inadeguatezza di una previsione monolitica di Pubblica Amministrazione si ottiene anche osservando la fisionomia di alcune fattispecie contemplate nel titolo. Una loro lettura sistematica e finalisticamente orientata agli interessi meritevoli di protezione suggerisce un'interpretazione aderente ai soli profili dell'attività amministrativa e non anche dell'attività legislativa e, in maniera ancora più visibile, giudiziaria[35]. Alcuni esempi possono considerarsi l'abuso d'ufficio, l'omissione di atti d'ufficio, la necessità di introdurre una disposizione *ad hoc* per la corruzione in atti giudiziari, come la corruzione propria che individui come atto contrario ai doveri d'ufficio l'atto di iniziativa legislativa[36], l'art. 337, l'art. 341-*bis* che si differenzia dall'oltraggio al magistrato in udienza ai sensi dell'art. 343 c.p., i delitti di turbata libertà degli incanti, solo per citarne alcuni. Fattispecie, dunque, che sembravano 'tagliate su misura' per trovare applicazione solo nell'ambito dell'attività amministrativa, ove, alla luce del panorama valoriale di quell'ideologia politica, l'area di rilevanza penale poteva consistere nella semplice illiceità amministrativa o in mere violazioni di doveri (*Plifchtsverletzung*).

Secondariamente, l'assimilazione dei tre poteri costituzionali all'interno di un'unica nozione di Pubblica Amministrazione rilevante agli effetti penali faceva degradare il "principio della divisione dei poteri a mero criterio organizzativo per la distribuzione delle competenze"[37],

---

[33] Proprio rispetto all'attività legislativa, un recente studio ha dimostrato l'esigenza di ricorrere ad uno statuto penale differenziato, proprio per cogliere le peculiarità, costituzionalmente garantite e che, anzi, si pongono a fondamento del nostro ordinamento democratico, della funzione parlamentare e legislativa. M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato,* Milano, 2020. Sul punto, fondamentali le riflessioni di F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 192 sulla peculiarità dell'attività legislativa, soprattutto nel passaggio dallo Stato fascista alla democrazia parlamentare. L'esito dell'ampio studio dell'Autore conduceva anche ad uno statuto penale differenziato per la figura del parlamentare, pp. 242-243.

[34] L. STORTONI, *La nuova disciplina,* cit., p. 711; ID., *L'abuso di potere,* cit., p. 155.

[35] Sulle specificità dell'attività amministrativa rispetto a quella legislativa e giudiziaria, cfr. G. ZANOBINI, voce "*Amministrazione pubblica",* in *Enc. Dir.,* II, 1958, pp. 238 ss.

[36] In particolare, rispetto a questo caso tipologico, sempre attuali sono le osservazioni critiche di G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento,* in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli,* Milano, vol. IV, 1974, pp. 4279, nonché in *Scritti giuridici. La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza,* vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 220 ss, spec. p. 223, ove l'insigne Autore riporta uno stralcio di un documento con cui la Giunta per le Autorizzazioni a procedere, da Lui presieduta, in una situazione che riguardava un caso di corruzione per atto contrario, ove quest'ultimo consisteva in un atto di iniziativa legislativa, decise di sottrarre al sindacato giurisdizionale "non soltanto l'attività parlamentare tipica, ma anche quella che si ponga come inscindibilmente collegata e strumentale rispetto alla prima, tanto da costituirne l'antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione, nonché quella successiva e conseguente a quella tipica del parlamentare e che si trovi con questa nello stesso rapporto di «inscindibilità»".

[37] Tra tutti, M. PELISSERO, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* in *Enc. Dir.,* Annali, VII, 2014, pp. 49 e 53; L. STORTONI, *L'abuso di potere,* cit., p. 121; F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 91 ss.; F. BRICOLA, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali,* in *Temi,*

secondo una visione verticale dei poteri adesiva al paradigma ideologico autoritario, basata sul primato dell'esecutivo rispetto alle altre funzioni aventi natura servente[38].

La visione totalizzante dello Stato da parte del legislatore fascista risulta evidente anche da altri due ordini di ragioni, ricavabili dalla lettura *a contrario* della *Relazione* del Guardasigilli. Questi introduce espressamente, in linea di rottura con il codice liberale Zanardelli, accanto al pubblico ufficiale, le figure dell'incaricato di pubblico servizio – utilizzato nel cod. Zanardelli solo ai fini di un'aggravante del reato di ingiuria, ai sensi dell'art. 369 – e dell'esercente un servizio di pubblica necessità. L'area di rilevanza penale delle qualifiche soggettive pubblicistiche, così, si slabbra significativamente rispetto al codice previgente, sul presupposto che sia la nozione di pubblico ufficiale dell'epoca, sia la mancanza di disciplina di queste altre figure costituivano "una manchevole e inadeguata tutela degli interessi della pubblica amministrazione"[39] che, pertanto, sotto la legislazione fascista hanno visto una pronunciata estensione. Anche questo aspetto, dunque, è strumentale a rendere più chiara l'idea fascista di Stato e di Pubblica Amministrazione, che doveva "coprire" con la propria qualifica quante più attività possibile: la valorizzazione dello Stato arrivava al punto che esso "veniva concepito come sintesi «organica regolatrice, in forma autoritativa, di ogni rapporto economico e sociale (Stato totale) e come ragione

---

1968, pp. 563 ss., nonché in *Scritti di diritto penale,* vol. II, tomo I, S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA (a cura di), Milano, 1997 (da cui si cita), pp. 2394-95. Non condivide le severe critiche alla nozione unitaria di Pubblica Amministrazione, ritenendole eccessive in quanto una differenziazione tra le varie funzioni si realizza ugualmente calando le singole fattispecie nella peculiarità delle singole attività, per cui, ad esempio, la nozione di "altra utilità" rilevante ai fini della corruzione muterà a seconda che si tratti di attività amministrativa o politica, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali,* Milano, IV ed., 2019, pp. 7-8. In senso analogo, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive,* Milano, 1983, p. 12.

[38] R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 20 specifica che "con l'avvento dello Stato fascista il fenomeno di «concentrazione» delle funzioni statuali subisce una progressiva accelerazione ed, in particolare, si finisce per non distinguere più l'attività propriamente amministrativa da quella di governo". L'equilibrio tra i poteri dello Stato, infatti, e "il prevalere dell'uno o dell'altro sono storicamente condizionati da centri di potere del tutto estranei a quella logica. Basti menzionare i partiti, i gruppi economici più consistenti ecc per osservare una faccia del problema, e l'incidenza del potere politico-governativo sulla magistratura e sulla formazione delle norme legislative per cogliere un altro aspetto di questa realtà". Ciò che realmente garantisce la concretizzazione della separazione dei poteri è l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini alla vita pubblica, proclamata all'art. 4 Cost. da leggersi in combinato disposto con l'art. 102, ultimo comma, relativo alla diretta partecipazione all'amministrazione della giustizia, e, più di tutti, con l'art. 1 Cost, che scolpisce, invece, la sovranità popolare, assenti nell'architettura istituzionale fascista. L. STORTONI, *L'abuso di potere,* cit., pp. 138-39. Sulla concezione della separazione dei poteri di Montesquieu e sul successivo affermarsi di questo principio, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, pp. 42 e 48 ss.

[39] *Relazione al progetto definitivo del codice penale,* in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale,* vol V, parte II, pp. 114 ss, §354.

sufficiente e scopo finale di ogni aggregazione intermedia presente nella società civile, e dell'individuo stesso (Stato etico)"[40].

In secondo luogo, il Guardasigilli afferma espressamente che la distinzione nei due capi del titolo II è "fondata sulla differente situazione del p.u., secondo che sia soggetto attivo o passivo del delitto". Tale criterio divisorio ben rifletteva l'ideologia dell'epoca, in cui il pubblico agente incarnava organicamente lo Stato, risultando essere soggetto passivo anche nei casi in cui era persona estranea alla vicenda delittuosa, sol perché egli stesso era espressione della funzione statale[41]. Questo criterio, come si vedrà nel prosieguo dello studio, non solo risulta oggi del tutto superato, essendosi ormai esaurito il significato simbolico dato dalla finzione di rappresentanza organica della p.a. da parte del pubblico agente, come dimostra, peraltro il fatto che il pubblico agente può concorrere in un reato del privato contro la p.a., ma non era stato assunto neanche dal legislatore del 1889, in pieno rispetto di una concezione liberale della p.a.

A questa visione 'statolatrica' del codice Rocco, si opponeva il modo di intendere i rapporti sociali ed economici diametralmente opposto offerto dalla Costituzione repubblicana del 1948. Questa, assumendo un modello di cd. progressione ascendente, promuoveva un rinnovato sfondo assiologico sul quale s'innestava un pluralismo ideologico che permeava ogni aspetto della vita sociale, economica e istituzionale[42]. Com'è stato autorevolmente osservato, infatti, "la prima riflessione suggerita dal testo costituzionale è che il nostro ordinamento è essenzialmente ispirato al principio personalistico: la persona ed i suoi valori sono il fine cui debbono tendere l'organizzazione della società civile e le istituzioni politiche"[43]. Si afferma, pertanto, il primato della persona e della società, della quale l'Amministrazione diventa una "forma", non rappresentando più il braccio esecutivo di uno

---

[40] T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose,* cit., p. 52. Sui caratteri dello Stato etico e sulla sua matrice *hegeliana,* cfr. M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile.* Legacy&misfortune *dell'idealismo tra diritto, etica e politica,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2018, pp. 135-140. Sul crollo, invece, di questo rapporto organico tra Stato e soggetto pubblico con l'entrata in vigore della Costituzione, G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* Torino, 1992, p. 6.

[41] Questo modo "organico" di pensare ai rapporti tra pubblico agente e Autorità, invero, secondo alcuni autorevoli penalisti di formazione gentiliana, come Giuseppe Maggiore, poteva estendersi ad un "concetto caratterizzante scolpito per le menti dello Stato totalitario, cioè che il reato – contro tutta la tradizione individualistico-illuminista – non offende individui o leggi, ma lo Stato", così M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate,* cit., p. 143.

[42] Quella del pluralismo sociale e valoriale è una prerogativa delle costituzioni democratiche contemporanee che "intendono offrire una fondazione complessiva di un nuovo ordine sociale dopo qualche evento socialmente e politicamente traumatico" e per questa ragione sono impostate sul modello della Costituzione "per principi", G. PINO, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione,* Modena, 2019, p. 59.

[43] T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose,* cit., p. 70. L'idea che i valori costituzionali siano organizzati secondo una peculiare gerarchia che dà prevalenza alla dignità ed inviolabilità della persona si è ormai radicata nella riflessione scientifica. Per tutti, G. PINO, *Intepretazione costituzionale*, cit., p. 53.

Stato totale ed etico[44]. Questo determina un riequilibrio del rapporto autorità-individuo[45], non più verticale ma orizzontale, non più di subordinazione del secondo nei confronti del primo ma "paritario"[46], se non addirittura ribaltato, divenendo l'amministrazione servente alla realizzazione e alla tutela dei diritti e degli interessi del singolo, come sembra oggi dimostrare anche il "salto qualitativo" della qualificazione della *buona amministrazione* come diritto fondamentale dell'individuo, ai sensi dell'art. 41 CDFUE[47].

Da questo rinnovato ordine valoriale[48] che governa l'ordinamento democratico repubblicano, nel quale l'Amministrazione scende dal piedistallo della pubblicizzazione (*rectius*, spiritualizzazione) dei relativi oggetti di tutela, deriva "la palingenesi costituzionale dell'illecito penale"[49], alla quale è connessa anche un'esigenza di riconcettualizzare i beni giuridici tutelati dal titolo dei reati contro la pubblica amministrazione. Sia sufficiente considerare che, in questo settore gli assetti di tutela erano orientati a proteggere il prestigio

---

[44] Questo legame tra l'Istituzione e la società è ben messo in luce da R. ESPOSITO, *Istituzione*, Bologna, 2021, pp. 41 ss. che spiega come "il ritorno delle istituzioni, nello scenario culturale novecentesco, non passa per lo Stato, ma per la società".

[45] Molto attento all'evoluzione storico-sociale e istituzionale dei rapporti tra Stato e Individuo al fine di ricavare i caratteri peculiari e il ruolo dell'attuale amministrazione è R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., *passim* in tutta la prima parte del lavoro.

[46] F. BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario,* in *Riv. giur. Mezzogiorno,* 4/2018, p. 1306, tratto da *Studi in memoria di Enrico Guicciardi,* Padova, 1975, pp. 807 ss., ove l'Autore incardina la sua teoria del rapporto paritario tra Amministrazione e Individuo sul presupposto che la Costituzione ha completato "l'edificio delle garanzie dell'individuo nei confronti dell'Amministrazione", sia per il tramite dell'art. 2 Cost., del quale l'art. 97 Cost. rappresenta una specificazione, sia grazie alla piena tutela giurisdizionale anche degli interessi legittimi, che prima soffrivano di lacune di tutela rispetto ai diritti soggettivi, riconosciuta agli artt. 100, 103 e 125 Cost. Il capovolgimento del rapporto autorità-libertà in favore della seconda ha permeato l'intero pensiero dell'illustre Autore, ritenendo come la libertà dell'Individuo caratterizzasse tutte le fasi della pubblica decisione, anche di natura amministrativa, in quanto "conseguenza giuridica necessitata della concezione costituzionalmente orientata del rapporto amministrativo", L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2017, p. 104, al punto che l'intera militanza scientifica di Benvenuti, com'è stato rilevato, può definirsi una "*bibliografia repubblicana*", così B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo,* in *Dir. amm.,* 4/2015, p. 841. Su questi aspetti del pensiero di Feliciano Benvenuti, tra tutti, cfr. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* Padova, 2018, pp. 48 ss.; ID., *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* 1/2018, p. 243; U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti,* in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti. Atti del convegno, Venezia 11 dicembre 1999,* Padova, 2001, pp. 51 ss. A questo tema, inoltre, è dedicata la monografia F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva,* Venezia, 1994, oggi in *Scritti giuridici. Monografie e manuali,* vol. I, Milano, 2006, pp. 869 ss. In senso parzialmente difforme rispetto al ribaltamento del rapporto tra Amministrazione e cittadino, ritenendo anche attuale la condizione di superiorità della p.a. sui cittadini, "la cui posizione di fronte all'esercizio (purchè legittimo) del potere amministrativo è e resta non paritaria, anzi di vera e propria soggezione", M. CAMMELLI, *La Pubblica Amministrazione. Come è cambiata ai tempi della* spending review, Bologna, 2014, p. 23. L'Autore intende elevare a dimostrazione della propria teoria l'esempio del decreto di esproprio, che rappresenta il massimo provvedimento amministrativo di compressione di libertà costituzionali del cittadino (la proprietà privata) in nome di esigenze di soddisfazione del pubblico interesse.

[47] A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 407.

[48] Per ordine valoriale deve intendersi "la ragion d'essere delle norme costituzionali (regole e principi), e dunque – pur non essendo entità propriamente giuridiche – rappresentano (paradossalmente) il livello più fondamentale e più autentico della Costituzione", così G. PINO, *Intepretazione costituzionale*, cit., p. 52.

[49] V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., p. 60.

della P.A., vecchia anticaglia dello Stato autoritario, foriero di letture formalistiche[50], non trovando alcuno spazio il buon andamento, all'epoca concepito come principio metagiuridico[51]. Il prestigio non più ammesso insieme all'ideale della *fedeltà* alla P.A. perché valori appartenenti ad un ordine assiologico superato, vengono sostituiti dalle concezioni funzionalistiche di "onore" e "disciplina" dell'art. 54 Cost.[52], oltre a quelle di buon andamento e imparzialità, principi-guida dell'attività amministrativa, sui quali oggi legislatore ed interprete sono chiamati a foggiare le relative fattispecie[53].

Si è ben consapevoli che anche questa moderna declinazione dei beni giuridici di pertinenza della P.A. determina un loro inquadramento all'interno della categoria dei "beni giuridici istituzionali". Essi, è doveroso chiarirlo, meritano uno sforzo di concretizzazione per fare in modo che assumano uno specifico profilo offensivo rispetto a ciascuna fattispecie che li tutela[54], evitando così che diventino "criteri non dotati di spiccata attitudine limitativa delle

---

[50] Per tutti, A.M. STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 132.

[51] M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico,* in *www. Ius-publicum.com,* aprile 2011, p. 34. Evidenzia questa collocazione 'extragiuridica' del principio in questione anche U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione,* in *Dig. Disc. pubbl.,* VIII, 1993, p. 132.

[52] F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione,* cit., p. 174. Ritiene, invece, che mantenga qualche spazio di rilevanza costituzionale il prestigio della p.a. come oggetto di tutela, proprio sul presupposto di una lettura contraria dell'art. 54, secondo comma, Cost. e della convinzione che il rispetto del buon andamento e dell'imparzialità passi anche attraverso il prestigio della P.A., M. ROMANO, *I delitti,* cit., p. 12.

[53] Per una lettura tassativizzante di alcune fattispecie contro la p.a., che valorizzi i criteri del *Verhaltenstypus* e del *Wertverletzungstypus* colmando così, pur sempre in un'ottica costituzionalmente orientata che esclude la supplenza giurisprudenziale, congeniti difetti di tipicità che, oltre a riflettersi sulla tenuta del *Tatbestand*, incidono anche sullo *Schuldtatbestand,* cfr. V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, pp. 1126 ss.; M. DONINI, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale,* in *Arch. Pen. web,* 2/2020, pp. 1 ss. In generale sulla 'relazione di connessione complementare' tra tipicità e colpevolezza, per tutti, nella dottrina italiana, ID., *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova, 1996, 76; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà,* Milano, 2004, p. 199. Nella dottrina tedesca, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale,* 1973, trad. it a cura di S. Moccia, Napoli, 1986, p. 48.

[54] Sulla generale necessità di "concretizzare" il bene giuridico istituzionale o macrodimensionato, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale,* Milano, 2001, pp. 543 ss. e, prima ancora, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 13. Su questa esigenza rispetto ai beni del buon andamento e dell'imparzialità così da fargli assumere un "volto funzionale" di tutela per dare concretezza alle istanze di punibilità, V. SCALIA, *La corruzione:* a never ending story. *Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale,* Torino, 2020, pp. 501 ss.; C. BENUSSI, *Diritto penale della Pubblica amministrazione,* Padova, 2016, p. 4; V. MANES, *Bene giuridico e riforma dei reati contro la P.A. in Europa,* in *Ind. pen.,* 3/2000, p. 1362 e, ancor prima, L. STORTONI, *L'abuso di potere,* cit., pp. 156-160. In senso critico rispetto all'opportunità politico-criminale di introdurre fattispecie a tutela di un cd. bene istituzionale nel campo dei delitti contro la p.a. G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2011, p. 589, in quanto questa tendenza è "giustificata rispetto a realtà, per diversi motivi, non colte esplicitamente dalla Costituzione – basti pensare alle incriminazioni nel diritto penale dell'ambiente o dell'economia – altrettanto può dirsi quando essa ha invece indicato precisamente lo spazio protetto, come appunto avviene nell'art. 97 Cost., a proposito della Pubblica amministrazione?". Osserva F. ANGIONI, *op. ult. cit.,* p. 143 nt. 105 che poiché "in ogni caso sarebbero beni giuridici le frazioni del bene collettivo o le singole attività o rapporti viventi nell'istituzione", allora "non si tratterebbe mai di un problema critico (le istituzioni etc possono essere entità legittimamente tutelabili?), ma solo di problema dommatico (qual è il termine di relazione dell'offesa: il bene collettivo nel suo complesso, o porzioni di esso, quali che siano?)".

incriminazioni, che rischiano di trasformarsi (…) in meri slogan"[55] e, abbandonando una dimensione eminentemente pubblicistica della tutela, approdino a concretizzazioni individuali della stessa, che va ricostruita "con tratti specifici a seconda delle singole norme"[56]. Peraltro, in questo compito di *seriazione* del bene giuridico[57], l'interprete non è giovato dalla ripartizione del titolo II nei vari capi, poiché questa, facendo esclusivo riferimento al soggetto attivo (pubblico agente o privato), non illumina né le modalità né la relativa proiezione lesiva delle singole figure, rimettendo al giudice l'arduo compito *ermeneutico* di ricavare da testi che prestano il fianco a letture *eticizzanti* tipi criminosi rispettosi del volto costituzionale dell'illecito penale[58].

Alla mutata cornice istituzionale e costituzionale ha fatto seguito giocoforza un rinnovato sfondo assiologico di legittimazione dell'intervento penale, inteso quale *extrema ratio* solo nei casi di lesione di beni giuridici costituzionalmente rilevanti e vincolato alle funzioni relative della pena, non ammettendo più letture formalistiche degli oggetti di tutela, oggi esclusi dalla *comprensione sociale* necessaria per conferire ad un determinato valore la dignità di bene penalmente rilevante[59]. Così, "esulano dalla tutela penale i rapporti meramente interni agli organi della p.a., poiché gli eventuali abusi o le deviazioni dei

---

[55] S. FIORE, *Introduzione,* cit., p. 9.

[56] V. MANES, *Bene giuridico e riforma dei reati contro la P.A.,* cit., p. 1362.

[57] Si pronuncia in senso critico rispetto a questa tecnica di seriazione dei beni giuridici A. FIORELLA, *Reato in generale,* in *Enc. Dir.,* XXXVIII, 1987, pp. 797 ss. in quanto rischia di rendere sempre più sfocato il bene giuridico e, dunque, di determinare che la condotta perda di 'presa diretta' rispetto a quest'ultimo. Nell'ambito delle nostre riflessioni, però, s'intende "seriazione" come sinonimo di "concretizzazione", secondo un'operazione volta a rendere meno liquido e umbratile il bene giuridico di categoria.

[58] Nell'ambito delle applicazioni dei reati contro la p.a., frequenti, infatti, sono le occasioni in cui i giudici di legittimità, abbandonati nelle operazioni esegetiche di norme incriminatrici dagli scopi di tutela apparentemente poco definiti, utilizzano il grimaldello dello schema della plurioffensività, necessaria o eventuale, per ampliare l'area di rilevanza penale di determinate fattispecie. Un esempio, per tutti, è offerto dalle Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sullo spazio di operatività della fattispecie di peculato d'uso, che vi hanno attribuito natura plurioffensiva eventuale. Sez. Un., 2 maggio 2013, n. 19054, in *Dir. pen. cont.,* 12 maggio 2013, con nota critica di C. BENUSSI, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati risponde di peculato d'uso.* Su questa tendenza giurisprudenziale di 'colorare' liberamente, a seconda delle esigenze di tutela che vengono in rilievo nel singolo caso, i beni di pertinenza della p.a., su tutti buon andamento e imparzialità, M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.,* in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia,* Torino, 2016, p. 9, ove si legge che "da un lato nelle pronunce di legittimità il riferimento ad imparzialità e buon andamento sia in un modo o nell'altro praticamente onnipresente, dall'altro, però, lungi dall'essere effettivamente *utilizzati* in chiave esegetica, questi due beni vengano semplicemente *richiamati* a mo' di premessa, assumendo così più il significato di una mera clausola di stile che non di un solido strumento di definizione del disvalore di evento di volta in volta fondante la singola incriminazione. Il dato emerge con nettezza soprattutto dall'analisi delle numerosissime sentenze che affermano il carattere *plurioffensivo* dei delitti contro la P.A. (…)".

[59] V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 175 ss. Sul punto, chiarisce G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/1982, p. 69 che "lo strumento penale possiede una *sittenerhaltende Kraft*, con questa espressione volendosi alludere all'attitudine del diritto penale a rafforzare e confermare orientamenti di valore *già* diffusi nella coscienza sociale" e non esplica, invece, una "*sittenbildende Kraft*", cioè una funzione di orientamento culturale che tende "a inculcare nei cittadini soprattutto valori del mutamento sociale".

soggetti intranei all'organizzazione amministrativa trovano in tale sede tempestivo rimedio nei poteri di revoca, di sostituzione, di avocazione, nonché da ultimo nei poteri disciplinari"[60].

Il rapporto verticistico si concretizzava, infatti, nella previsione di alcune fattispecie che tutelavano solo l'immagine della p.a., ed oggi da rileggere alla luce dei valori consustanziali allo Stato costituzionale di diritto. A ben vedere questa lettura aveva buon gioco grazie al ribaltamento di finalità che lo Stato totalitario perseguiva rispetto allo Stato liberale prima e costituzionale poi. Esso consisteva nel rovesciare l'ordine delle priorità: quelle dello Stato assoluto come regola, le libertà dei cittadini come eccezione, secondo una visione del tutto paternalistica che rendeva "lo stato di polizia una società di minori"; al quale si contrapponeva lo stato liberale come "una società di adulti"[61].

2. *Il modello statico di Amministrazione che fa da sfondo al codice Rocco e "il legalismo imperante" come* instrumentum regni

I riflessi della visione 'statica' di Amministrazione e del rapporto verticale tra Autorità ed Individuo non potevano non incidere nel profondo anche nelle vicende interne tra i poteri statali.

Una peculiare forma di manifestazione riguardava il valore attribuito alla legalità penale, che smaschera così il proprio carattere storicamente relativo[62] e la sua "duttilità politica"[63]. Volendo riprendere una chiara metafora di Calamandrei, "nello stampo della legalità penale si può colare oro o piombo", alla quale quest'ultimo aggiungeva che "al piombo della legalità fascista si doveva ora sostituire l'oro della legalità costituzionale"[64].

---

[60] F. TAGLIARINI, *Il concetto di P.A. nel c.p.,* cit., p. 145.

[61] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 31.

[62] F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali,* in *www.legislazionepenale.eu,* 29 gennaio 2016, pp. 2-6. Con questa accezione, l'insigne Maestro intende che "consapevolezza della relatività significa acquisire coscienza critica delle *trasformazioni* cui anche la legalità è soggetto nel fluire e nelle mutevoli condizioni della storia; non significa certo accettare i *tradimenti* che della legalità si consumano più o meno platealmente". Nel senso che la concezione del principio di legalità adottata risente del rapporto tra lo Stato e il cittadino, altresì R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione* tipiche: *l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2013, p. 573.

[63] S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta',* pp. 34-35, ove ricorda anche che secondo uno dei massimi penalisti dell'epoca fascista, Biagio Petrocelli, il principio di legalità era "una delle basi più solide del regime autoritario".

[64] La metafora è presente in P. CALAMANDREI, *Prefazione,* in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* II ed., Firenze, 1950, ed è stata ricordata in un recente scritto di F. PALAZZO, *Il principio di legalità, cit.*, p. 1

In questa prospettiva, l'attribuzione esclusiva al potere legislativo, che in quella dimensione istituzionale dipendeva dall'Esecutivo nel senso di 'complice necessario'[65], della competenza ad intervenire in materia penale veniva utilizzata quale forma di *instrumentum regni*, di consolidamento dei regimi totalitari[66]. Com'è stato osservato, "il legalismo imperante (…) non ha inverato affatto l'espressione diretta e autentica della 'volontà generale', bensì il riflesso delle intenzioni 'conservatrici' di una piccola frazione di individui che condivideva lo *status* di proprietario e quello di classe economicamente dominante"[67]. Così, dietro la maschera della generalità e dell'astrattezza, la legge finiva per essere espressione di un "Parlamento selettivo per ragioni di ceto, censo, sesso", riducendo la legalità baluardo di tutela dell'individuo dalle ingerenze statuali nei diritti fondamentali e vettore di prevedibilità del precetto ad un valore del passato liberale, che si riaffermerà poi solo come precipitato del costituzionalismo, "vello d'oro degli Argonauti, capace di sanare tutte le ferite del passato e di evitare il ripetersi di tradimenti sostanziali della legalità"[68]. La

---

[65] L'immagine del ruolo delle Camere nel ventennio fascista che ereditiamo dal racconto di Piero Calamandrei è decisamente più cruda. Queste vengono rappresentate come il luogo dove si svolgeva "quel triste giuoco di figurar di discutere ciò che già era stato deciso in anticipo (…) tutte queste cerimonie non furono che scenografia, preordinata a far credere che l'autorità di questo regime avesse dietro di sé il consenso". Così P. CALAMANDREI, *Il regime dell'illegalità,* in ID., *Non c'è libertà senza legalità,* Roma-Bari, 2013, p. 50, estratto di un manoscritto databile 1944, intitolate *Libertà e legalità*.

[66] Offre uno spaccato della dimensione della legalità nei diversi regimi totalitari nazista, fascista e sovietico, P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale,* in *Quad. fior.,* 2007, I, pp. 15-17, il quale sottolinea come le esperienze tedesca e russa, "che della tradizione dello Stato di diritto costituiscono la più radicale sconfessione", abbiano raggirato la funzione garantista del principio di legalità per finalità di consolidamento del regime autoritario, attraverso la soppressione del divieto di analogia, che invece rappresentava "una delle più significative espressioni del principio di legalità penale, sullo sfondo del *Rechtsstaat*"; nel "totalitarismo imperfetto o attenuato", invece, come quello di stampo fascista, "il divieto di analogia resta in piedi e per il conseguimento dei suoi obiettivi il regime fa affidamento, per un verso, sul doppio binario della 'norma' e della 'eccezione' e, per un altro verso, sulla fascistizzazione dei funzionari e dei giudici", p. 19. La cultura autoritaria fascista, infatti, non è mai riuscita a occupare del tutto lo spazio di autonomia del diritto, come dimostra la rilevante circostanza della difesa e del mantenimento del principio di legalità, per il quale molti autorevoli intellettuali dell'epoca si battevano, a differenza di quanto accaduto nelle esperienze totalitarie della Germania nazista e nell'Unione sovietica, cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* Roma-Bari, 1999, p. 41. Una panoramica delle caratterizzazioni dei totalirismi nazista e sovietico e una differenziazione questi e lo Stato autoritario fascista è offerta anche da F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime,* Milano, 2001, pp. 13-17, il quale specifica che "lo Stato totalitario va ben al di là dello Stato autoritario: esso pretende di costituire una forma superiore di legittimità, di attuare la legge della storia e della natura senza tradurla in principio di giusto e ingiusto per il comportamento individuale". Per una lucida analisi delle peculiarità del diritto penale nella Germania nazista, cfr. T. VORNBAUM, *Il diritto penale nazionalsocialista,* in *Dir. pen. XXI sec.,* 2/2018, pp. 300 ss. Sul carattere strumentale della "indeterminatezza" rispetto agli scopi dello Stato totalitario, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979, pp. 109 ss.

[67] G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,,* 3/2018, p. 1411. Definisce le istituzioni parlamentari la maschera della "dittatura di un'oligarchia, di cui Parlamento e dinastia erano diventati strumenti", P. CALAMANDREI, *Il regime dell'illegalità,* cit., p. 49.

[68] G. AMARELLI, *Dalla legolatria,* cit., p. 1414. Ampiamente sul principio di legalità *sub specie* riserva di legge, soprattutto per un suo inquadramento all'interno del principio di rappresentatività democratica del Parlamento ed espressione della volontà generale dei consociati, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale,* Napoli, 2012, 27 ss.

legalità penale abbandona la propria anima liberale ma non perde, almeno nella forma della retorica del regime, l'appartenenza al "frasario dello Stato di diritto: si preferisce piuttosto bloccarne il moto pendolare sul polo dell'autorità, anziché su quello della garanzia"[69]. In quel clima politico-istituzionale, infatti, si riteneva che le istanze di garanzia fossero soddisfatte dall'intervento legislativo, apparentemente espressione della democrazia, a prescindere dai suoi contenuti e dalle spinte valoriali che lo giustificavano[70].

La ragione per la quale la matrice parlamentare della legge penale aveva natura e scopo strumentali agli interessi del regime del "legalismo imperante" consisteva proprio nell'assenza di quel procedimento circolare di discussione ampia e democratica che anticipava l'intervento in materia penale e che, oggi, legittima il monopolio legislativo perché contesto nel quale il popolo esercita, nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione, la propria sovranità[71]. La sostanza democratico-garantista del principio di legalità non consente che esso venga svuotato del proprio significato più intimo di "quintessenza dello Stato di diritto", in cui maggioranza e minoranza s'incontrano, partecipando con un atteggiamento paritario alla procedura che porterà all'approvazione di una legge penale. Per questo motivo, la legalità "smarrisce la sua più autentica funzione legittimatrice (…) specie quando una maggioranza numericamente soverchiante non si fa scrupolo di imporre la sua politica-criminale di parte in pressoché totale dispregio dell'opposizione"[72]. In questa prospettiva, infatti, può ben riconoscersi come la legalità

---

[69] P. COSTA, *Pagina introduttiva,* cit., p. 17. Questa concezione di legalità, di matrice giuspositivistica, era fulgida espressione della svalutazione dei saperi alternativi, delle scienze integrate fomentando così un tratto che caratterizza(va) i totalitarismi, fondati su una evidente base populistica, dato cioè dall'antiintellettualismo, chiudendo il diritto nel proprio formalismo. Sui caratteri del populismo con particolare riguardo alle pulsioni antintellettualistiche, E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali,* Torino, 2020, pp. 98-99 e, in particolare, sull'utilizzo della legalità come strumento di personificazione di uno "Stato forte", spec. 204. Questa cesura rispetto alle altre scienze con cui integrare il sapere giuridico e, nello specifico, penalistico, è evidenziata da M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate,* cit., p. 129, ove si legge "è evidente che in questo modo anche il diritto penale conosce una *delegittimazione culturale*: i suoi nessi strettissimi con la letteratura, psicologia, teatro, cinema, politica, criminologia, sociologia, teologia, morale, storia del diritto, delle istituzioni etc. vengono liquidati come secondari o inessenziali. La più filosofica e colta delle materie giuridiche positive ne risulta decapitata nelle sue radici umanistiche".

[70] Lo evidenzia R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, p. 1541, ove specifica che "prima del moderno costituzionalismo, i principi di garanzia si identificavano con la democrazia, nel senso che le finalità perseguite dai principi di garanzia si riteneva costituissero lo stesso obiettivo del legislatore, con la conseguenza che oltre a esistere un rapporto «armonico» tra democrazia e principi di garanzia, esisteva anche un rapporto tale per cui le garanzie sostanziali erano nella sostanzia riassorbite in quelle formali".

[71] La letteratura sul tema è vastissima. Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari, 1989, *passim.*

[72] G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia,* in *Quad. fior.,* 2007, II, p. 1258, il quale, tuttavia, spiega come "le condizioni che fanno da presupposto – beninteso, sempre in linea teorica – a un diritto penale democraticamente legittimato non si esauriscono, a ben vedere, nel metodo democratico di discussione: il livello di democraticità delle opzioni di politica criminale dipenderà anche dalla loro maggiore o minore conformità a criteri di fondatezza empirico-scientifica intersoggettivamente verificabili". Sulla dimensione

penale, abbia tratto giovamento, al punto poi da essere incardinata tra i principi appartenenti all'*hardcore* del nostro Stato di diritto[73], dall'evoluzione del parlamentarismo (*rectius,* dalla decisione costituente di impostare la nostra Repubblica su una democrazia parlamentare retta da un bicameralismo perfetto)[74], divenendo, per dirla con una metafora di Pietro Costa, "principio non già collocato nel salone di rappresentanza del palazzo penale per essere fatto oggetto di retorici e rituali omaggi, ma presentata piuttosto come una struttura portante, strettamente collegata con le parti vitali dell'edificio"[75].

D'altronde, una conferma di quella concezione formale della legalità cui si accennava, di marca squisitamente autoritaria e giuspositivistica, poteva altresì ricavarsi dalla centralità che la *littera legis* rivestiva nel meccanismo interpretativo, unica stella polare che guidava il giudice nel percorso applicativo della fattispecie[76]. Con questo riferimento, è doveroso sottolinearlo, non s'intende aderire a concezioni ermeneutiche della legalità penale, che "contribuiscono non solo a smantellare l'onnipotenza del legislatore ma mettono in discussione anche l'onnipotenza del giudice"[77]. Esse si propongono di cancellare la rilevanza discorsivo-democratica del procedimento legislativo-parlamentare al fine di valorizzare la tutela immediata dei diritti fondamentali[78], e pretendono di mettere a nudo, proteggendosi dietro l'apparente scudo delle entropiche teorie *neocostituzionalistiche*[79], i limiti e

---

sostanziale e non meramente formale della riserva di legge, nel senso di intendere "il Parlamento come sede di *controllo democratico sui contenuti delle scelte di incriminazione*, non come garanzia di scelte a maggioranza", M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale,* cit., p. 83.

[73] C. cost., tra tutte, 230/2012; 115/2018; 32/2020. Sul punto, per tutti in dottrina, T. PADOVANI, jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale,* Napoli, 2014, pp. 8-10, il quale attribuisce al principio di legalità il carattere di "quintessenza dello Stato di diritto" insieme al principio di separazione dei poteri e al principio di uguaglianza.

[74] In questo senso, V. MAIELLO, *Il bicameralismo asimmetrico nello specchio della riserva di legge in materia penale,* in *www.federalismi.it,* 15/2016, 2. Sulla crisi di questo paradigma di legalità e sul declino del principio di rappresentatività, tra i molti, T. PADOVANI, jus non scriptum, cit., pp.14 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia,* cit., pp. 1255-56. L'essenza del procedimento legislativo bicamerale alla base della riserva di legge in materia penale è stato ribadita anche dalla Corte costituzionale, cfr. C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

[75] P. COSTA, *Pagina introduttiva,* cit., p. 4.

[76] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica ed armonizzazione europea,* cit., p. 87; R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova legalità"*, cit., p. 144.

[77] F. PALAZZO, *Il principio di legalità,* cit., p. 10.

[78] F. PALAZZO, *op. ult. cit.,* p. 7.

[79] Con accento critico, a difesa della centralità del testo e della "certezza del diritto invece che della prevedibilità delle decisioni giudiziarie", G. INSOLERA, *Il limite della legge,* in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale,* Pisa, 2019, p. 117; ID., *Oltre il giardino,* ivi, p. 128; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale,* ed. II, vol I, Torino, 2019, pp. 79 ss.; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni,* Pisa, 2019, p. 111. Nel senso di continuare a dare centralità al testo, aprendo anche ad un'ermeneutica rispettosa della legalità del testo, con accenti parzialmente diversi, *ex multis* cfr. R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. Pen.*, 3/2020, pp. 143 ss.; F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 1/2020, pp. 45 ss.; V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Beccaria,* Napoli, 2021, pp. 61-63; ID., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici,* Napoli, 2020, pp. 25 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità,* cit., pp. 1429 ss.; ID., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio,* in *Cass. pen.,* 1/2014, p. 416; M. DONINI, *Fattispecie o* case law? *La*

l'anacronismo del testo come contenitore ermetico dell'area di applicazione delle fattispecie[80]. Nella prospettiva del presente studio, anzi, si condivide un'impostazione che tenta di recuperare il volto democratico-rappresentativo della legge penale scolpito nel testo[81], che, attraverso un procedimento discorsivo arrivi a garantire la tutela dei diritti fondamentali, terminando per ottenere un'ampia base di consenso sociale[82]. D'altronde è la stessa Corte costituzionale che, in una recente vicenda che aveva tentato di destabilizzare il "paradigma di giuridicità" del nostro sistema legicentrico[83], ha ricordato che l'interpretazione consentita è solo quella che può muoversi "nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo"[84] e, successivamente in un'altra questione ancor più recente, che "è il testo della legge – non già la sua successiva

---

"prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza, in *Quest. Giust.,* 4/2018, pp. 79 ss.; V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente. Appunti di deontologia ermeneutica,* 17 gennaio 2018, pp. 6 ss.; ID., *Corruzione senza tipicità,* cit., pp. 1147-1148; F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica,* cit., 81 ss.; ID., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo,* Napoli, 2011, pp. 16 ss.; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale',* in *Quad. fior.,* 2007, II, pp. 1279 ss.; D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016, pp. 45 ss.; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica,* Napoli, 2007, pp. 127 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2001, pp. 353 ss., quest'ultimo soprattutto per la presa d'atto della centralità delle *pre-comprensioni* nel meccanismo interpretativo. Nella dottrina penalistica, offre una spiccata valorizzazione delle istanze ermeneutiche sottese all'interpretazione giudiziale, O. DI GIOVINE, *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano,* in *Ars Interpretandi. L'eredità dell'ermeneutica,* 2/2020, pp. 67 ss.; ID., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 299, la quale afferma che "la dottrina penalistica, dal canto suo, oramai sempre più accettata e diffusa l'idea di poter trovare un equilibrio tra la nuova dimensione funzionale affidata alla giurisprudenza ed il garantismo insito nel rispetto di un principio di legalità, una volta sdoganata la sua ottusa proiezione mitologica, comincia a mostrare sempre maggiore curiosità rispetto alle potenzialità insite nel discorso ermeneutico (forse in ritardo, da questo punto di vista, rispetto agli altri settori delle scienze giuridiche, a causa della comprensibile ma fallace tendenza a sacralizzare i principi, anziché calarli in una dimensione pratica) ed ad affacciarsi verso nuovi orizzonti di ricerca che tendano sempre più ad accostare le caratteristiche degli ordinamenti di *common law* anche a quelli del (non poi così) antagonista modello di *civil law*". Per un quadro completo dei diversi indirizzi maturati in seno alla feconda discussione attorno al tema, si vedano i saggi pubblicati nei volumi 1/2016 e 2/2020 della rivista *Ars Interpretandi*, il primo su *Ermeneutica e diritto penale*, il secondo su *L'eredità dell'ermeneutica*.

[80] M. VOGLIOTTI, *Introduzione,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016, pp. 7 ss.; ID., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale,* Torino, 2011, p. 115, il quale, icastico, afferma che "affidare le sorti dei valori sottesi al principio di legalità alla determinatezza dell'impianto linguistico della fattispecie significa collocare quei valori su fondamenta fragili". L'insigne Autore assegna al testo una funzione non già rigorosamente denotativa ma solo "esemplificativa del tipo criminoso". Egli ridimensiona così in maniera significativa il valore della determinatezza della disposizione incriminatrice, dal momento che "se si intendesse obiettare che una formulazione aperta aggraverebbe il procedimento interpretativo a causa dell'estensione delle possibilità interpretative, allora si sarebbero fraintesi i compiti dell'interprete, i quali non consistono affatto nell'applicazione di qualcosa di già preformato, ma nella formazione tramite l'applicazione".

[81] Il testo, che si concretizza nella categoria della tipicità, attribuisce valore giuridico alla fattispecie. In questo senso, a ricordarlo, è, per tutti, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato,* III ed., Torino, 2019, p. 45. Sulla centralità del testo e degli elementi della tipicità, doveroso è il rinvio a F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* cit., *passim.*

[82] Sono queste tre, infatti, le caratteristiche della legalità penale nel nostro stato costituzionale, riconosciute da F. PALAZZO, *Il principio di legalità,* cit., pp. 3 ss.

[83] Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze C. cost. 230/2012, 49/2015 e 115/2018, 24-25/2019.

[84] C. Cost., 31 maggio 2018, n. 115, §11.

interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte"[85].

Lo sfondo istituzionale e costituzionale, e, pertanto, valoriale, nel quale operava il testo era profondamente diverso nelle due esperienze, quella fascista e quella costituzionale. Nella prima, infatti, gli elementi descrittivi della fattispecie erano espressione di una concezione metodologica del bene giuridico, che identificava tautologicamente quest'ultimo nella *ratio* di tutela della disposizione, di matrice giuspositivista e di stampo tecnico-giuridico[86]. Lo scopo di questo indirizzo chiuso nel proprio formalismo concettuale e nella negazione del contributo assiologico esterno alla norma, fondato sulla "egemonia ormai incontrastata della cultura civilistica e del modello epistemologico da essa proposto"[87], consisteva nel garantire certezza applicativa, svuotando la fattispecie di elementi 'astratti', come quelli provenienti dalla cd. *Scuola classica,* "di impronta giusnaturalistica, antistorica, staccata dalle leggi dello Stato", e quelli della cd. *Scuola positiva*, "che non studia più il diritto penale, ma la criminologia, la sociologia e la statistica"[88].

Recuperando l'argomento introduttivo a questa riflessione cursoria, uno strumento utilizzato per valorizzare il testo nella sua performatività formalistica era offerto dall'art. 12 delle Preleggi che, ritenendo la lettera della legge espressione della simbiosi tra diritto e Stato, nel dettare lo statuto normativo dell'interpretazione, vincolava il giudice ad attribuire alla legge nessun altro senso "se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore". I riferimenti espressi

---

[85] C. Cost., 14 maggio 2021, n. 98, §2.4.

[86] A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena,* Torino, 1913; ID., *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1910, pp. 497 ss. Sulle concezioni formali del bene giuridico, cfr. E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata,* Pisa, 2019, pp. 75 ss.; G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale,* Torino, 2015, pp.; V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 16 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., pp. 33 ss.; R. RAMPIONI, *Bene giuridico,* cit., pp. 137 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/1973, pp. 3 ss

[87] L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* cit., pp. 31 e 35. Secondo l'illustre Autore l'indirizzo tecnico-giuridico è stato influenzato, al punto da venirne travolto, dalle teorie civilistiche allora imperanti, che ereditavano questo ruolo egemonico della cultura giuridica direttamente dal diritto romano e dalla pandettistica. Essa trovava terreno fertile in Germania e aveva rimesso al centro la fondazione epistemologica del diritto romano, dal quale il diritto civile non poteva emanciparsi: "si spiega così, con questo nesso epistemologico istituito tra diritto civile e diritto romano, l'enorme sviluppo degli studi e degli insegnamenti romanistici, promosso fin dagli anni settanta del secolo scorso come base per l'edificazione di una cultura giuridica legata al nuovo Stato nazionale" (p. 18). L'analiticità e il valore teorico-generale del diritto romano, dunque, incidono profondamente nella costruzione dei concetti e del metodo d'indagine civilistici: sarà questo paradigma civilistico imperniato sul "carattere tecnico-avalutativo dell'interpretazione, sia dottrinaria che giudiziaria" (p. 35) che influenzerà poi il formalismo e rigorismo concettuale dell'indirizzo tecnico-giuridico.

[88] M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate,* cit., pp. 117-118.

all'interpretazione letterale e a quella della *voluntas* del legislatore storico, integrati con ulteriori criteri ermeneutici dapprima grazie al nuovo metodo d'indagine offerto dall'affermazione della filosofia giuridica analitica[89], poi con l'avvento del costituzionalismo (*rectius*, con il *disgelo costituzionale*[90]), e con l'armonizzazione europea

[89] È nel nuovo contesto giuridico-istituzionale che si sviluppa l'indirizzo ermeneutico della filosofia giuridica analitica, il cui manifesto è rappresentato dal saggio di N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1950, ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio,* Milano, 1976, pp. 303 ss. Questo movimento giusfilosofico, che subirà evoluzioni nel corso degli anni, soprattutto in chiave politica e realistico-analitica dell'interpretazione, tentava di ricomporre la frattura tra scienza giuridica e filosofia del diritto sul banco dell'analisi del linguaggio testuale delle disposizioni, evidenziandone le lacune e colmandole grazie a un metodo di indagine più completo che ne garantisse l'unità sistematica, mosso dall'obiettivo di assegnare componente (prescrittivo)-valutativa all'attività ermeneutica. In argomento, si vedano le ricche osservazioni di L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* cit., pp. 83 ss.

[90] La direzione semantica di questa locuzione, nella prospettiva qui adottata, indica quella stagione in cui i valori proclamati dalla Carta hanno iniziato ad essere valorizzati sul piano dell'applicazione del diritto e, naturalmente, su quello della giustizia costituzionale. Nei decenni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, questa era ritenuta fucina di "norme programmatiche o ad efficacia differita ad un lontano futuro", rispetto alle quali si doveva tenere un atteggiamento di neutralità. Queste conseguenze erano dovute al persistere della vecchia cultura giuridica, che, ancorchè formalmente sconfitta, era quella sulla quale si era formata la classe di giuristi chiamati a dare attuazione alla Carta costituzionale. Così, è stato rilevato come "la giuspubblicistica dominante continuò perciò a rimanere fedele alla vecchia dottrina dello Stato-persona quale figura astratta e ipostatizzata. (…) Lo stesso si dica dei penalisti che restarono in maggioranza fedeli all'indirizzo tecnico-giuridico nel cui nome rilegittimarono, quale suo diretto prodotto, il codice Rocco appena emendato dei suoi riferimenti fascisti". I valori, di matrice liberal-socialista, che grazie alla Costituzione dovevano penetrare nei polmoni della cultura giuridica e istituzionale repubblicana, così, "per lunghi anni (rimasero) ibernati da quello che Calamandrei chiamò l'«ostruzionismo di maggioranza», espressosi nel rinvio dell'attuazione dei suoi istituti più innovativi e garantisti: la Corte costituzionale e il Consiglio superiore della magistratura, istituiti l'una nel 1956 e l'altro nel 1958, il referendum abrogativo e le Regioni, introdotti solo nel 1970", al punto che si parlò, con una pregnante metafora, di congelamento della Costituzione. In questi termini, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* cit., pp. 57-60. A questo periodo seguirà, poi, quello di "scoperta" della Costituzione, che porterà al cd. *disgelo costituzionale,* secondo una celebre terminologia di A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale,* in Aa.Vv., *Storia dell'Italia repubblicana,* vol. II/2, Torino, 1995, pp. 115 ss. Per quello che interessa la materia penale, infatti, la Corte costituzionale ha iniziato ad utilizzare solo successivamente, declinandoli talvolta in chiave dimostrativa, talaltra, in chiave argomentativa, parametri di legittimità costituzionale ricavabili da una lettura *sostanziale* dei principi che componevano la rete normativo-costituzionale del diritto penale, su tutti il principio di determinatezza (C. cost. 96/1981), di offensività/ragionevolezza (C. cost. 189/1987; C. cost. 519/1995), il principio di personalità dell'illecito penale inteso non più solo come divieto di responsabilità per fatto altrui ma come responsabilità per fatto proprio, grazie alla storica sent. 364/1988, che ha fatto crollare l'assolutezza dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, sancita all'art. 5 c.p., da ricollegare direttamente alle funzioni 'relative' della pena, che pure trovano ampia esaltazione nella giurisprudenza della Corte (su tutte, C. cost. 333/1991). Un attore che ha vissuto in prima persona questa stagione è D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale*?, cit., p. 45 che riconosce che "da giovane magistrato (dal 1968 e negli anni Settanta) partecipai alla polemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su versioni ingenue o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e su indirizzi chiusi rispetto al *novum* costituzionale. L'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che ha assunto il senso di rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica". Intende questa etichetta in senso critico, invece, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici,* Napoli, 2020, pp. 21 ss. rispetto ad un altro versante del medesimo fenomeno. Con la stagione del *disgelo costituzionale*, invero, si fa riferimento anche a quella sorta di investitura diretta della magistratura rispetto a compiti politico-costituzionali, che le consentissero di "risvegliare la coscienza ermeneutica anche in campo penale", alterando il rapporto tra fonte di produzione della legge-testo e interpretazione. È stata soprattutto la giurisprudenza di legittimità, in questa stagione, ad ampliare (*recte* rinforzare) il proprio arsenale d'intervento sull'applicazione della fattispecie, attraverso interpretazioni spesso estensive, laddove non analogiche. In tema di reati contro la p.a., un esempio è offerto da quel filone giurisprudenziale che riteneva configurarsi la corruzione cd. impropria anche nei casi in cui non era individuato un atto. Con toni critici, segnala questo *trend* giurisprudenziale, V.

anche in sede interpretativa[91], riassunte tutte nelle varie tipologie di interpretazione conforme[92], vera "rivoluzione copernicana delle metodologie interpretative"[93], erano in grado di consegnarci l'idea di una visione della legalità prerogativa della *Auctoritas* intesa nel senso di *princeps* che gettava le proprie radici nella forma di governo e nei rapporti istituzionali, ma che poi si espandeva subito anche nella fase applicativa del diritto. Prevaleva, infatti, "la convinzione che una magistratura rigidamente gerarchizzata al suo interno e ingessata negli schemi del 'sillogismo giudiziale' fosse la migliore garanzia di una società 'ordinata'"[94], come confermato rileggendo un passo di Massimo Donini in riferimento al tecnicismo giuridico di Rocco, il quale riteneva che "della legge era responsabile il Parlamento o il Governo, comunque lo Stato, non l'interprete. Quest'ultimo, anzi, non doveva «fare politica», ma neppure «filosofare» o confondere il piano ideale della giustizia con quello della legge"[95].

2.1. L'amministrazione "controllabile" nell'"idolatria" dello Stato autoritario

Le conseguenze di tale impostazione politico-istituzionale si riverberavano anche sotto il versante organizzativo dell'amministrazione. L'esame di questi profili risulta di interesse nella presente sede proprio per 'segnare il perimetro di gioco' della nostra riflessione, per comprendere, cioè, in maniera più chiara quali sono gli sviluppi dei modelli

---

MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie corruttive,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2000, pp. 926 ss.; o anche dalla cd. concussione ambientale, T. PADOVANI, *Il confine conteso,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/1999, pp. 1302 ss.; pratiche, tutte, che "mettono nell'angolo il principio di legalità, nel corollario della tassatività" anticipando "le auspicate riforme elidendo i connotati distintivi ricavabili dal testo", G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa,* cit., pp. 594-595. Sulla cifra politica e sulle cause che hanno originato questa 'stagione' riguardante la magistratura, tradottasi anche, nelle sue estreme manifestazioni, soprattutto di natura politica, nei più noti fenomeni dei cd. pretori d'assalto, giudici col maglione o toghe rosse, cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati,* Torino, 2009, pp. 45 ss.

[91] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea,* cit., p. 84, il quale evidenzia come questa forma di interpretazione conforme si fondi su criteri strutturalmente più laschi, quando non discrezionali, in quanto le norme europee sono spesso "norme di scopo", che lasciano al giudice ampio margine applicativo, con la conseguenza che dall'individuazione dell'area di disciplina di quella norma può derivare o meno la non applicazione della disposizione interna. Sulle vicende di interazione del nostro ordinamento con quello europeo e convenzionale, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità,* cit., pp. 1445-1446, che ammette che il nostro sistema penale possa uscirne rafforzato sul piano della tutela dei diritti fondamentali, ma mette in guardia dal rischio di torsione delle legalità nella direzione di un *nullum crimen sine lege* sostituito da un *nullum crimen sine iure.* Sulla morfologia di quest'ultimo, *amplius* D. PERRONE, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia,* Torino, 2019.

[92] M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione,* in *Enc. Dir.,* IX, 2016, pp. 391 ss.

[93] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea,* cit., p. 87.

[94] P. COSTA, *Pagina introduttiva,* cit., p. 20. R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 144 riconosce come quel tipo di legalità intendesse negare "qualsiasi ruolo all'attività interpretativa del giudice, con conseguente riduzione del giudice ad una sorta di automa".

[95] M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate,* cit., p. 119.

istituzionali e normativi di amministrazione[96] e, dunque, oggi come essa si *comporta.* Da ciò, infatti, deriva la fisionomia dell'amministrazione rispetto alla quale è possibile definire uno statuto penale *tipico e offensivo*.

L'ideologia Stato-centrica, dunque, aveva determinato la creazione di un modello "controllabile" di amministrazione, che distribuiva le proprie funzioni tra uffici. Questi, pur ponendosi "al di fuori dello Stato" perché si costituivano nella forma di aziende o enti pubblici, mantenevano una dipendenza diretta, per numero e dislocazione, dallo Stato centrale, nella veste dei ministeri. Tale 'macchina pubblica' si presentava in maniera sicuramente più complessa rispetto al modello liberale dello Stato ottocentesco, nel quale l'amministrazione "razionale" e moderna era sorta[97], ma più agile rispetto all'assetto dello Stato sociale[98], che, proprio a causa della sua complessità organizzativa, ha conosciuto nuovi e vari tipi di amministrazione, molti dei quali regolati da strumenti afferenti al diritto privato, come nel caso delle amministrazioni private controllate dal potere pubblico[99], alle quali nel tempo si sono aggiunte molte forme di cd. organismi satellite[100]. Questi nuovi corpi amministrativi, diffusi a partire dagli anni Venti del secolo scorso e meglio noti come

---

[96] Per una ricostruzione di tali aspetti, cfr. M. CAMMELLI, *La Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 17 ss.

[97] P.P. PORTINARO, *Tipologie politiche e sociologia dello Stato. Gaetano Mosca e Max Weber,* in *Annali Fondazione Luigi Einaudi,* Torino, 1968, p. 429. Il pensiero di Max Weber e Gaetano Mosca s'intreccia, in quanto in entrambi ciò che consente allo Stato moderno di distaccarsi dallo Stato cetuale, di tipo patrimonialistico (Weber), è la razionalizzazione degli apparati burocratici (Weber) e la conseguente specializzazione delle funzioni (Mosca). Il modello moschiano si fonda su un "tipo misto", che unisce l'attività delle assemblee elettive, che rispondono ad un principio elettivo, l'operatività del potere burocratico, reclutato secondo un principio autocratico. In questo senso, P.P. PORTINARO, *op. ult. cit.,* pp. 412-414. Weber, invece, attribuisce maggiore rilievo all'unicità sovrana politica: l'amministrazione non è più neutrale, ma è asservita alla politica, la quale, grazie all'amministrazione, realizza i propri interessi. Si radica così l'idea dello Stato amministrativo che vede nel simbiotico rapporto politica-amministrazione e nel ruolo del giudice le proprie peculiarità, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato (storia),* cit., 724-725 e 753.

[98] L'interventismo statale, che porta con sé un'organizzazione molto più strutturata, finalizzato al progresso economico e sociale è sicuramente figlio di un'evoluzione dei meccanismi di gestione del rapporto autorità-libertà, che negli stati liberali pendeva del tutto in favore del secondo, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Economia (intervento della pubblica amministrazione nell'),* in *Noviss. Dig. It.,* 1960, p. 365. L'insigne Autore spiega, tuttavia, come "la pratica liberistica acquista (…) il valore di una parentesi, legata all'insorgere di particolari e contingenti condizioni", in quanto è proprio "il capitalismo liberistico (a) reca(re) in sé stesso i fattori principali del suo superamento, nella tendenza monopolistica delle grandi imprese, e nella formazione del proletariato industriale, naturale campo delle ideologie socialiste". Sul tema, e più in generale, sull'importanza del diritto pubblico dell'economia, le sue problematiche di regolazione, anche alla luce delle osservazioni di carattere più sociologico ed economico, non si può omettere il riferimento alla *Prolusione letta il 12 marzo 1959 alla Sapienza* da Massimo Severo Giannini, su cui M. D'ALBERTI, *La prolusione romana di Massimo Severo Giannini,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2018, pp. 3 ss. e spec. 8 ss.

[99] Sul punto cfr. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano,* Bologna, 1983, pp. 16 ss.

[100] M. CAMMELLI, *La Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 14-15 ben testimonia questa metamorfosi dell'amministrazione. Egli ne incardina la relativa nozione sull'immagine iconografica dei tre cerchi concentrici, ove il primo e "più ristretto" corrisponde ad enti che assolvono funzioni di natura autoritativa; il secondo "di dimensioni crescenti", che accoglie queste nuove forme pubblicistiche di amministrazione di natura negoziale e "con veste giuridica privatistica"; il terzo, infine, "formato da soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche o che si avvalgono di risorse e beni pubblici".

"amministrazioni parallele"[101], hanno occupato gradualmente sempre più la scena dell'assetto amministrativo, rappresentando i nuovi organi cui lo Stato centrale delegava la realizzazione dei propri interessi e l'erogazione di prestazioni pubbliche. Nello Stato fascista, tuttavia, questi enti pubblici, che poi gemmeranno in maniera ponderosa nell'esperienza repubblicana, sono deputati a garantire gli interessi di categoria e delle corporazioni, essendo dunque anch'essi espressione della visione Stato-centrica[102]. La centralità di questi corpi nel tessuto statale fascista si riflette anche nel numero di dipendenti pubblici cui viene affidata la gestione di tali enti, che si moltiplica rispetto all'esperienza giolittiana.

Lo Stato fascista, che aveva ereditato la struttura amministrativa reduce dall'esperienza di Cavour e di Crispi, si rende ente previdenziale e assistenziale, avvia un'attività imprenditoriale e diversifica le proprie funzioni[103]. Tuttavia, sarà nel secondo dopoguerra che esplode il ricorso all'area dell'azione amministrativa, che trasformerà anche il volto degli organismi amministrativi: prolifereranno istituti di natura privatistica, come associazioni, fondazioni, società, aprendo le porte a quello che è stato definito "pluralismo amministrativo"[104].

La tendenza ad implementare l'area di pubblico intervento diventerà, dunque, sempre maggiore con la costituzione dello Stato sociale, che assorbe gran parte della vita dei cittadini[105]. Le conseguenze, però, non saranno solo positive: la produzione legislativa diventerà ipertrofica e non sarà in grado di regolare tutte le manifestazioni dell'intervento pubblico, che spesso necessiteranno della delega a fonti regolamentari e sub-legislative, da un lato relegando la legge alla disciplina solo di determinati aspetti, dall'altro provocando una dispersione e rarefazione delle fonti[106], in netta controtendenza rispetto al "legalismo imperante" operante nel regime, cui si è accennato prima. Soprattutto questi ultimi fenomeni incideranno significativamente sul versante procedurale, complicandolo[107]: si enuclea così il modello di una «amministrazione per atti», nel quale "il compito amministrativo legale è

---

[101] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., pp. 34-40.

[102] S. CASSESE, *op. ult. cit.,* p. 38. Altra espressione del progetto istituzionale dello Stato corporativo può osservarsi dal punto di vista della legislazione, che accoglie le leggi sulla statalizzazione dei sindacati, sulla contrattazione collettiva, la legge sulle corporazioni del 1934 e del 1939: l'impianto istituzionale era tutto fondato sulla solidarietà organica di tutti gli attori che componevano lo Stato. Sul punto, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* cit., p. 40.

[103] Sullo Stato come "grande impresa" cfr. M. FIORAVANTI, *Stato (storia),* cit., p. 747.

[104] S. CASSESE, *Lo stato ad amministrazione disaggregata,* cit., p. 472.

[105] M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/1979, pp. 391-392. Tendenza altresì descritta in maniera ricca da R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 54.

[106] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 20.

[107] S. CASSESE, *Cosa resta,* cit., p. 4.

il solo consono alle esigenze della società, e l'azione amministrativa legale è, per ciò solo, anche azione amministrativa efficiente"[108]. Lo Stato in tal modo incrementa le proprie funzioni e, accanto all'erogazione dei servizi tipici del potere pubblico, assume l'organizzazione, e la conseguente spesa, di un corposo novero di prestazioni che sono pubbliche solo per scelta politica, come, ad esempio, la produzione dell'elettricità[109].

La moltiplicazione della 'richiesta di amministrazione' determina, pertanto, il ricorso alla delega di funzioni da parte degli organi centrali verso cd. organismi satellite, che a partire dagli anni '60 assumeranno le forme più varie, come società per azioni con capitale interamente pubblico, tra le quali si distinguono molte Agenzie, ad es. Invitalia o Consip, cui vengono delegate specifiche funzioni pubbliche svolte per conto dei vari Ministeri competenti, concimando il terreno per l'esplosione delle privatizzazioni a partire dagli anni '90[110]. Il risultato è il passaggio "dallo Stato ad organizzazione compatta allo Stato ad organizzazione disaggregata", riprendendo un saggio di Sabino Cassese, ove l'insigne autore spiega come "l'amministrazione unitaria è divenuta differenziata, da gerarchica frammentata, da uniforme differenziata, tanto che è invalso il termine «*adhocrazia*» per indicare che si sono attenuate o perdute le tre caratteristiche tradizionali, della unitarietà, della gerarchia e della uniformità"[111]. Si afferma, in breve, un modello multiforme di Stato, che passa da "Stato gestore al modello dello «Stato imprenditore», sino al modello dello «Stato regolatore»"[112], e ad uno "Stato pluriclasse", per etichettare quel modello in cui tutte

---

[108] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»,* in *Scritti in onore di Elio Casetta,* II, Napoli, 2001, p. 821.

[109] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 22.

[110] V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione,* Torino, 2010, pp. 85 ss., ove chiarisce come "le attività «riservate» non gestite «direttamente» dallo Stato (con appositi organi, le «aziende statali», come a lungo è avvenuto nel settore postale o ferroviario) o da enti pubblici economici (come nel caso dell'energia elettrica, a seguito della nazionalizzazione della filiera nel 1962, e l'istituzione dell'ENEL) ovvero, a livello locale, da aziende «municipalizzate» dei comuni, erano generalmente attribuite mediante apposito provvedimento di «concessione» a società per azioni (spesso «in mano pubblica», o a società «di interesse nazionale»), dove tuttavia i concessionari si ritenevano operare come «organi indiretti» della P.A., e non nella veste di imprenditori retti dal principio di libera iniziativa economica".

[111] S. CASSESE, *Lo stato ad amministrazione disaggregata*, cit., p. 467, mentre spec. 468-470 per un'analisi più dettagliata degli organismi satellitari cui sono demandate compiti di pertinenza dei vari ministeri.

[112] V. MANES, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali. L'impatto dei processi di privatizzazione e liberalizzazione,* in *Corruzione e illegalità nella Pubblica Amministrazione. Evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma,* in Aa.Vv., Roma, 2012, p. 13. In altri termini, come rilevato da L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività,* in Aa.Vv., *La Pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessi e indicazioni di riforma. Atti del XXXIV convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione,* Varenna 16-18 settembre 1993, Milano 1995, p. 65, "accanto all'amministrazione che impone sono andate via via crescendo sempre più l'amministrazione che eroga, l'amministrazione che regola, l'amministrazione che negozia".

le classi sociali avanzano pretese di soddisfacimento delle proprie istanze particolari[113], che contribuiscono a formare l'interesse pubblico[114].

Gli effetti dell'implementazione dell'amministrazione, nella sua pretesa di coprire ogni momento della vita, comportano, tuttavia, conseguenze nefaste in termini di dinamismo della macchina pubblica che, anziché stare al passo col processo economico, rischia di frenarlo[115]: "l'amministrazione statale diretta si svuota di compiti, «fa fare», invece di «fare»"[116].

Se dal fronte statistico e quantitativo si ricava un dato preoccupante sotto il profilo della capacità gestionale di un motore amministrativo a tratti ingolfato, sul versante delle funzioni preposte all'intervento pubblico, il costituzionalismo che gradualmente penetra nei polmoni dell'ordinamento prova a fissare degli obiettivi, pur se generici, all'attività amministrativa, enucleando il concetto di amministrazione di *risultato* – secondo una felice e fortunata formula attribuita a Massimo Severo Giannini[117] – orientata all'attuazione di programmi di soddisfacimento delle garanzie pubbliche e individuali spesso generici, che avevano come unico termine di riferimento l'interesse pubblico[118], che si contrapponeva "alla concezione

---

[113] M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse,* cit., p. 392. Evidenzia questa natura pluralista dell'ordinamento, che influenza la funzione amministrazione, chiamata a soddisfare "l'interesse pubblico (al singolare) quale combinazione e composizione dei diversi i.p. (al plurale) singolarmente espressi nella organizzazione" A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica amministrazione,* Padova, 1979, p. 5. Nella letteratura penalistica, l'emersione di modelli differenziati ed evoluti di Stato sociale è segnalata da R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., pp. 52 ss.

[114] L'interesse pubblico, pertanto, non può considerarsi in maniera statica, in quanto esistono tanti interessi pubblici, "collettivi, diffusi, privati" che consistono nelle diverse istanze che provengono dalla dimensione pluralista della società e dell'ordinamento. M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo di Giannini,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2015, p. 384.

[115] S. CASSESE, *Cosa resta,* cit., p. 4.

[116] S. CASSESE, *Lo stato ad amministrazione disaggregata,* cit., p. 471.

[117] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»,* cit., p. 815, il quale ricorda come Giannini intendesse questa formula in contrapposizione ad una «amministrazione per atti». Con toni critici sulla capacità prescrittiva e scientifica di questa definizione, S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?,* in *Giorn. Dir. amm.,* 9/2004, 941, ove l'insigne Autore s'interroga sulla concreta opportunità di utilizzare formule così indeterminate, avvertendo che "la formula imprecisa può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò". Scettico sull'utilità della formula in esame altresì A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 411 per il quale "l'amministrazione *di risultato*, che va tanto di moda, è in sé una formula *vuota*", nella prospettiva che gli interessi che l'amministrazione deve perseguire vengano individuati dalla legge e non dalla sola amministrazione. Più ampiamente sul concetto di amministrazione di risultati, cfr. i contributi raccolti in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* in *Studi in onore di Giorgio Berti,* Napoli, 2005, pp. 556 ss., nonché, prima, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, pp. 107 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?,* in *Dir. soc.,* 1/2000, pp. 101 ss.

[118] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 40. A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 9 coglie nel profondo le ragioni della crisi della concezione "provvedimentale" dell'attività amministrativa, troppo legata ad un modello ordinamentale in cui l'interesse pubblico coincideva con gli interessi dello Stato e dell'Autorità: "dinanzi ad una amministrazione pluralistica la logica della attività come somma di atti/provvedimenti viene a cadere". Continua l'illustre Autore (p. 39) sostenendo l'impossibilità di valutare la bontà degli interventi amministrativi in una società pluralista sulla base della sola legittimità formale degli "atti

dell'autorità amministrativa dominante nel secolo passato, costruita sull'immagine, più ideologica che reale, di una amministrazione «d'ordine»"[119]. Nel prosieguo dell'indagine si avrà occasione di evidenziare come il *cambio di rotta* nel senso dell'applicazione all'attività dell'amministrazione pubblica di criteri valutativi prettamente economico-aziendalistici, alla base della teoria gianniniana[120], troverà il proprio fondamento normativo nell'emersione a livello legislativo del criterio dell'*efficienza,* espressamente recepito all'art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241, canone poi ispiratore della riforma del pubblico impiego, avuta con legge 3 febbraio 1993, n. 29[121]. Tale criterio, in eterno oscillamento tra concezioni di matrice

---

ad imputazione finale unisoggettiva", poiché il giudizio deve formarsi sulla risultante di più elementi compositi, "e cioè da un lato l'attività (e non il solo atto) considerata nel suo fluire verso il raggiungimento di determinati fini, dall'altro la ottimale combinazione della attività di una pluralità di centri di attività compresenti nella organizzazione". Ed è proprio l'emancipazione dal vecchio modo di intendere l'attività dell'amministrazione, che deve agire per "compiti" e "programmi" che ha portato alcuni autori a ritenere che la concreta realizzazione di questo modello di amministrazione non poteva non passare attraverso "una rivalutazione dei meccanismi di responsabilità degli operatori sulla base di chiari indirizzi politico-amministrativi. In questo senso va ulteriormente evidenziato il collegamento tra l'art. 97 e l'art. 28 Cost. e la necessità di sviluppare le responsabilità amministrative come riferite a gestioni e non ad atti, per costruire una amministrazione sempre più assimilabile a quella di tipo manageriale", P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* in *Studi in memoria di V. Bachelet. Amministrazione e organizzazione,* vol. I, Milano, 1987, p. 163. Più di recente, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* Torino, 2018, pp. 174-175 riconosce che l'esistenza di sistemi di valutazione della responsabilità dei dirigenti connessa ai risultati del loro operato si pone altresì a garanzia dell'interesse pubblico al buon andamento.

[119] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»,* cit., p. 820. In senso di mitigazione della differenza tra le formule della amministrazione di risultato e amministrazione per atti, cfr. A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità*, cit., p. 280, che chiarisce che "questo non vuol dire, ovviamente, che l'amministrazione di risultato non eserciti poteri che si trasformano in atti. Ripeto, è l'ottica che è cambiata: gli atti non vanno più visti come segmenti di una catena, come distinti episodi seppure rivolti ad un fine, ma che rimane singolo ed isolato, ma vanno invece valutati nel loro complesso alla luce dei risultati che hanno prodotto".

[120] M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato,* in *Scritti,* VII, Milano, 2005, 327 ss., trasmesso alle camere il 16 novembre 1979, reperibile *online* su *www.tecnichenormative.it,* pp. 4 ss. (da cui si cita).

[121] Come evidenziato da V. MANES, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali,* cit., p. 10. Segnala P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* cit., p. 160 che il legislatore aveva recepito il criterio del buon andamento ben prima della legge sul procedimento amministrativo del 1990, anche se declinandolo in formulazioni di natura civilistica, come nel caso del dovere di "diligenza" nella prestazione da parte dei dirigenti pubblici, o sottoforma di "funzionalità" espresso dall'art. 2 l. 249/1978 e, da ultimo, all'art. 31 l. 312/1980 sull'organizzazione del lavoro pubblico. Mentre, successivamente alle riforme del 1990 e del 1993, il canone dell'efficienza ha ispirato altresì la disciplina sulla responsabilità dirigenziale, di cui all'art. 21 d.lgs. 165/2001, che ha sostituito quella contenuta nel d.lgs. 29/1993, il d.lgs. 80/1998 che ha previsto l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale in caso di mancato raggiungimento di un determinato standard di produttività, come ricordato da D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* Milano, 2018, pp. 457-458. Valuta positivamente il rilancio del sistema delle valutazioni delle *performances* dei pubblici funzionari A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* cit., p. 186 e ritiene che la riforma Brunetta del 2009 "segni simbolicamente il passaggio a una nuova fase, costituendo la massima valorizzazione del modello aziendale e dell'efficienza" (p. 172). Analizza approfonditamente il rapporto, sul precipuo ambito di valutazione del pubblico impiego, tra amministrazione di risultato e operato dei dei dirigenti, E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego,* in *Riv. giur. Lav. Previd. Soc.,* 3/2018, pp. 488 ss. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* cit., p. 116 anche ritiene che il banco di collaudo dell'amministrazione di risultato deve avvenire sul piano della disciplina della dirigenza, "vero e proprio protagonista dell'intero processo, la cui adeguatezza professionale e piena autonomia nei confronti non solo dei livelli di governo ma anche degli interessi in gioco è condizione necessaria e indefettibile per l'effettività del modello amministrativo in esame".

produttivistica ed accezioni che lo rendono concetto giuridico[122], viene elevato a colonna portante del significato precettivo del principio generale del buon andamento. In questo senso, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, il criterio dell'*efficienza*, può rappresentare l'estrapolazione di una *regola interpretativa* dal più generale *principio* del buon andamento, in quanto tale avente un campo di applicazione preciso[123]. Questa amministrazione di risultato, però, troverà ostacoli nel libero espletamento delle proprie funzioni, dal momento che ad un maggiore spazio di operatività di cui dovrebbe beneficiare ontologicamente, corrisponderà una sempre maggiore ingerenza del giudice penale nell'attività amministrativa, anche di natura discrezionale[124], a causa non solo, per non dire

---

Rinviamo, infine, ad A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 399 per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale che ha valutato il rispetto del buon andamento rispetto ad una variegata casistica, come quella relativa alla "selezione dei dirigenti, criteri per le agevolazioni fiscali, programmazione finanziaria, stabilità dei rapporti giuridici già definiti dall'amministrazione, adeguato rapporto tra mezzi e fini, razionale riorganizzazione del personale, uso razionale del denaro pubblico, proporzionalità del rapporto tra contributi e prestazioni previdenziali (…)".

[122] Per un approfondito studio delle varie posizioni, cfr. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* cit., pp. 447 ss.

[123] G. PINO, *Interpretazione costituzionale,* cit., p. 33. Nel senso di riconoscere una convergenza nel criterio di efficienza da parte del principio di buon andamento, per tutti U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento,* cit., p. 135.

[124] Questo tema è strettamente connesso con l'individuazione dell'area di rilevanza di una serie di fattispecie 'grimaldello' nel sindacato dell'attività amministrativa. Immediati sono i richiami al peculato e all'abuso d'ufficio. Il primo viene in rilievo soprattutto nella sua versione originaria, ove prevedeva la condizione di equivalenza tra appropriazione e distrazione nelle maglie della propria tipicità, al punto che ci si interrogava soprattutto sui limiti esterni di queste condotte, dati dalla nozione di *distrazione*, soprattutto nei casi in cui lo sviamento del pubblico denaro realizzava un altro interesse pubblico, difforme da quello inizialmente individuato (essendo, all'epoca, tale fattispecie posta a presidio dei soli beni, patrimoniali e funzionali, di pertinenza pubblica, dal momento che era ancora vigente la malversazione a danno di privati *ex* art. 315 c.p. a tutela dei beni di questi ultimi). Per un'approfondita disamina della locuzione e, conseguentemente, del perimetro concettuale della distrazione, cfr. F. PALAZZO, *Il concetto di "distrazione" nel delitto di peculato,* Milano, 1972, pp. 3-6 e pp. 32 ss. per una analisi dei diversi indirizzi interpretativi nell'ambito della cd. teoria dei fini istituzionali e R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 270 ss. La l. 86/1990 ha, infine, espunto dall'area di rilevanza penale a titolo di peculato la condotta di distrazione, volendo farla confluire, almeno nelle intenzioni, nel terreno presidiato dall'art. 323. Sulla riforma dell'art. 314 c.p. ad opera della l. 86/1990, si veda F. PALAZZO, *Peculato,* in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, 1995, pp. 3 ss. Sulla collocazione delle condotte distrattive all'interno della sagoma di tipicità del peculato distinguendo tra distrazione appropriativa o meno, sia consentito il rinvio al N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza,* in *Cass. pen.,* 7-8/2020, pp. 2755 ss., ove si tenta di adottare una metodologia interpretativa che sperimenti sul piano della tipicità del tipo criminoso offensivo, della proporzione e della ragionevolezza un corretto inquadramento del volto 'funzionale' del reato, tale da delimitare in maniera chiara il suo perimetro applicativo. L'abuso d'ufficio, invece, ha rappresentato la fattispecie che, più di tutte, 'ha impaurito' gli amministratori pubblici per timore dell'ingerenza del giudice penale nella loro attività discrezionale, L. VIOLANTE, *Magistrati,* cit., p. 71. Queste fondate ragioni di preoccupazione, provocate da indirizzi giurisprudenziali che hanno esteso l'ambito di applicazione del tipo criminoso molto oltre le proprie capacità selettive provenienti dal testo, come quelli che attribuivano natura precettiva all'art. 97 Cost., hanno portato all'odierna riforma dell'abuso d'ufficio, avvenuta con d.l. 76/2020, su cui si tornerà *infra*. Sul filone giurisprudenziale che ha portato a ritenere integrato il precetto penale da condotte in violazione di norme generalissime o di principio sancite dalla Costituzione, con conseguente deflagrazione dei limiti di tipicità della fattispecie, cfr. M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: «la violazione di norma di legge»*, in *Cass. pen.,* 1999, pp. 1761 ss.; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere,* in *Foro it.,* 1998, pp. 392 ss. A voler 'schermare' l'attività discrezionale della pubblica

in via preliminare, della umbratile definizione di nuovo conio delle qualifiche soggettive rilevanti agli effetti penali partorita dalla riforma del '90, soprattutto con riguardo alla figura dell'incaricato di pubblico servizio[125], ma soprattutto dell'ampliamento interpretativo dei confini di determinate norme incriminatrici o della presenza di fattispecie dai contorni di tipicità poco limpidi e dal profilo offensivo vago, costretto sul mero conflitto di interessi, come nel caso dell'interesse privato in atti d'ufficio[126], se non su clausole generali di *abuso*, come nell'ipotesi dell'abuso innominato d'ufficio. Questo fenomeno, sfociato nella patologia della cd. *amministrazione difensiva*[127], verrà affrontato nei capitoli seguenti, ma la pertinenza dell'anticipazione in questa sede risiede nella finalità del nostro studio: scandagliare le tecniche di intervento penale compatibili con i modi e le forme di svolgimento dell'azione amministrativa costituzionalmente orientata, partendo proprio da quest'ultima, al fine di adeguare le prime ai secondi ed evitare che, in virtù di una cd. eterogenesi dei fini, sia l'attività amministrativa a doversi ritagliare uno spazio di libertà insulare in un mare di fattispecie penali[128].

---

amministrazione dal rischio di procedimenti penali, è intervenuta la riforma dell'abuso d'ufficio ad opera del d.l. 76/2020 convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, che oggi punisce "il p.u o i.p.s. che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità", lasciando poi immutata la parte della disposizione che punisce l'omessa astensione dalla quale derivano il vantaggio patrimoniale proprio o altrui o l'altrui danno ingiusto, provocati intenzionalmente.

[125] V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale,* cit., pp. 79-81, che rileva come una piena valorizzazione di un criterio oggettivo-funzionalistico rispetto alla figura dell'i.p.s. "risultava in qualche modo scoordinata o persino contraddittoria rispetto alla porzione di realtà, sconnessa e mutevole, che voleva abbracciare – il pubblico servizio, appunto, il cui unico e minimo comune denominatore appariva ormai, solo in controluce, quale sintesi di «attività non implicanti l'esercizio di poteri autoritativi". Con accento critico rispetto alla nuova definizione delle qualifiche pubblicistiche, L. STORTONI, *La nuova disciplina,* cit., pp. 713 ss.

[126] Per un'ampia ricostruzione delle diverse correnti interpretative di questa fattispecie, dovuti proprio agli instabili profili di tipicità e offensività, al punto da legittimare anche operazioni ermeneutiche che andavano oltre gli elementi testuali, come ad esempio quello che individuava nell'art. 324 c.p. la presenza di un danno patrimoniale alla p.a., ricavato del tutto per via interpretativa, F. BRICOLA, *Interesse privato in atti d'ufficio,* in *Enc. Dir.,* XXII, 1972, pp. 47 ss.

[127] Questa consiste in "un atteggiamento prudenziale del pubblico ufficiale che, nel timore di incappare nelle maglie larghissime dell'art. 323 c.p., resti inerte o circoscriva all'ordinaria amministrazione i margini del proprio intervento, così paralizzando l'attività amministrativa e vanificando lo stesso buon andamento che la norma penale intende presidiare", così C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio,* in A. MARANDOLA-B. ROMANO (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, 2020, p. 292. Sul tema si è espressa ampiamente la dottrina. Tra tutti, si vedano i saggi più recenti G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici,* in *Analisi giuridica dell'Economia,* 1/2020, pp. 117 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio,* in *DisCrimen,* 14 settembre 2020, pp. 1-2; S. BATTINI-F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2019, pp. 293 ss.; A. FIORELLA, *Sulla cd. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come spauracchio?,* in A. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio,* Torino, 2018, pp. 108 ss.

[128] Si propone qui un ribaltamento della felice espressione di F. PALAZZO, *Legalità penale,* cit., p. 1307, per cui "la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa", riproposta anche in ID., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo,* cit., p. 16, ove si legge che "l'immagine delle isole incomunicanti e non dilatabili bene esprime l'idea del particolarismo descrittivo proprio delle fattispecie

Lo Stato fascista, dunque, si collocava in un panorama istituzionale e costituzionale privo dello sfondo culturale e sociale sul quale germoglierà l'idea dell'amministrazione come "forma della società" e non come braccio esecutivo dello Stato[129]. A partire dallo Stato costituzionale, non solo la sovranità non appartiene più all'Autorità ma al popolo, che "la esercita nei limiti e nelle forme previste dalla legge" (art. 1, comma secondo, Cost.), ma 'finalità' dello Stato costituzionale è assicurare il godimento e la piena fruizione dei diritti inviolabili dell'individuo (art. 2 Cost.), superando gli ostacoli di natura formale e sostanziale in ossequio ad un principio di uguaglianza cardine dello Stato sociale di diritto (art. 3, comma 2, Cost.), che "non è più fine ma diventa mezzo, strumento dello svolgimento e dello sviluppo della personalità o persona umana"[130]. L'amministrazione così diviene una delle "forme" attraverso cui il popolo esercita la propria sovranità, anche per il tramite di quel principio di *efficienza*[131], assente nella trama istituzionale dello Stato autoritario.

In quest'ottica l'efficienza dello Stato totalitario è rivolta al soddisfacimento delle esigenze prettamente statuali, nel quale era la "conformità alla legge a costituire il principale «risultato» cui l'azione amministrativa doveva tendere"[132]; solo in via incidentale queste realizzano anche interessi individuali. La garanzia dell'individuo è solo un effetto indiretto, per quanto magari ben accetto entro i limiti consentiti dal controllo autoritario, delle finalità riconducibili allo Stato.

È la prospettiva che cambia: nello Stato autoritario l'amministrazione era *controllabile* perché doveva realizzare l'interesse statale (e quello solo), per cui lo Stato interveniva solo come *extrema ratio* per soddisfare gli interessi dei cittadini; nello Stato costituzionale irrompono i diritti inviolabili e le istanze di uguaglianza, che mettono l'interesse della collettività composta dai singoli cittadini (e, dunque, garanzia di diritti soggettivi e interessi legittimi), la cui realizzazione viene demandata all'attività dell'amministrazione[133]. Questa, pertanto, *dialoga* con il cittadino, abbandonando le concezioni divisive tra Stato e società.

---

penali". Rileva come la diversificazione delle funzioni amministrative abbia avuto riflessi anche rispetto alle tecniche di tutela penale, M. PELISSERO, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 61.

[129] G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione,* in Aa.Vv., *La Pubblica amministrazione nella Costituzione*, cit., p. 16.

[130] G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico,* cit., p. 71.

[131] D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa,* cit., p. 494.

[132] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* in *Studi economico-giuridici. In memoria di Franco Ledda,* vol. II, Torino, 2004, p. 1046.

[133] F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza,* in *Problemi di amministrazione pubblica,* 1981, pp. 7 ss., ora in *Scritti giuridici. Articoli e altri scritti (1970-1983),* Milano, vol. IV, 2006, pp. 3647 ss. (da cui si cita).

2.2 Un ulteriore sintomo di questo assetto politico-istituzionale: l'estensione delle fattispecie criminose a tutela della p.a. anche ai parlamentari

Un sintomo penalistico dell'accentramento presso l'autorità di tutte le funzioni statali risiede altresì nella decisione, recepita nel codice Rocco, di estendere la nozione di Pubblica Amministrazione rilevante ai fini penali anche all'attività legislativa[134] e, di conseguenza, anche la qualifica soggettiva ai sensi dell'art. 357 c.p. ai parlamentari, di cui è stata fornita motivazione nella *Relazione del Guardasigilli*. Questi, in linea di rottura rispetto alla soluzione adottata dal codice liberale del 1889, definiva l'esclusione della figura dei parlamentari dalle qualifiche soggettive rilevanti ai fini penali come "un'altra inaccettabile limitazione" frutto di una "concezione miope"[135], stante l'intangibilità delle funzioni pubbliche, che non ammetteva spazi di immunità. Il codice Zanardelli, inserendosi in un contesto ordinamentale liberale impostato sul modello weberiano di Stato, al centro del quale emergeva l'amministrazione razionale, dedicava il titolo dei reati contro la p.a. alle offese perpetrate al buon funzionamento della cosa pubblica, ampliando gli spazi di libertà dell'amministrazione[136]. La nozione di Pubblica amministrazione enucleata in quel codice, dunque, si limitava a contemplare solo le funzioni amministrative, escludendo quella legislativa.

Il codice Rocco, invece, nel tentativo, in parte già descritto, di accentuare la tutela della sovranità rispetto all'impostazione liberale, ha operato la scelta di unificare, ai fini penali, i tre poteri statali sotto una concezione unitaria di Pubblica amministrazione, "in guisa da comprendere tutte le ampie categorie del diritto pubblico", al punto che "parve che più nessuno potesse salvarsi dalla crescente marea di pubbliche ufficialità"[137] degradando, come già osservato, il principio di separazione dei poteri a criterio di mera distribuzione formale delle funzioni[138]; di estendere le qualifiche soggettive, riservate dal codice Zanardelli solo alla figura del pubblico ufficiale, anche all'incaricato di pubblico servizio e all'esercente di un servizio di pubblica necessità. Si è confermato, così, come "l'ambito delle pubbliche

---

[134] F. BRICOLA, *Tutela penale della Pubblica amministrazione,* cit., p. 2398.
[135] *Relazione al progetto definitivo del codice penale,* in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale,* vol V, parte II, p. 115, §355 lett. *a*)
[136] F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 55-56.
[137] A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* Torino, 1951, p. 45.
[138] F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.,* p. 81 e, spec., 121 ss.

mansioni è direttamente proporzionale al carattere autoritario dello Stato, ed inversamente proporzionale al suo carattere democratico"[139].

L'art. 207 del Codice Zanardelli, invero, faceva orbitare attorno alla nozione di pubblica funzione la rilevanza agli effetti penali della qualifica del solo pubblico ufficiale, senza specificare cosa s'intendesse per essa[140]. Gli interpreti escludevano da questa categoria deputati e senatori, in considerazione anche delle garanzie a tutela di quella specifica attività di rilievo costituzionale, previste all'art. 51 Statuto Albertino, consistenti nell'insindacabilità degli atti e nella irresponsabilità dei parlamentari nello svolgimento delle loro funzioni. Questo regime di immunità, ritenuto utile "soltanto a scopo protettivo e in favore" dei detentori della funzione legislativa[141], frutto di conquiste sulle quali si era edificato lo Stato liberale, erano state spazzate via dal codice del 1930 che, in virtù di una mutata concezione dell'attività legislativa, non più libera e indipendente ma asservita all'Esecutivo[142], vi derogava, ritenendo responsabili anche i parlamentari[143], in ossequio a un'ideologia che voleva identificare lo Stato con il Governo[144]. La previsione di cui all'art. 357 c.p. sfruttava una debolezza intrinseca dello Statuto Albertino, data dalla sua natura di Costituzione 'flessibile'[145]. Venuto meno il regime e con l'entrata in vigore di una Costituzione del 1948, rigida e democratica, ma soprattutto *prescrittiva e descrittiva*[146], piedistallo dello Stato

---

[139] A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* in *Noviss. Dig. It.,* XIV, 1970, pp. 560 ss.

[140] Il codice Zanardelli non contemplava, dunque, le figure dell'incaricato di pubblico servizio, al quale era riservata solo la posizione di persona offesa dell'aggravante del reato di ingiuria, prevista all'art. 396, e dell'esercente un servizio di pubblica necessità. Per tutti, V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale,* cit., p. 11, al quale si rinvia anche per le problematiche applicative che una formulazione così generica come quella introdotta all'art. 207 aveva suscitato. Riteneva che, sotto la vigenza dell'originaria versione dell'art. 357 prevista dal codice Rocco, "per quanto la formulazione allora adottata fosse tecnicamente poco felice, la nozione di pubblico ufficiale stabilita dal codice Zanardelli, in confronto a quella vigente, appariva abbastanza circoscritta" A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* Torino, cit., p. 41.

[141] *Relazione al progetto definitivo del codice penale,* cit., p. 114.

[142] Le Camere avevano perso del tutto il loro 'peso rappresentativo' poiché delegittimate in un clima istituzionale e costituzionale, quello in cui è stato partorito il codice del 1930, in cui queste erano del tutto asservite alla autoritaria volontà dell'Esecutivo, come ricostruito da F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.,* p.192.

[143] F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*

[144] E. AMATI, *L'enigma penale,* cit., p. 203.

[145] Sostiene la natura 'rigida' anche dello Statuto albertino, qualificando come tali per definizione tutte le Costituzioni, dal momento che se queste fossero 'flessibili' non sarebbero altro che leggi ordinarie A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale,* Padova, 1996, pp. 42 ss., il quale però attribuisce a forme di responsabilità politiche e della dottrina le ragioni della trasformazione in senso 'flessibile' dello Statuto del 1848.

[146] G. PINO, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione,* cit., pp. 12-13, nel senso che la Costituzione fissa i caratteri inderogabili dell'impalcatura politico-istituzionale dello Stato, tra cui assume rilievo anche la natura insindacabile dell'attività parlamentare, che torna ad essere espressione della separazione dei poteri alla base dello Stato di diritto. La Costituzione, in questo senso, è prima di tutto "*frame of Government*".

sociale di diritto[147], si riproponevano le problematiche su esposte, consistenti nel rapporto contradditorio tra disciplina penale del titolo II Libro II c.p. e gi articoli 67 e 68 Cost., che avevano recuperato la funzione garantista dell'attività dei parlamentari, escludendo il vincolo di mandato imperativo e fissando l'irresponsabilità dei parlamentari[148]. Questa novità assume rilievo innanzitutto per il carattere "rigido" della Costituzione repubblicana, che, dunque, non può essere derogata per legge ordinaria[149], ma anche perché le disposizioni relative all'organizzazione dei poteri incidono anche sulla parte sostanziale dello Stato costituzionale[150]. Ed infatti, già Franco Bricola rilevava come "la vigente Costituzione (..), sulla scia di una diffusione della sovranità, conferisce autonome caratteristiche e autonomi principi alle tre funzioni e al tipo di procedimento prefissato per l'espletamento degli atti connessi alle relative funzioni"[151]. Così, per le peculiarità dell'attività parlamentare, alla quale non si estendono espressamente i tipici valori-fine costituzionali della p.a., dati da imparzialità e buon andamento, né si specifica la dipendenza dalla sola legge, come nel caso dei giudici, deve ritenersi che i parlamentari godano di un regime di irresponsabilità penale di natura funzionale[152].

---

[147] Per una panoramica sul rapporto tra diritti sociali e diritti di libertà, cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, pp. 172 ss.

[148] Sulla natura giuridica dell'immunità *ex* art. 68 Cost. come immunità sostanziale di diritto pubblico interno avente natura funzionale, cfr. A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/2007, pp. 178 ss. Il tema dell'insindacabilità ha prestato il fianco a dibattiti circa le ragioni di questa irresponsabilità. Ad una prima tesi a sostegno dell'insindacabilità dell'attività del parlamentare, consistente nei voti espressi o nelle opinioni date, se ne è aggiunta una seconda che ricercava nel difetto di tipicità delle varie fattispecie i motivi dell'impossibilità di attribuire un regime di responsabilità penale al parlamentare. Questa tesi individua nella legge l'atto tipico del parlamentare, sostenendo che se questa è stata viziata nel procedimento, potrà essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, ma "l'abuso di potere non può essere costituito da un dato unicamente soggettivo ma deve realizzarsi in un comportamento obiettivo contrario alle regole che disciplinano una certa funzione", così L. STORTONI, *L'abuso di potere,* cit., p. 130. Sostengono la prima tesi, F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione,* cit., pp. 206-207; G. VASSALLI, *Punti interrogativi*, cit., pp. 209 ss. Intende in senso restrittivo questa immunità *ex* art. 68 Cost., capace di coprire solo gli atti di esercizio della funzione parlamentare, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali,* cit., pp. 92 ss. Per una recente e approfondita disamina sui profili di (in)compatibilità tra i reati di corruzione 'funzionale' e 'propria' e tali prerogative costituzionali, cfr. M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione,* cit., pp. 271 ss.

[149] La Costituzione, infatti, oltre ad avere natura politica, ha anche valore "giuridico", come dimostrato dalla "presenza di specifici meccanismi di applicazione della Costituzione da parte di un'autorità giudiziaria, o semi-giudiziaria, dotata del potere di annullare le leggi che risultino in contrasto con la Costituzione: la presenza di una chiara conseguenza giuridica è ciò che rende indubitabilmente giuridica la Costituzione stessa – che la rende anche, a ben vedere, indubitabilmente *superiore* alla legge", così G. PINO, *Interpretazione costituzionale,* cit., p. 24, ove si legge che il passaggio da una Costituzione politica ad una giuridica ha caratterizzato gran parte dei Paesi europei continentali nel Novecento.

[150] G. PINO, *Interpretazione costituzionale,* cit., p. 16.

[151] F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2395.

[152] F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.,* pp. 196 ss.; F. BRICOLA, *op. ult. cit.,* ove viene riportato come esempio il caso dell'assunzione "di un interesse privato (personale o di gruppo) in un atto, mentre può integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 324 c.p. ove si tratti di esercizio della funzione amministrativa o giurisdizionale, è, viceversa, nel settore della funzione legislativa, presupposto della libertà di iniziativa che la Costituzione riconosce alla funzione parlamentare". Le stesse perplessità sono presenti in G. VASSALLI, *Punti interrogativi,* cit., pp. 223-224.

La Costituzione del 1948, inoltre, mette al centro dello Stato quella funzione democratica del Parlamento, che è l'organo attraverso il quale il popolo esercita la propria sovranità (art. 1 Cost.), ribaltando il sistema valoriale vigente all'epoca del codice Rocco. La funzione parlamentare assume rilevanza costituzionale proprio nella misura in cui garantisce un baluardo di rappresentatività alle istanze delle categorie di consociati di cui si compone uno Stato pluralista e che dunque ha nel compromesso uno dei propri tratti distintivi. Tale funzione rappresenta il precipitato di libertà oggetto di riconoscimento innanzitutto nelle prime Carte che riconoscevano i diritti degli individui, come il *Bill of rights* del 1689[153], prima ancora che nelle istanze di libertà che hanno ispirato la Rivoluzione francese e poi alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789[154], che aveva trovato nella parentesi totalitaria un momento di compressione.

3. *I riflessi di questo contesto politico-istituzionale sulla categoria della tipicità. L'utilizzo della logica dell'equivalenza delle condizioni nel peculato e nella concussione*

Le stigmate del regime autoritario non potevano che incidere anche sull'architettura tipica di talune fattispecie chiave della parte speciale e, segnatamente, del titolo dei delitti dei p.u. contro la p.a., oltre che nella costruzione di taluni istituti cardine della parte generale del codice Rocco. Il modo attraverso cui il legislatore fascista ha inteso trasferire sul piano delle tecniche di incriminazione il ribaltamento verticalistico del rapporto autorità-individuo è stato quello di preferire "la logica rigoristica dell'equivalenza delle condizioni, che aveva informato nella parte generale istituti nevralgici del c.p. 1930, quali il rapporto di causalità, il concorso di persone nel reato ed il delitto tentato" [155], per i quali, com'è stato

[153] M. CERASE, Sub *art. 68,* in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, vol. II, 2006, pp. 1299.

[154] Sulle spinte liberistiche che hanno originato la Rivoluzione francese, anche in comparazione con quella americana, cfr. N. BOBBIO, *La rivoluzione francese,* cit., pp. 95 ss.

[155] Lo segnala G. AMARELLI, *I delitti di peculato*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), cit., p. 41; nonché ID., *"Nel giardino dei sentieri che si biforcano". Il concorso esterno nei reati associativi tra teoria e prassi,* in F. GIUNTA-R. GUERRINI-V. MAIELLO-S. SEMINARA-F. SGUBBI (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità. Atti del convegno di Siena, Certosa di Pontignano, 24 e 25 maggio 2019,* Napoli, 2020, pp. 144-145, ove, nel motivare l'irragionevolezza dell'equiparazione del regime sanzionatorio tra scambio elettorale politico-mafioso, partorito dalla l. 43/2019, e partecipazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p. del contributo del concorrente esterno, in quanto finirebbe per approdare "all'assurdo e irragionevole esito di assimilare in termini di disvalore e, quindi, di trattamento punitivo, situazioni tra loro eterogenee, come una mera condotta ritenuta *ex ante* idonea ad agevolare un sodalizio mafioso ed una invece considerata condizione necessaria *ex post* della produzione del macro-evento del rafforzamento o del mantenimento in vita dello stesso", ricorda come "sembra di essere tornati nella *notte hegeliana della contiguità mafiosa in cui 'tutte le vacche erano nere' e non era necessario operare un distinguo di sorta tra i*

autorevolmente osservato, "il ruolo svolto dal dato testuale è sempre stato piuttosto modesto a fronte di un forte creazionismo giudiziario, produttivo di non poche nozioni se non addirittura istituti di fonte francamente giurisprudenziale": ad esempio "concetti come quello della causalità hanno tratto ben poco giovamento da una trama testuale, quella degli artt. 40 e 41 c.p., che è poco meno di un autentico rebus"[156]. Ad essere affette da quello che con l'entrata in vigore della Costituzione e con la affermazione del volto costituzionale dell'illecito penale diventerà un vizio della fattispecie – tale da giustificare anche l'intervento della Corte costituzionale alla luce dei parametri di offensività e di ragionevolezza intrinseca[157] – sono il peculato e la concussione, che abbracciano nella propria sagoma di punibilità "l'indistinta incriminazione, con lo stesso titolo di reato e la medesima cornice edittale di pena, di modalità realizzative tra loro (in talune circostanze) sensibilmente distanti in termini di disvalore di azione e di offesa: l'effettiva appropriazione dei beni della p.a. e la loro mera distrazione"[158], nel caso del peculato, e la realizzazione di una sotto-fattispecie costrittiva o induttiva, nell'ipotesi della concussione, dando riprova del fatto che "la svalutazione (delle tecniche di redazione delle) norme di parte speciale mett(e) in grave pericolo la libertà individuale ed (è) storicamente il prodotto di regimi autoritari"[159]. In breve, la scelta del legislatore, che soprattutto nella vicenda della concussione ha preso le distanze dall'impostazione del codice Zanardelli[160], è avvenuta "in coerenza con l'ideologia del regime fascista", come ricordato da una recente autorevole pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione[161], chiamate a pronunciarsi sui confini di tipicità tra concussione e

---

diversi apporti forniti dagli extranei *sulla scorta di una valutazione attenta del disvalore di evento e di condotta dei loro comportamenti. Un simile scenario, inoltre, sembra far tornare indietro le lancette del tempo della parte speciale del diritto penale, ricalcando l'originaria impostazione autoritaria del codice Rocco del 1930 che modellava le fattispecie incriminatrici di parte speciale – così come i cruciali istituti di parte generale della causalità e del concorso di persone nel reato – secondo la logica della cd. 'equivalenza delle condizioni', appiattendo, cioè, all'interno di un'unica fattispecie situazioni dal disvalore eterogeneo, successivamente scorporate in termpi recenti in più figure delittuose proprio in ragione della loro differente portata lesiva, come ad esempio il peculato e la concussione".*

[156] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica ed armonizzazione europea,* cit., p. 79.

[157] V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 265-267, chiarisce come "la ricerca di un corretto equilibrio tra i due principi suggerisce, nell'interpretazione del tipo legale, il riscontro di un coefficiente di disvalore direttamente proporzionale all'entità della risposta sanzionatoria", che, inevitabilmente, non può esservi in una fattispecie nella quale sono ricomprese condotte tra di loro eterogenee sul piano del disvalore.

[158] G. AMARELLI, *op. ult. cit.,* p. 41.

[159] T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose,* cit., p. 18.

[160] Gli articoli 169 e 170 distinguevano due ipotesi di concussione, quella costrittiva e quella per induzione, sanzionate secondo gradi diversi di severità. Per un commento agli articoli 169 e 170 del cod. Zanardelli e sulle radici storiche della "problematica" figura della concussione per induzione, si veda l'ampio studio di F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente. Un'indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti normativi,* Roma, 2020, pp. 40 ss. e 55 ss.

[161] Cass., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, *Maldera e a.,* pp. 17-18, in *www.penalecontemporaneo.it,* con nota adesiva di G.L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito,* 17 marzo 2014, nonché in *Cass. pen.,* 5/2014, pp. 1482B con nota critica di M. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a*

induzione indebita a dare o promettere utilità, emersi a seguito del cd. spacchettamento della concussione nelle due summenzionate fattispecie, ad opera della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Le conseguenze sul piano della tenuta dei principi fondativi l'edificio penalistico provocavano un sacrificio quasi assoluto dei connotati di proporzione/ragionevolezza, personalità dell'illecito penale e finalità rieducativa della pena, in favore di una prevalenza incondizionata di istanze di prevenzione generale negativa, attraverso una frizione che si manifestava nella sua recrudescenza sul banco di collaudo del paradigma costituzionale dell'illecito penale, offerto dal principio di determinatezza/tassatività delle norme incriminatrici[162]. La costruzione di tipi criminosi dal così elevato disvalore, espresso da tetti punitivi severi, su condotte strutturalmente eterogenee, come costrizione-induzione e appropriazione-distrazione, era destinata ad andare incontro a censure sul piano della ragionevolezza – intesa come criterio di rilevanza costituzionale al quale si ascrive anche l'offensività, nelle vesti di vettore di determinatezza[163], in chiave argomentativa – da utilizzare a partire dai primi stadi genetici della norma, quelli riservati alla circolarità dialettico-discorsiva appannaggio della politica-criminale[164]. In questa sede, tale principio deve operare come limite sostanziale alle scelte di criminalizzazione[165], e come strumento di osservazione della coerenza del rapporto mezzi/fini necessariamente intrinseco alla

---

SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012. Sulla distinzione tra le due figure, con motivazioni che hanno illuminato anche la sentenza *de qua*, V. MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione. Aspettando le Sezioni Unite,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 3/2013, pp. 166 ss.

[162] Sul punto la letteratura è così ricca da impedirci di darne una completa rappresentazione. Si vedano pertanto, tra tutti, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa,* Bologna, 2019, pp. 45 ss., che ribadisce la centralità di questo principio segnalandone la crisi attraverso il conio delle categorie della "tipicità postuma" e del "reato percepito"; R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione* tipiche, cit., pp. 586-587; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta',* cit., *passim,* spec. 17 ss. e 27-28; A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale,* Milano, 1997; M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* Torino, vol. I, 1997, pp. 137-139, il quale, tuttavia, non fa discendere il fondamento costituzionale della determinatezza della fattispecie dal solo art. 25, II co., Cost. ma da una lettura di questo articolo combinata con gli articoli 13, 24, II co., 27, I co. e 112 Cost.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale,* Milano, 1995, pp. 276-277; G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale),* in *Enc. Dir.,* XLIV, 1992, p. 540; ID., Nullum crimen sine lege, in *Noviss. Dig. It.,* V, 1984, pp. 292 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* cit., p. 189; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit., pp. 44 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, da ultimo e per tutte, le già citate sentt. 115/2018, §11 e 98/2021, §2.4.

[163] Per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., p. 237. Evidenziano, inoltre, che il rischio di dare vita ad una fattispecie *irragionevole* è direttamente connesso al livello di determinatezza della stessa, intendendoli come principi sotto questo aspetto reciprocamente vincolati, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza,* cit., p. 76 e, sullo specifico terreno dei delitti contro la p.a., V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1141.

[164] D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., p. 79.

[165] N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali,* Torino, 2020, p. 99.

soluzione penalistica di tutela[166]. Quella dello scrutinio sul parametro della ragionevolezza, in breve, è "la sede dove trovano sbocco anche questioni che attengono alla proporzionalità dell'equilibrio sanzionatorio, e del rapporto tra disvalore del fatto incriminato e sanzione", in quanto la valorizzazione del principio di ragionevolezza/proporzione può portare ad "espungere dalla fattispecie condotte incapaci di attingere ad un disvalore congeniale alla gravità del compasso edittale, limitando l'*overbreadth* del tipo legale"[167].

L'equiparazione di condotte dal bagaglio assiologico differente non è operazione che può aversi 'a costo zero' in quanto apre le porte a fattispecie iridescenti sotto il versante delle proiezioni teleologiche di tutela, riducendo ai minimi termini "la capacità ordinatrice della norma penale" che "poggia appunto sulla capacità di differenziare; o meglio, di cogliere sia le uguaglianze che le differenze dei tipi di condotte delittuose, rendendo chiare nei diversi tipi di risposta penale le diverse valutazioni di gravità" poiché "un rigorismo che trascurasse di graduare la gravità dei reati e delle pene avrebbe un effetto, non di maggiore stimolo all'obbedienza, ma di disorientamento delle coscienze dei destinatari delle norme penali"[168].

Una conferma è data dalle modalità in cui è intervenuto il legislatore per riformare il peculato e la concussione. In entrambi i casi, si è preferita la scelta della scorporazione della struttura ancipite delle norme: il peculato ha mantenuto solo la appropriazione, vedendo migrare, almeno negli scopi novellistici, la distrazione nell'alveo di tutela dell'abuso d'ufficio; la concussione per costrizione ha sofferto, invece, una separazione dalla 'gemella eterozigote' della concussione per induzione, divenuta un autonomo titolo di reato, costruito su uno schema di plurisoggettività propria. Queste vicende, troppo note perché vengano riprese in questa sede nella loro completezza e complessità, hanno ben dimostrato l'assurdità dell'opzione codicistica operata nel 1930, sia sul piano di tipicità/offensività che su quello sanzionatorio, dal momento che la nuova morfologia di queste condotte ne ha mutato integralmente i connotati. Ed infatti, "l'ossessione del prestigio" dell'immagine della p.a. era arrivata al punto da ritenere non meritevole di distinzione sanzionatoria le due condotte peculative, in quanto ugualmente espressione della "fiducia tradita" dal pubblico agente "nei confronti di tutta la nazione che fa affidamento sulla sua probità ed onestà"[169] e per questo

---

[166] D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di),* in *Enc. Dir.,* Annali, VIII, 2015, p. 672; ID., *Politica criminale,* cit., p. 73; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/1998, pp. 379-380.

[167] V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie,* in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale,* Torino, 2019, pp. 364 ss.; ID., *Dalla fattispecie al precedente,* cit., pp. 18 ss.

[168] D. PULITANÒ, *Politica criminale,* cit., p. 84.

[169] G. AMARELLI, *I delitti di peculato,* cit., p. 45.

da sanzionare con pene elevatissime a prescindere dalla verifica, in astratto e in concreto, del differente disvalore di condotta e di evento delle due sotto-fattispecie. Questo percorso giustificativo dell'opzione penale mortificava, però, il doppio giudizio di meritevolezza (*Strafwürdigkeit*) e bisogno di pena (*Strafbedürfnis*) che doveva – ed oggi ancor di più a seguito dell'avvento della fisionomia costituzionale dell'illecito penale che inquadra la sua legittimità nel principio personalistico della responsabilità penale e nel paradigma rieducativo della pena – guidare le scelte di politica-criminale, poiché si fondava sull'accoglimento della "salomonica tesi della plurioffensività che, moltiplicando i beni accreditati a giocare un ruolo nell'interpretazione della norma, moltiplichi le ragioni della punizione e distorce la funzione del principio di offensività" finendo così per "avallare soluzioni di sfavore estensive dell'area penalmente rilevante"[170]. Il diritto penale, così, faceva un passo indietro e smarriva la propria natura di "limite invalicabile della politica criminale", cioè strumento idoneo per gli scopi di prevenzione[171], nella consapevolezza che questa formula assume contorni maggiormente garantistici connessi alle funzioni relative della pena in quanto il diritto penale deve essere 'concretizzazione della politica criminale', cioè lo strumento attraverso il quale si realizzano gli obiettivi di politica criminale[172].

In concreto, il legislatore ometteva di considerare che la diversità tra le usurpazioni unilaterali e le destinazioni di beni pubblici a finalità diverse rispetto a quelle istituzionalmente preordinate celavano sfondi assiologici di tutela e relative modalità di lesione del tutto diversi[173], sminuendo un elemento essenziale delle valutazioni politiche,

---

[170] D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato,* Torino, III ed., 2019, p. 51.

[171] D. PULITANÒ, *Politica criminale,* cit., p. 78, il quale recupera questa formula dal fondatore dello *Zweckgedanke*, Franz Von Listz, il quale intendeva questo concetto in una prospettiva individual-garantista di diritto penale quale *Magna Charta* del reo. Sul punto F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* 1905, trad. it. a cura di A.A. Calvi, Milano, 1962, con saggio introduttivo di A. A. CALVI, *Introduzione*, p. XXI

[172] Per questa rielaborazione della formula, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale,* cit., p. 68. Di recente, in un contesto di riflessioni sulla riforma cd. Cartabia (l. 134/2021), F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. Pen.*, 8 settembre 2021, p. 1.

[173] Il carattere dell'illecito penale quale illecito di modalità di lesione, e non di "semplice lesione", come quello civile, risiede nella circostanza che il legislatore seleziona una classe di fatti ai quali assegna rilevanza penale non sulla base di un ontologico disvalore, ma sul presupposto che questi acquistano connotazione lesiva solo per le conseguenze offensive del bene giuridico tutelato che possono causare, da cui deriva la legittima pretesa punitiva statale. Questa natura "selettiva" dei reati, dunque, rappresentata dalla frammentarietà e dalla tassatività delle fattispecie criminose, svolge una funzione politico-garantista: in base all'importanza del valore tutelato dalla disposizione penale, il legislatore adotterà una precisa tecnica di tutela che si tradurrà nell'individuazione puntuale delle modalità comportamentali dotate di specifica idoneità offensiva di un bene giuridico che si intende proteggere, escludendo, pertanto, che possa costruirsi una fattispecie solo in base da un disvalore della sola azione causalmente scollegata alla lesione di un preciso bene giuridico. Sul punto, R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione* tipiche, cit., pp. 584-590. Sulle differenze tra illecito penale e altre tipologie di illecito, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit., pp. 44 ss.

dato dalla "attenzione ai fatti"[174]: le prime, potenzialmente, schiacciate sul versante patrimoniale della tutela dei pubblici uffici[175], consistendo nell'alterazione irreversibile del rapporto tra la *cosa* e il proprietario da parte di un soggetto terzo, che operava unilateralmente l'aggressione, inserendosi nel rapporto di pertinenza/proprietà[176], attraverso un comportamento che non è altro che "la realizzazione della volontà di appropriarsi" della *res*[177]; le seconde, invece, maggiormente orientate ad una prospettiva funzionalistica della tutela.

Allo stesso modo, nella fattispecie *ex* art. 317 c.p., la rottura rispetto all'impostazione liberale del codice Zanardelli è stata innanzitutto di natura "culturale", poiché figlia di una visione "statolatrica", dalla forte carica "eticizzante" [178]: la 'castità' delle pubbliche funzioni non poteva lasciare spazio né a chi, "abusando della sua qualità o delle sue funzioni", *costringeva,* sia attraverso l'uso della violenza fisica ma più spesso attraverso il ricorso alla minaccia di un male ingiusto, quale forma di violenza morale, né a chi *induceva* – termine espressione di "condotte profondamente diverse tra loro" che hanno comunque "funzione di selettività residuale rispetto al verbo 'costringere', nel senso che copre quegli spazi non riferibili alla costrizione" in quanto lasciano un, seppur ridotto, spazio di autodeterminazione al privato[179]. Nonostante nella *Relazione del Guardasigilli* si legge che "l'indurre ha una gravità non minore del costringere", è bene evidenziare come queste due condotte manifestino due modalità di lesione differenti[180], che incidono sul *Verhaltenstypus* e sul

---

[174] D. PULITANÒ, *Politica criminale,* cit., pp. 79-80 spiega che nei "modelli pragmatici di processi politici aperti a valutazioni e soluzioni diverse, un elemento essenziale è dato dall'attenzione ai fatti: dalla rilevazione delle situazioni reali su cui intervenire, allo studio delle possibili alternative d'azione, alla verifica dei risultati realizzati in rapporto alle iniziali aspettative".

[175] In questo senso, senza pretesa di completezza, G. AMARELLI, *op. ult. cit.*, p. 47; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* I ed., Bologna, 2012, p. 187, nonché, volendo, N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa,* cit., pp. 2762 ss. Già nella sua originaria formulazione legislativa veniva sottolineata la "intrinseca natura del delitto di peculato come lesione della sfera patrimoniale dello Stato e degli altri enti pubblici", V. SCORDAMAGLIA, *Peculato,* in *Enc. Dir.,* XXXII, pp. 556 ss., al quale si rinvia anche per approfondimenti circa la connotazione economico-patrimoniale del peculato nella struttura dell'art. 168 cod. Zanardelli. *Adde* sul carattere patrimoniale del peculato nella sua formulazione originaria del codice Rocco, cfr. altresì A. DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1954, pp. 564 ss. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti, si veda C. CUPELLI, *I delitti di peculato,* in C. FIORE (diretto da) *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2004, pp. 41 ss.

[176] C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio,* Milano, 1955, 11 ss., spec., 26 ss e 63 ss.

[177] A. PAGLIARO, *Appropriazione indebita,* in *Dig. Disc. pen.,* Torino, 1987, pp. 225 ss. Sulla dimensione fattuale di dolo e colpa, nel senso che "occorre concepire il *dolo* e la *colpa* «come» *azione, oltre che* «come» *colpevolezza*", M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale,* cit., pp. 205-206.

[178] F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente,* cit., p. 76.

[179] Cass., Sez. Un., *Maldera,* cit., pp. 35-36.

[180] Lo evidenzia V. MANES, *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie* «extra legem», in *Foro it.*, 11/1999, p. 650, che spiega, anche in una prospettiva comparata, come "negli altri ordinamenti la tutela del privato sia molto meno forte, e in questo senso la normativa italiana sul punto sembra recare «stampata in fronte» «l'ossessione del prestigio» che costituisce il *leti-motiv* del titolo II del libro II del codice

Wertverletzungstypus, così da abbracciare situazioni di totale "sopraffazione" e "annichilimento" della volontà del privato in favore di quella del pubblico agente, sia situazioni in cui la decisione del privato di aderire al patto è condizionata, non del tutto libera, orientata comunque da pressioni psichiche di vario genere, che però avvicinano questa fattispecie più al *genus* della corruzione che a quello dell'estorsione qualificata[181], come confermato poi dalla novella del 2012, ispirata proprio da questa *ratio*, di derivazione pattizia[182], di punire il privato non costretto ma semplicemente indotto, nel senso che mantiene un margine di scelta tale da giustificare l'irrogazione di pena nei suoi confronti[183].

3.1.1. *Segue.* Il ricorso alle clausole di *abuso*

L'organizzazione originaria del titolo riservato ai delitti dei p.u. contro la p.a. del codice Rocco si caratterizzava, inoltre, per l'ampio ricorso a tipi legali costruiti su clausole di abuso[184], il cui disvalore si fondava su una "logica connessa alla irreprensibilità dei soggetti rivestiti di particolari qualifiche"[185], pienamente legittimato dall'intenzione di riaffermare valori intrisi di formalismo, come il prestigio della p.a. e il suo *pendant* della

---

Rocco, tutto proteso ad assicurare la assoluta fedeltà dei funzionari statali al regime fascista, garantita dal massimo rigore repressivo anche nei confronti delle forme più subdole e meno radicali di abuso".

[181] In questo senso è intervenuta una proposta di riforma, nota come 'Progetto di Cernobbio', in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1994, 1025 ss., formulata da un gruppo di professori, magistrati e avvocati milanesi per fornire delle proposte per "uscire da Tangentopoli", che prevedeva proprio l'unificazione sotto un'unica macrofattispecie di corruzione le condotte di libero accordo corruttivo e quelle che sarebbero rientrate nell'induzione indebita, in un contesto in cui il privato indotto era vittima del delitto di concussione e, dunque, non punibile. Recentemente in senso favorevole su questa proposta, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione,* in *Cass. pen.,* 1/2019, p. 45. In senso critico sulla proposta di Cernobbio, per tutti, F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 4/1994, pp. 941 ss.; in senso contrario alla introduzione di una "macrofattispecie di corruzione" si è espresso anche F. PALAZZO, "*Corruzione: per una disciplina integrata" ed efficace,* in *Dir. pen. proc.,* 10/2011, p. 1178 in quanto "essa sarebbe molto lontana dalla nostra tradizione legislativa, ma soprattutto potrebbe essere imputata di privilegia le esigenze probatorie rispetto alla necessità di mantenere un accettabile rapporto di proporzione tra reato e pena e, in fondo, di salvaguardare il principio cardine di tipicità del diritto penale". Ampiamente su questo 'Progetto', F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente,* cit., pp. 247 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione,* Napoli, 2012, pp. 112 ss.

[182] Sugli *input* sovranazionali a punire anche il privato non estorto ma indotto, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., pp. 89 ss.

[183] Sotto la vigenza della formulazione originaria dell'art. 317 c.p., E. PALOMBI, *Il delitto di concussione*, Napoli, 1979, p. 39 sosteneva che "definendo il concetto di abuso in termini tanto generici, ci si preclude la possibilità di caratterizzarlo rispetto allo sfruttamento dell'ufficio per cui si viene ad aprire la strada ad una pericolosa confusione tra i due concetti, che cancella la linea di confine tra la concussione e la corruzione", con la conseguente confusione dei beni giuridici oggetto di tutela.

[184] Per una panoramica storico-comparatistica dei modelli di incriminazione basati sul ricorso a clausole di abuso nei sistemi continentali, cfr. A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2001, pp. 1201 ss.

[185] A.M. STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 132.

purezza del modo di comportarsi dei pubblici funzionari, la cui contaminazione rappresentava una imperdonabile deviazione dal rigore etico che doveva accompagnare lo svolgimento delle pubbliche funzioni[186]. Questo microcosmo di reati finiva così per divenire "il terreno privilegiato per una concezione sanzionatoria o ulteriormente sanzionatoria del diritto penale"[187], tale da spostare "il fulcro del reato dall'offesa alla violazione del dovere"[188], grazie ad una "negazione del carattere sussidiario in un diritto penale a forte connotazione etica"[189]. Tale concezione godeva di grande fertilità grazie alla malleabilità degli oggetti di tutela sottostanti, figli di una concezione metodologica della tipicità sostanziale[190]. Va segnalato, invero, che una simile forma di incriminazione fondata sull'abuso appartiene all'eredità dei codici preunitari, come quello napoleonico, ove doveva rappresentare un'evoluzione del *crimenlese*, trovando la propria legittimazione in una concezione liberale dello Stato ottocentesco[191]. Allo stesso tempo, però, con il mutare della forma di Stato si modifica anche il modo di concepire e di utilizzare le condotte di abuso. Ciò significa che esse "subiscono nel codice Rocco un processo di manipolazione"[192]: da delitto sociale, a tutela dei diritti soggettivi dei consociati aggrediti da un "danno universale, pubblico", ad un delitto di mera repressione di un atteggiamento disobbediente del pubblico funzionario[193], che poteva consumarsi nella sua "protervia o riottosità mostrate verso il privato che invano chiede il soddisfacimento di un suo diritto"[194]. Di conseguenza, assumendo il versante valoriale un colore sempre più sbiadito, si assottigliava anche la capacità selettiva della descrizione tipica, che finiva per avere una scarsa afferrabilità della soglia minima di rilevanza penale del fatto.

Queste peculiarità del titolo in esame si traducevano, dunque, sia nella presenza di clausole di abuso della qualità da parte del pubblico agente, come nel caso della concussione e della rivelazione di segreti d'ufficio[195], sia in quella di abusi di posizione giuridica, cioè nell'abuso

---

[186] R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.,* cit., p. 25.
[187] A.M. STILE, *op. ult. cit.,* p. 133.
[188] R. RAMPIONI, *op. ult. cit.*, p. 368.
[189] A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela penale nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 23.
[190] A. M. STILE, *op. ult. cit.*, p. 133.
[191] A. GARGANI, *L'"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/1998, pp. 1224 ss.
[192] A. GARGANI, *op. ult. cit.,* p. 1230.
[193] *Ibidem.* Sul punto, evidenzia questa accentuazione della marca autoritaria di specifiche fattispecie di abuso, M. ROMANO, *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000, p. 18.
[194] M. ROMANO, *I delitti di rifiuto*, cit., p. 19.
[195] V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1134.

di una facoltà connessa alla qualifica, di cui un esempio paradigmatico era fornito dal peculato per distrazione[196].

Tuttavia, una tipica forma di manifestazione di questi moduli argomentativo-giustificativi dell'intervento penale è offerta dall'interesse privato in atti d'ufficio, disciplinato all'art. 324 c.p. ed oggi abrogato all'esito della l. 86/1990. Tale figura criminosa è stata esposta, nella sua sessantennale esperienza, con riferimento al suo reale sfondo di tutela, a correnti interpretative contrapposte: connesso al proliferare di diversi indirizzi vi era una tipicità languida in punto di disvalore di condotta[197]. Ci si chiedeva, in breve, se la censurabilità penale della condotta di chi "prende un interesse privato in qualsiasi atto d'ufficio" consistesse nella produzione di un danno patrimoniale alla p.a., nella direzione finalistica soggettiva dell'agente o in una condotta oggettivamente abusiva[198]. Anche tale abuso andava individuato nell'abuso di qualità, dal momento che "prende un interesse privato" significava introdurre nell'atto una prospettiva di vantaggio personale tramite lo sfruttamento dell'ufficio, possibile solo grazie alla propria qualità di pubblico agente[199].

La norma che più di tutte, però, poteva vantare un baricentro interamente imperniato su una condotta di abuso, stavolta di potere, era "l'abuso d'ufficio nei casi non preveduti specificamente dalla legge". Esso, evocativamente ribattezzato *abuso innominato d'ufficio,* soffriva di una a-tipicità congenita, segnalata, peraltro, a gran voce da tutti i commentatori[200]. La vaghezza del suo contenuto oggettivo, consustanziale ad una struttura tipica innominata, peraltro, godeva di una forte capacità espansiva che faceva gioco a "manipolazioni e forzature interpretative in chiave formalistica e autoritaria"[201]. La sua natura sussidiaria, aprendosi la fattispecie con una clausola di riserva del tutto indeterminata (essa si applicava a "qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge"[202]), giustificava in parte l'assoluta genericità del testo, che legava i propri aspetti di rilevanza penale ad una nota modale ("abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni") che

---

[196] L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale,* cit., p. 172.

[197] Lo segnala, di recente, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio,* in *Giur. Pen. web,* 7-8/2020, p. 3, che parla di "tipicità inafferrabile".

[198] In argomento, per una panoramica sulle diverse posizioni, cfr. F. BRICOLA, *Interesse privato,* cit., che rifiuta l'indirizzo patrimonialistico per ragioni "letterali, logiche e storiche", e quello finalisticamente orientato perché privo di una componente oggettiva di disvalore, schiacciata tutta sul profilo soggettivo dell'agente.

[199] Questa è la soluzione privilegiata da F. BRICOLA, *op. ult. cit.,* vedi p. 71, condivida anche da L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale,* cit., p. 167.

[200] Per tutti, di recente, B. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.,* in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio,* Pisa, 2021, p. 20.

[201] A. GARGANI, *op. ult. cit.,* p. 1230.

[202] L'art. 323 c.p. nella sua formulazione originaria aveva "un'ascendenza diretta nella fattispecie prevista dall'art. 175 del Codice Zanardelli, che puniva ogni abuso di autorità non specificatamente tipizzato, ma lesivo degli altrui diritti, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice,* Torino, 2019, p. 2.

accompagnava il dolo specifico ("per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio"), spostando sul foro interno delle intenzioni l'intera riprovevolezza della condotta, che, rispetto all'esperienza liberale del codice Zanardelli, concentrava la proiezione teleologica di tutela non più sulla "protezione dei cittadini", bensì sui valori etici riconducibili ad un'impostazione Statolatrica, come l''infedeltà dei funzionari"[203]. Questo difetto di precisione, tuttavia, come già anticipato, non è stato colto dalla Consulta che con la sentenza 7/1965 l'ha salvata dalla scure della illegitimità costituzionale, ritenendo che la condotta abusiva fosse dotata di una propria dorsale di tassatività consistendo in un atto amministrativo illegittimo provocato da una finalità privata dell'agente.

4. *Verso un mutamento del rapporto Autorità-Individuo: la reintroduzione* per saltum *dell'esimente di cui all'art. 393bis c.p.: dal codice Zanardelli alla sua previsione ad opera della l. 288/1944*

Il mutamento dell'ideologia politica dovuto al crollo dello Stato autoritario, cui corrisponde il diverso modo di concepire il rapporto autorità-cittadino, di cui si è cercato di dare testimonianza finora, si è manifestato anche attraverso la reviviscenza della causa di non punibilità oggi situata all'art. 393*bis* c.p.[204], reintrodotto con l'art. 4 d. lg.lt. 14 settembre 1944, n. 288, per coloro che reagiscono legittimamente agli atti arbitrari di un pubblico agente[205].

Si tratta di un istituto già presente nel codice Zanardelli, che il legislatore fascista non ha voluto confermare nel 1930, proprio in virtù di quel rapporto verticale che rendeva impossibile ammettere un'intrusione di un privato in una condotta di un pubblico ufficiale, ancorché quest'ultima andasse oltre i limiti consentiti e risultasse, dunque, illegittima. La natura giuridica di questa causa di non punibilità è stata oggetto di un acceso dibattito in

[203] A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 3.

[204] Lo segnala già M. PELISSERO, *Introduzione,* cit., p. 7; ID., *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 56 e, prima ancora, F. BRICOLA, *Tutela penale della Pubblica amministrazione,* cit., p. 2393.

[205] R. BARTOLI, *Reazione oltraggiosa ad atti arbitrari e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e privati,* in *Cass. Pen.,* 1998, pp. 2825 ss.; R. RAMPIONI, *Reazioni ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Dig. Disc. pen.,* 1996, pp. 351 ss.; S. ARDIZZONE, *Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Enc. Dir.,* XXXIX, 1988, pp. 1 ss.; P. SIRACUSANO, *Reazione ad atto del pubblico ufficiale e arbitrarietà punitiva,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1973, pp. 935 ss.; G. CASSANDRO, *Resistenza (diritto di),* in *Noviss. Dig. It.,* 1968, pp. 608 ss.; A. CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità del privato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1946, pp. 408 ss. Per una recente lettura costituzionalmente orientata della causa di non punibilità in parola, capace di fare chiarezza sul perimetro applicativo della stessa, si veda Cass., sez. VI, 25 maggio 2021, n. 42611.

dottrina, mentre il suo fondamento politico è unanimemente riconosciuto: esso risiedeva nella finalità di armonizzazione del sistema rispetto al mutato clima politico sociale[206]. In epoca liberale, la non punibilità era legata all'idea di Stato di diritto quale autolimitazione dell'esercizio del potere pubblico: travalicando l'atto i propri confini legittimi, veniva meno la sua stessa natura di atto pubblico e il soggetto agente perdeva la qualifica di pubblico ufficiale.

L'idea di fondo alla base della previsione di questa causa di non punibilità è intrinseca non solo al concetto di Stato di diritto, ma anche di Stato liberale/sociale, che vive attraverso un esercizio dinamico funzionalmente orientato dei propri organi, secondo il modello kelseniano dell'organizzazione democratica della vita consociativa[207]: crolla la visione statica della rappresentanza organica tra pubblico agente e Stato, in virtù della quale ogni offesa arrecata al soggetto pubblico o ogni violazione di meri doveri di obbedienza passiva all'autorità rappresentavano un'offesa stessa allo Stato[208]. Oggi i pubblici agenti sono tali in quanto svolgono funzioni ed esercitano poteri nei limiti fissati dalla legge, nell'interesse di tutti[209]. Si ribalta la prospettiva: le funzioni vanno esercitate in nome e per conto dei cittadini e non più dello Stato inteso come sovrano. E questa finalità dello Stato di garanzia dei diritti è quella alla base dello Stato di diritto, che ha trovato la sua prima affermazione nell'800 liberale[210], a differenza dello Stato sovrano che opera "in nome di propri trascendenti interessi".

---

[206] T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose,* cit., p. 38; G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* cit., p. 34, il quale ricorda anche però che le istanze riformiste non sono state così pulsanti da scardinare la legislazione penale fascista nelle sue parti più autoritarie, come quelle relative ai settori dei reati contro la personalità dello Stato, delitto politico e disciplina dell'ubriachezza. Nella giurisprudenza costituzionale, si ricorda la sent. 140/1998, ove la Corte ha specificato che la reintroduzione di questa esimente si è adottata "unitamente ad altre significative modifiche dell'ordinamento penale, ritenute coessenziali al passaggio dal regime autoritario al nuovo ordinamento democratico e alla nuova impostazione dei rapporti tra autorità e cittadino".

[207] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929)*,* in H. KELSEN, *La democrazia,* trad. it. a cura di G. Melloni, Bologna, 1995, p. 121.

[208] Riconosce l'esistenza di questa commistione 'organica' tra soggetto qualificato e Stato, G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 6.

[209] Per una lettura convenzionalmente orientata di questa causa di non punibilità, rispetto ad un'ipotesi di resistenza a p.u. e lesioni dolose nell'ambito di una manifestazione non autorizzata, v. Trib. Bologna, 4 ottobre 2021, n. 3037 con nota di C. CATANEO, *Limiti all'esercizio della forza pubblica: il Tribunale di Bologna interpreta l'esimente della reazione ad atti arbitrari (art. 393*-bis *c.p.) alla luce dell'art. 11 CEDU,* in *www.sistemapenale.it*, 13 gennaio 2021.

[210] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., pp. 22 ss. Lo Stato liberale era edificato sulla centralità e sulla libertà dell'individuo, che si afferma in maniera svincolata rispetto alle sovranità particolari. Lo Stato liberale è uno Stato minimo, che preserva solo i confini interni ed esterni senza incidere sulla fruizione dei diritti: crollano i corpi intermedi, nasce il "popolo" che si distingue non per il soddisfacimento di interessi comuni ma in quanto collettività di individui, cfr. F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria,* cit., pp. 59-60. Lo Stato liberale deve reggere l'urto dell'individualismo ed è per questo motivo che tale modello entra in crisi con l'avvento dello Stato sociale di diritto, che nelle democrazie occidentali si è affermato tramite il costituzionalismo. Sul punto,

L'idea di sovranità statale si corrode, viene aggredita da una convergenza di fattori e di fenomeni politico-sociali che porta alla rottura rispetto a schemi di sovranità appartenenti al periodo precedente alla costruzione dello Stato costituzionale[211]. Così – spiega Gustavo Zagrebelsky – "dalla revisione del concetto classico di sovranità (…) deriva anche l'esigenza di abbandonare quella che si potrebbe dire la sovranità di un principio politico unico dominante, dal quale si possano deduttivamente trarre tutte le articolazioni esecutive concrete alla stregua del principio di esclusione del diverso, secondo una logica dell'*aut-aut*"[212]. È la posizione dell'individuo stesso a cambiare: suddito, in un contesto tipicamente roussoviano in cui predominano teoria individualistiche dello Stato; cittadino, nella visione kelseniana, che è quella a fondamento del costituzionalismo novecentesco post Seconda guerra mondiale[213] che valorizza la teoria organica della società[214].

---

ampiamente M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale,* cit., pp. 87 ss. che riprende anche le differenti posizioni di Jellinek, Kelsen e Schmitt. Sulle varie fasi del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, passando per il modello napoleonico di burocrazia si rinvia a L. MANNORI-B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 73 ss., mentre, seppure nell'ambito di un discorso volto a individuare i limiti delle legittime istanze di controllo sociale all'interno di un moderno Stato democratico, riconosce che lo Stato sociale di diritto rappresenta una "felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche", S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli, 1995, p. 1.

[211] Su questo fenomeno, G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., pp. 7 ss., il quale attribuisce un ruolo importante nel processo di erosione della sovranità statuale al pluralismo della società, che ha aperto le porte alla "sovranità della Costituzione". Da qui "il senso del carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni (…) (è dato dal)l'immagine della mitezza". L'avvento della società pluralista, d'altronde, si può leggere anche nei programmi generici di realizzazione delle esigenze della collettività affidati all'amministrazione, che richiedevano il coordinamento di interessi contrapposti. I principi costituzionali sulla base dei quali essa doveva operare questa valutazione erano offerti proprio dall'art. 97 Cost., che individua nel buon andamento e nell'imparzialità dell'amministrazione dei criteri-guida dotati di natura giuridica e non economicistica, come sostenuto da A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 31. Sul crollo della sovranità statale e sulla necessità di "ri-concettualizzare lo Stato nel contesto delle nuove tendenze e trasformazioni", tra cui "i cambiamenti interni, derivanti dal mutare delle frontiere e dalla ridefinizione della base personale dello Stato, costituita dal popolo, e i cambiamenti esterni, derivanti dalla integrazione dello Stato in unità superiori funzionali dove si esercita una sovranità condivisa", cfr. S. CASSESE, *Stato in trasformazione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2/2016, p. 331 ss. Per una raffigurazione sotto diversa angolatura della crisi dello Stato moderno e del conseguente passaggio allo Stato contemporaneo, cfr. N. IRTI, *Stato moderno e Stato contemporaneo (rileggendo un libro di Arturo Carlo Jemolo),* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 4/2008, pp. 921 ss e spec. 928 ss. ove l'Autore avanza una severa ma consapevole e quasi rassegnata censura verso la perdita dei "valori", religiosi e ideologici, alla base della vita in società. Quest'ultimo risulta chiuso nel "formalismo delle sue procedure, corrispettivo logico e storico dell'indifferenza contenutistica", che ha spianato il terreno al governo della *tecno-economia*, per la quale "il valore è nella scoperta scientifica o nell'andamento del mercato". Per un'approfondita analisi sulle ripercussioni – per non dire ritorsioni – sul terreno specifico del diritto penale, e del relativo abuso, del fallimento delle diverse *Weltanschaaungen* del pluralismo di valori – etico, politico, sociale, religioso – presenti nella stagione che ha inaugurato il costituzionalismo cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica,* Modena, 2014, pp. 13 ss.

[212] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 14.

[213] M. BARBERIS, *Introduzione,* in H. KELSEN, *La democrazia,* Bologna, 1995, 31.

[214] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 54.

Capitolo II

L'avvento della Costituzione. Un modello di Pubblica Amministrazione finalisticamente orientato.

SOMMARIO: 1. L'avvento della Costituzione e dello Stato sociale di diritto: un nuovo paradigma di Amministrazione 'orizzontale' funzionalmente orientata secondo valori-fine. – 2. Il reticolato normativo-costituzionale delle funzioni della p.a.: un nuovo filtro selettivo della tipicità penale in una lettura combinata degli artt. 28, 54, secondo comma, 97, secondo comma, Cost. e l'abbandono dell'ossessione del prestigio – 3. L'art. 97, comma secondo, Cost. come faro che illumina l'attività della Pubblica Amministrazione. La proiezione finalisticamente orientata dei principi di buon andamento e imparzialità. – 3.1. Il buon andamento come criterio di efficienza di natura economico-aziendale. L'impatto delle teorie del *New Public Management* sul concetto di buon andamento. – 3.1.1. Dal concetto economico di efficienza a quello giuridico. L'avvento del *New Public Value* e la individuazione della ragionevolezza dell'agire amministrativo come canone di efficienza. Il volto 'valoriale' del buon andamento come risultato-funzione. – 3.2. Due principi indipendenti ma che s'intrecciano. L'imparzialità come "limite esterno" del buon andamento. – 4. La lettura dei principi di buon andamento e imparzialità alla luce del diritto ad una buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 CDFUE.

1. L'avvento della Costituzione e dello Stato sociale di diritto: un nuovo paradigma di Amministrazione 'orizzontale' funzionalmente orientata secondo valori-fine

Il passaggio dallo Stato liberale ottocentesco a quello autoritario dei primi decenni del '900 e allo Stato costituzionale attuale ha, dunque, comportato uno snaturamento dell'originario rapporto autorità-individuo che riconosceva inizialmente nello Stato una

negazione della libertà, per poi essere rovesciato sotto i regimi totalitari e trovare, infine, un momento di composizione "mite" nello stato costituzionale, che riuniva le relazioni tra *libertà* e *autorità* sotto l'unica entità superiore, il diritto, che nel nostro ordinamento assumeva le forme della legge[215].

[215] Il carattere "mite" dello Stato costituzionale non è quello che delega al potere dei giudici, e in particolare della Corte costituzionale, la definizione di un ordine gerarchico valoriale alla base della società, tale da legittimare una "teoria materiale dei valori", che si poneva, inoltre, in senso contrario alla ripartizione ordinamentale dei poteri kelseniana; s'intende, invece, un sistema costruito su 'pesi e contrappesi', capaci di equilibrare i rapporti di forza tra i poteri. Anzi, proprio l'insigne Maestro praghese qualificava come "intollerabile l'attribuzione alla Corte costituzionale del potere di annullare le leggi sulla base di valori costituzionali come quello della giustizia" in quanto la concezione di giustizia della maggioranza dei giudici costituzionali potrebbe essere diversa da quella della maggioranza della popolazione che elegge il Parlamento, organo attraverso il quale esercita la propria sovranità e che "ha voluto quella legge", così M. BARBERIS, *Introduzione,* cit., 35. L'adesione incondizionata a queste teorie costituzionalistiche avrebbe negato "il primato del Parlamento", che assume centralità inderogabile e incomprimibile nella nostra ingegneria costituzionale. Una manifestazione di questa 'mitezza giurisdizionale', che apre le porte del giudizio di legittimità costituzionale a valutazioni svincolate da parametri formali o 'certi', capaci di entrare nel merito delle scelte legislative attraverso uno scrutinio sul rapporto mezzi/fini della legge sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, che rappresenta un aspetto del giudizio, si sta recuperando in parte, anche in materia penale, attraverso la valorizzazione del paradigma di proporzionalità/ragionevolezza cd. intrinseca, insinuatosi a seguito della venuta meno dei "tradizionali equilibri tra i poteri dello Stato", G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* cit., p. 274. Questo parametro, utilizzato sempre più frequentemente dalla Consulta, com'è stato osservato "si irradia in diverse direzioni, si giova dell'interazione tra differenti e concorrenti aspetti, converge in una stima complessiva che misura la scelta legislativa con lo specifico del settore, confermando che la ragionevolezza è paradigma eteròclito, plurale, composito, volta a volta sagomato sulle peculiari istanze in rilievo nella materia oggetto di valutazione", così V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza,* in *Dir. pen. cont. Riv. trim.,* 1/2012, p. 110. La Corte ha tesaurizzato questo principio anche alla luce della previsione del principio di proporzionalità nella Carta di Nizza all'art. 49, par. 3, che dottrina e Corte costituzionale hanno recuperato nella *rete normativa* offerta agli artt. 3 e 27, terzo comma, della nostra Carta, come testimoniato dalle molteplici sentenze costituzionali che, a partire dalla nota sentenza 236/2016, hanno utilizzato il principio di ragionevolezza/proporzionalità svincolandolo dalle cd. 'rime obbligate': C. cost. 222/2018, 40/2019, 242/2019, 73/2020, ord. 132/2020, anche se, invero, è risalente la prima pronuncia (C. cost. 471/1987) in cui la Consulta si è attribuita "il controllo della eventuale arbitrarietà delle scelte legislative" sebbene solo "nelle ipotesi di palese irrazionalità"; oppure la sent. 333/1991, ove la Corte ha individuato nella "manifesta irragionevolezza" il limite alla incensurabile discrezionalità del legislatore rispetto alla legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto, ribadita anche nella sent. 250/2010. E proprio tale collegamento con l'art. 3 Cost., principio che informa l'intero nostro ordinamento costituzionale, attribuisce alla ragionevolezza connotati 'equitativi', fa in modo che questo si muova entro un raggio d'azione non 'chiuso', predefinito, ma "pone vincoli di *coerenza intrasistematica,* oltre che di *coerenza con i principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene",* D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale,* Napoli, 2012, p. 36 e, ancor prima, ID., *Bene giuridico e giustizia costituzionale,* in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* cit., pp. 133 ss. È stato evidenziato, però, che questo giudizio può e deve aversi attraverso uno statuto epistemologico che guida il giudice costituzionale nel proprio compito, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale,* in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele,* Mantova, 2017, pp. 311 ss. Ciò in considerazione anche della "progressione crescente del tasso di *politicità*" che tale parametro ha assunto nei tracciati della Corte costituzionale, dal momento che si compone di strumenti valutativi che hanno "la natura di veri e propri canoni razionali di politica-criminale", come, ad esempio, quello sul "corretto bilanciamento tra beni espresso dalla fattispecie, della proporzione tra costi e benefici della tutela, dell'adeguatezza del mezzo allo scopo, della meritevolezza dell'interesse in sé", F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 379-380. Il principio di ragionevolezza, dunque, "ha assunto un *connotato conformativo* rispetto ad ogni parametro costituzionale; di qui deriva la *pervasività* del canone della ragionevolezza", M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana,* in *www.cortecostituzionale.it,* Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, p. 2, nonché in *Il*

L'amministrazione è lo specchio di questi mutamenti, l'osservatorio privilegiato dal quale scrutare queste modifiche di natura socio-istituzionale. L'amministrazione odierna ha certamente abbandonato quel modello paternalistico che aveva ereditato dallo stato fascista per assumere un profilo più dinamico, votato al soddisfacimento degli interessi dei singoli e della collettività e alla valorizzazione delle libertà dell'individuo[216], talvolta attraverso percorsi tracciati preliminarmente dalla legge in ossequio al principio di legalità, talaltra, in assenza di previsioni legali predeterminate, attraverso una propria specifica autonomia strumentale, in vista del fine supremo degli ordinamenti costituzionali, cioè il doveroso rispetto dei diritti fondamentali[217]. In questi casi è l'amministrazione a determinare la propria area di operatività e non la legge[218]. La nuova amministrazione si obiettivizza[219], tenta di distaccarsi dalle valutazioni solo in punto di legittimità formale "dei singoli episodi in cui si articola l'attività amministrativa", in quanto ciò "non offre garanzia alcuna della bontà dei

---

costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky, Torino, 2016, pp. 463 ss. Questo canone è così penetrante nella nostra cultura giuridico-costituzionale volta alla garanzia dei diritti fondamentali, da rappresentare "l'essenza della civiltà giuridica". In quanto tale, pertanto, non può rimanere al di fuori del giudizio di legittimità costituzionale ma, anzi, deve svolgere un ruolo di parametro essenziale, cfr. E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive,* Napoli, 2006, p. 26. In materia penale, la Corte costituzionale aveva sempre fatto ricorso con grande parsimonia al principio di ragionevolezza intrinseca, così come al principio di offensività in chiave dimostrativa, per "ribadire una tendenziale deferenza del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore, sia con riferimento ai contenuti delle opzioni incriminatrici ed alla struttura delle relative fattispecie, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie", V. MANES, *I recenti tracciati*, cit., p. 99 e 106 ove si specifica come l'atteggiamento resistente della Corte ad applicare autonomamente il principio di ragionevolezza/proporzione si manifesta nonostante l'ingresso diretto nel nostro ordinamento della Carta di Nizza, "ove all'art. 49, terzo comma, si stabilisce «l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato»), rilievo che dovrebbe attenuare la deferenza che la Corte dimostra per le scelte discrezionali del legislatore, o quantomeno promuoverne un più deciso impiego come criterio ermeneutico di utilizzo giudiziale, come già accade per il principio di offensività e per il principio di colpevolezza". Ed infatti, nelle applicazioni precedenti a questa 'nuova stagione' della *ragionevolezza,* i due principi in parola sono stati sovente utilizzati in combinato strumentale, assegnando all'offensività il ruolo di *argomentare* il sindacato in punto di *ragionevolezza*. Su questa consolidata tendenza della giurisprudenza costituzionale, di cui autorevoli esempi sono offerti, *ex multis*, dalla sent. C. cost. 515/1995 e 370/1996, per tutti, cfr. G. FORNASARI, *Offensività,* cit., p. 1532; V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 213 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 372. Per una ricca ricostruzione del principio di ragionevolezza in una prospettiva che assegna a questo parametro una più efficace attitudine a tutelare i diritti fondamentali, cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità,* cit., *passim*. Sulla ragionevolezza come *"paradigma della scienza giuridica"* e non del solo ordinamento positivo, che in quanto tale può ergersi a canone ermeneutico, D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale,* cit., pp. 28 ss., mentre sulle connessioni tra ragionevolezza e determinatezza della fattispecie, nel senso che il fedele rispetto di quest'ultimo principio nella formulazione della disposizione riduce il rischio di norme incriminatrici irragionevoli, cfr. G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza,* cit., p. 271 evitando che si consumino anche violazioni del principio rieducativo della pena, inteso nella sua intima natura di funzione di legittimazione dell'opzione penale. Sul punto, cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale,* Napoli, 2007, *passim.*

[216] Come nota L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* cit., p. 105, nell'odierna organizzazione statale "sotto i decori ed il bugnato pesante dell'edificio dell'autorità, non è più il potere a reggere la struttura, ma la libertà delle persone".

[217] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato,* in *Scritti in onore di Elio Casetta,* vol. II, Napoli, 2001, p. 756.

[218] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 41.

[219] G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo,* in *Jus,* 2008, pp. 325 ss.; B. SORDI, *Feliciano Benvenuti,* cit., p. 847.

risultati cui essa perviene"[220]. Essa, pertanto, è sorretta da un principio di autonomia funzionale che governa lo svolgimento delle funzioni, mentre la legge serve solo ad autorizzare i poteri necessari.

La Costituzione, infatti, all'art. 97 Cost. fissa lo statuto finalistico dell'amministrazione[221], rispetto al quale non ammette intrusioni del legislatore nelle *modalità* di svolgimento dell'attività amministrativa, guidata dai principi di buon andamento e imparzialità da leggere, né nella gerarchia delle finalità che essa persegue, attinenti al merito e alla discrezionalità amministrativa, qualificandola come uno "*spazio libero*, *sia pure contrassegnato da alcune specialità* di disciplina"[222]. Tale principio di autonomia si dispiega, inoltre, attraverso la predisposizione di veri e propri apparati organizzativi guidati da regole aziendalistiche di efficienza con l'obiettivo di dare concretezza a programmi generici, come quelli relativi alla realizzazione delle tipiche esigenze di natura *sociale*, come la sanità, lo sport, l'istruzione o la tutela dell'ambiente[223]. Questi obiettivi generici di tutela di diritti e servizi non consentono la statuizione in via preventiva dei precisi strumenti amministrativi di raggiungimento dello scopo ed è per questo che la legge si limita a individuare l'autorità competente e a conferirle poteri[224].

Per queste ragioni, l'amministrazione funzionalmente orientata richiesta dalla Costituzione, legata a quest'ultima in un binomio inscindibile[225], non può essere costretta entro maglie di formali doveri di comportamento e obblighi di obbedienza passiva penalmente rilevanti[226] perché ad essere pregiudicata è la tenuta stessa dello stato sociale e costituzionale di diritto, inteso come luogo di soddisfacimento dei diritti fondamentali[227], soprattutto se immerso in una dimensione europea che pretende il rafforzamento della tutela di questi beni, anche

---

[220] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula,* cit., p. 817.

[221] Questa considerazione è ribadita con fermezza nell'indagine di R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., *passim* e spec. p. 260.

[222] In questi termini G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione,* cit., p. 16.

[223] G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite,* cit., p. 40.

[224] G. ZAGREBELSKI, *ult. op. cit.,* p. 41.

[225] B. SORDI, *Feliciano Benvenuti,* cit., p. 847.

[226] R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., pp. 35-36. In alcun caso il diritto penale può tutelare "la morale o la virtù, né l'obbedienza in quanto tali", ricorda M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 118.

[227] Per tutti, E. CHELI, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 27. In questa prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, chiarisce A. BARATTA, *Prefazione,* in S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* cit., p. XV che "al culmine del patto costituzionale dello Stato sociale di diritto non stanno, infatti, le norme che stabiliscono i beni giuridici che lo Stato deve proteggere, ma quelle che stabiliscono i diritti di protezione dei cittadini nei confronti dell'azione coercitiva dello Stato". Proprio sul ruolo dell'amministrazione di garante e di strumento di realizzazione dei diritti fondamentali, s'interroga R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., p. 15, rispetto all'emergenza pandemica da Covid-19, "come avremmo retto all'attacco del virus senza le istituzioni? Cosa sarebbe accaduto, qui e altrove, se fosse mancato un quadro istituzionale in base al quale orientare i nostri comportamenti? Guardato da questo punto di vista, si deve riconoscere che l'apporto delle istituzioni è apparso, per non poco tempo, l'unica risorsa disponibile".

attraverso la statuizione delle Carte[228]: ciò determina l'assorbimento da parte dello Stato delle istanze collettive che predominano su quelle di natura esclusivamente individuale[229].
L'amministrazione, dunque, si fa soggetto attivo della scena istituzionale, struttura appannaggio della società e abbandona il ruolo passivo di chi doveva limitarsi ad eseguire i dettati legislativi o esecutivi in maniera a-finalistica[230] seguendo scansioni procedurali rispetto alle quali il destinatario del provvedimento rimaneva un corpo estraneo. Viene abbandonato, dunque, un modo *statico* di esercitare la funzione amministrativa.
Al centro del nuovo programma amministrativo c'è lo svolgimento di funzioni pubbliche che realizzano un pubblico interesse, in ossequio agli obiettivi di realizzazione dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 2 Cost. e di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma secondo, Cost., come strumento cioè di eliminazione delle disuguaglianze tra consociati[231]: "l'amministrazione pubblica opera anche sul piano sociale, cercando di promuovere una più intima socializzazione tra i cittadini attraverso l'eliminazione delle stratificazioni di potere che portano inevitabilmente a conflitti di interessi insanabili"[232].
È per questa ragione che l'attività amministrativa deve essere inquadrata da una prospettiva unitaria, sistemica, in quanto solo grazie ad una visuale generale sulle funzioni e sull'attività amministrativa potrà essere valorizzata la singola decisione in senso teleologico a soddisfare le istanze dell'individuo e della collettività e, dunque, a realizzare i compiti deputati all'amministrazione[233]. Com'è stato osservato da attenta dottrina amministrativa, "la Costituzione prevede e impone un'amministrazione partecipata, aperta alle istanze della società, capace di colloquiare e ascoltare, di raccogliere informazioni, di formare le proprie decisioni in esito a procedimenti ispirati ai principi di partecipazione e di contraddittorio, di

---

[228] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., pp. 758-759. Sulla legittimazione costituzionale dell'Amministrazione di risultato, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* cit., p. 1035.
[229] V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* Napoli, 1959, pp. 10 ss.
[230] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 81.
[231] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 90.
[232] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, pp. 56-57.
[233] L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* cit., p. 113 rileva come "lo studio dell'attività dei pubblici poteri cessa di essere ricostruzione dei caratteri giuridici del singolo atto di esercizio di autorità, per divenire, invece, organizzazione unitaria delle regole dell'attività nella sua interezza. È chiarissimo lo scarto concettuale: non si tratta solo di costruire in termini giuridici l'attività in luogo del provvedimento, quanto, piuttosto, di tracciarne il regime generale, i caratteri comuni (…); nella teoria tradizionale dell'azione amministrativa, infatti, l'indagine, concentrata ad illuminare solo l'atto giuridico, lascia in ombra l'attività nel suo complesso, il costruirsi della decisione, la sua collocazione in un ambito fittamente regolato da principi e statuti comuni dell'autorità in quanto tale". Riflessioni analoghe sul "sistema amministrativo" e sulla necessità di ampliare lo sguardo sugli interessi della collettività "*at large*" e non solo sulle singole posizioni individuali sono, inoltre, alla base del pensiero di V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo,* Bari-Roma, 2021, p. IX.

procedere e decidere consensualmente e non solo autoritativamente"[234], dal momento che il nostro ordinamento costituzionale si fonda su una base solidaristica "come principio base dell'aggregazione sociale"[235]. Anche questa visione collaborativo-dialettica tra amministrazione e cittadino, oggi, peraltro, ulteriormente incoraggiata dal legislatore europeo[236], è espressione di un apparato amministrativo funzionale e oggettivizzato e, pertanto, paritario[237], che si fonda sempre meno su strumenti "unilaterali"[238]. In breve, di un'amministrazione costituzionalmente orientata, *dinamica*[239], ispirata al modello di 'buona amministrazione' ottenuto dal ricorso a meccanismi decisionali *discrezionali* rispetto ad un *risultato* valutabile in termini di valore pubblico prodotto (buon andamento).

Proprio in virtù di questa esigenza di *dialogo* con i destinatari dei servizi cui è predisposta l'amministrazione, questa diventa "un'entità paritaria e non autoritaria"[240] e, in virtù di questa paritarietà, si comporta in maniera *imparziale*, dovendo essere inteso quest'ultimo come valore sostanziale dell'agire dell'amministrazione e non come 'camicia di forza' che la paralizza[241]. Le funzioni amministrative, di cui i principi costituzionali non sono altro che "condizioni di legittimità"[242], corrispondono agli impegni che lo Stato, diventato *Welfare*

---

[234] L. Torchia, *La responsabilità amministrativa,* in *Giorn. Dir. amm.,* 6/2020, p. 766. In questa prospettiva interattiva tra privati e amministrazione, auspica un maggior ricorso al dialogo competitivo, alle procedure competitive con negoziazione e, in generale, a forme di dialogo tra privati e amministrazione M. DUGATO, *Principi eurounitari e legge n. 241/1990 tra disallineamenti e resistenze*, in A. BARTOLINI-T. BONETTI- B. MARCHETTI- B.G. MATTARELLA- M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, p. 114.

[235] V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Economia,* cit., p. 365.

[236] Lo rileva M. DUGATO, *Principi eurounitari*, cit., pp. 113 ss.

[237] L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 119 ricorda che ad integrare ulteriormente questa funzione collaborativa all'attività dell'amministrazione vi è "in Benvenuti un chiara componente (…) di carattere utopistico" che ricerca in questa forma di collaborazione "la definizione dell'interesse generale in vista di quest'ultimo e non già (solo) del proprio interesse". D'altronde, quello dell'amministrazione oggettivizzata e della dialettica partecipativa del procedimento decisionale amministrativo erano i caratteri principali della concezione benvenutiana di pubblica amministrazione. In senso analogo, G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo,* cit., pp. 328-329.

[238] L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività,* cit., pp. 65-66, che sottolinea come "la partecipazione dei destinatari dell'azione amministrativa, la ricerca preventiva del consenso, il coordinamento fra amministrazioni diverse, sono divenuti fenomeni di così ampia diffusione e portata da non poter più essere classificati come eccezioni e da essere assunti, invece, come tratti caratteristici del sistema attuale".

[239] Questi connotati dell'amministrazione *dinamica* vengono ben messi in luce da D. VESE, *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti,* cit., pp. 247-248.

[240] D. VESE, *Sull'efficacia amministrativa,* cit., 450, il quale incardina su questa concezione del rapporto Stato-Individuo la teoria di Benvenuti sull'efficacia. Lo stesso illustre Maestro, d'altronde, aveva coniato la felice espressione del "diritto amministrativo paritario". Questa locuzione voleva illuminare il nuovo rapporto tra Stato e Cittadino dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale. Fondamentale, nell'ottica dell'Autore, per il riconoscimento di una posizione paritaria del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, era "il completamento dell'edificio delle garanzie (giurisdizionali) dell'individuo nei confronti dell'amministrazione", operate dagli artt. 100, 103, 125 Cost., F. BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini.,* cit., pp. 1301 ss. e spec. 1305.

[241] F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive,* Padova, 1996, pp. 240 ss.

[242] L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* cit., p. 113.

State, assume nei confronti dei cittadini nell'offerta di plurimi servizi e di assistenza rispetto ad alcune categorie (es. credito alle imprese in difficoltà o incentivare l'occupazione giovanile). Questo rende lo Stato servitore del cittadino nei suoi bisogni minimi ed essenziali ed amplia a dismisura la propria area di operatività[243], aumentando così sempre più la richiesta di una amministrazione "che fa", secondo un modello di amministrazione che, come si vedrà, entrerà in crisi a seguito anche della progressiva erosione dell'esercizio discrezionale del potere amministrativo[244], e, cioè, a causa della "marginalizzazione e banalizzazione dell'amministrazione pubblica"[245]. L'equazione, a questo punto risulta chiara: aumentando il dialogo con i diretti interessati e richiedendo la loro collaborazione, aumentano la democraticità e la qualità della decisione amministrativa[246], coerentemente con l'impronta personalistica della Costituzione. L'amministrazione, dunque, diventa più *efficiente* nel senso del raggiungimento del *risultato.* Non a caso, come si è detto, "all'affermazione dell'amministrazione di risultato ha concorso anche la contemporanea diffusione dell'amministrazione per accordi"[247].

La Costituzione repubblicana, dunque, "superando l'agnosticismo dello Statuto albertino e reagendo all'idea ed alla costruzione assolutistica del fascismo, dà vita ad una forma di *Stato sociale*, in conformità alla struttura della società da cui prende vita"; esso, pertanto, "deve garantire, attraverso l'integrale applicazione dell'istituto democratico, la effettiva partecipazione di ciascun cittadino e di tutti i gruppi alla vita politica, economica, sociale del

---

[243] Questa è una conseguenza della prevalenza della Costituzione sull'amministrazione, secondo una ricomposizione della frattura tra Costituzione e diritto amministrativo che aveva portato gli ordinamenti nei quali tali branche erano considerate parallele, come in Francia, a considerare *Conseil d'Etat* e il *Conseil Constitutionnel* due istituzioni indipendenti. Cfr. S. CASSESE, *L'influenza delle riforme costituzionali sulla pubblica amministrazione,* in *Giorn. Dir. Amm.,* 3/2005, p. 333.

[244] Ci si affida, cioè, ad un modello di "amministrazione pubblica cui si chiede sempre di più, ma che amministra sempre di meno, se per amministrare s'intende la disponibilità del potere decisionale sufficiente per stabilire la misura adatta al caso concreto, il che ci porta al cuore del fenomeno: l'illusione di amministrare senza amministrazione", così M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme,* in *Dir. amm.,* 1/2016, p. 15.

[245] A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* cit., p. 171.

[246] F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana,* cit., pp. 233 ss. L'eterna tensione tra le relazioni tra interessi particolari e interesse collettivo nella realizzazione del progetto democratico, tra imparzialità formale della decisione pubblica neutra da influenze esterne e la partecipazione al procedimento decisorio di portatori di istanze di rappresentanza idonea invece a rendere quei meccanismi decisionali più democratici e trasparenti, trova spazio, nel precipuo campo del diritto penale, rispetto alle questioni sottese all'area di operatività del traffico di influenze illecite, dove si punisce "la mediazione illecita" prima ancora che il nostro ordinamento abbia adottato una disciplina extrapenale del *lobbying.* Su questi aspetti, *ex multis*, R. ALAGNA, Lobbying *e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato,* Torino, 2018, pp. 4 ss.; P.L. PETRILLO, Lobbying *e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 3/2018, pp. 191 ss.; V. MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano,* in *Percorsi costituzionali,* 1-2/2016, pp. 89 ss.

[247] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative,* in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *cit.,* p. 437.

paese"[248]. Questa amministrazione funzionalmente servente al cittadino ha una libertà nell'espletamento delle proprie funzioni quasi totale[249], quando esse riguardano "funzioni tecniche", funzioni cioè che richiedono lo sfruttamento di capacità scientifiche e culturali svincolate dalle forme della burocrazia, mentre l'attività vincolata dei pubblici uffici in questi settori è solo quella relativa agli aspetti organizzativi del servizio: le modalità di insegnamento restano libere, così come attiene alle capacità tecniche del singolo medico lo svolgimento dell'attività sanitaria[250]. Tale rinnovato contesto istituzionale, "eversivo rispetto al sistema dell'ordinamento ottocentesco" si caratterizza, inoltre, per una tutela giurisdizionale piena riconosciuta altresì agli interessi legittimi, che non godono più di un trattamento deficitario rispetto ai diritti soggettivi, secondo un modello costituzionale realmente 'sociale'[251].

2. *Il reticolato normativo-costituzionale delle funzioni della p.a.: un nuovo filtro selettivo della tipicità penale in una lettura combinata degli artt. 28, 54, secondo comma, 97, secondo comma, Cost. e l'abbandono dell'ossessione del prestigio*

Il nuovo ruolo *dinamico* dell'Amministrazione non può non incidere anche sulla configurazione del *corpus* dei reati a tutela dei beni di pertinenza della p.a. In questo senso, come si tenterà di dimostrare, assume rilievo fondante l'intervento penale il pericolo insito nell'*Handlungsunwert* rispetto alla relazione di connessione tra l'oggetto della tutela e il soggetto cui l'ordinamento demanda la sua protezione, rappresentato dal pubblico agente. In altre parole, l'odierna legittimazione costituzionale dell'Amministrazione pubblica, poiché parifica la condizione dei soggetti pubblici e dei cittadini e costruisce il loro rapporto sulle prospettive di realizzazione dei diritti fondamentali demandate agli apparati pubblici, è

[248] V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Economia,* cit., p. 365.
[249] Questo aspetto viene limpidamente evidenziato da G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione,* cit., pp. 14 ss., che dalla lettura delle disposizioni costituzionali relative all'attività amministrativa ricava una libertà quasi totale dell'amministrazione nel perseguimento dei propri fini: essa non viene concepita come un potere dello Stato, dal momento che se così fosse stato "le avrebbe assegnato una sfera propria, non come libertà ma come potere e l'avrebbe inclusa nel gioco dei rapporti tra poteri, dei loro coordinamenti, dei loro conflitti". L'amministrazione, invece, risulta immune dalle ingerenze non solo costituzionali ma anche legislative rispetto ai propri fini. In breve, la "amministrazione riceve dalla Costituzione delle *garanzie e non degli imperativi"*. Auspica, invece, l'introduzione di una disciplina costituzionale che preveda principi e regole più stringenti direttamente applicabili all'amministrazione, in grado altresì di fungere da introdurre criteri di esercizio del potere amministrativo, L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività,* cit., pp. 70-71 e, più specificamente sulle proposte di riforma, pp. 72 ss.
[250] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., pp. 94-95.
[251] F. BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini*, cit., p. 1306.

costretta ad abbandonare il riferimento al prestigio della p.a. [252]. Questa conclusione risulta obbligata a seguito del volto *funzionale* della p.a., precipitato diretto del(lo scarno) tessuto costituzionale che 'regola' l'attività amministrativa. Invero, già si è osservato che proprio questa penuria di disposizioni costituzionali in tema, a differenza del ricco apparato normativo-costituzionale che disciplina l'esercizio degli altri poteri statuali, va intesa come dimostrazione della *libertà di agire rispetto al perseguimento dei propri fini*, tipica dell'amministrazione moderna[253]. Tale operazione impone, dunque, un ripensamento degli oggetti di tutela meritevoli di protezione nel microsistema dei delitti contro la p.a.[254]. Il

---

[252] F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2410; V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1132; R. RAMPIONI, *Bene giuridico,* cit., p. 73. In questo senso, nella giurisprudenza costituzionale, C. cost. 341/1994, che, al §3, afferma, con riguardo alla originaria fattispecie dell'oltraggio a p.u., che "questo unicum, generato dal Codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante, concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima". Tale passaggio argomentativo è ripreso anche nella già citata sent. cost. 140/1998, §4. Rispetto all'ipotesi di oltraggio a pubblico ufficiale, distingue tra "prestigio in senso normativo e formale", utile a individuare il "decoro che consiste nel rispetto dovuto a colui che è incaricato di una pubblica funzione, e "in senso sociologico e reale", che coincide con l'opinione sociale "che si fonda sui meriti del pubblico ufficiale", S. BRASCHI, *L'evoluzione del delitto di oltraggio*, cit., pp. 93-94 che precisa che "nell'attuale quadro costituzionale il prestigio formale non sembra in grado di legittimare il ricorso alla sanzione penale", in quanto "nel caso di offesa consistente nell'attribuzione di fatti disonorevoli di pubblico interesse, il principio democratico impone di assicurare la libertà di critica e di informazione"; "le conclusioni cambiano, invece, allorchè si passa a considerare il prestigio in senso reale. Non può infatti negarsi che in uno Stato democratico il discredito e la conseguente sfiducia dei cittadini sono in grado di minare la stessa tenuta delle istituzioni". Sotto questo aspetto, questa seconda concezione del prestigio rappresenterebbe una "pre-condizione" del buon andamento, col quale riesce a legarsi da un punto di vista funzionale.

[253] G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione,* cit., p. 16.

[254] S. FIORE, *Introduzione,* cit., p. 7; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 156 qualifica il prestigio della pubblica amministrazione un "bene giuridico di livello non costituzionale", rispetto al quale si verificherebbe "un *abuso di tutela*, cioè la tutela di qualcosa che non è costituzionalmente legittimo tutelare penalmente". Si veda anche nt. 45, anche per la posizione di Mario Romano favorevole a mantenere un seppur minimo spazio di operatività al bene del prestigio perché lo ritiene intrinseco al buon andamento della p.a. e lo ricava dal testo dell'art. 54, secondo comma, Cost. che parla di "onore e disciplina" che i cittadini titolari di pubbliche funzioni devono avere nel relativo svolgimento. Maggiormente condivisibile, nella prospettiva di questa indagine, risulta invece quell'interpretazione dell'art. 54, comma secondo, Cost. che intende questa disposizione costituzionale non come la fonte di un "dovere di fedeltà in grado di fondare il bene giuridico dei delitti contro la pubblica amministrazione, ma va letto come il riflesso soggettivo del principio di legalità (…). I doveri d'ufficio, di cui i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio, a differenza dei privati, sono direttamente titolari e la cui violazione è presente in tutti i delitti del capo I del titolo II, non costituiscono un bene giuridico autonomo, ma rappresentano un disvalore strumentale rispetto alla tutela degli interessi del buon andamento e dell'imparzialità dell'agire pubblico". M. PELISSERO, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 56-57. Lo stesso Autore auspica che "sebbene sia indubbio che la legalità dell'azione della pubblica amministrazione abbia come riflesso soggettivo l'aspettativa dei consociati nel rispetto delle regole fissati per l'agire dei pubblici poteri, non di meno la tutela penale deve continuare a mantenere fermo il perno degli interventi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione in una prospettiva che riservi al diritto penale un ruolo sussidiario", p. 60. Nello stesso senso, rispetto al significato da attribuire all'art. 54, secondo comma, Cost., F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione,* cit., pp. 135 ss. per il quale quest'ultimo ha valenza 'funzionalistica' e non formale. Tale valenza 'funzionalistica' dell'art. 54 Cost. sembra essere presente anche in F. PALAZZO, "*Corruzione: per una disciplina integrata*" *ed efficace,* cit., p. 1178, che mette in guardia dall'utilizzare in via strumentale i valori della "disciplina e onore" sanciti in Costituzione per "scivolare lungo il piano inclinato dell'uso simbolico del diritto penale o addirittura

sacrificio del prestigio, dell'intangibilità degli apparati pubblici, della purezza dell'immagine della p.a. pertanto, non trova più copertura costituzionale proprio alla luce del rinnovato contesto ordinamentale edificato dal costituzionalismo[255] sulle ceneri dello Stato autoritario, nel quale dalla capacità dell'Amministrazione di soddisfare i beni pubblici deriva anche la tenuta del nostro Stato sociale di diritto. Diversamente, si ammetterebbe che anche sul privato 'estraneo' gravi una sorta di dovere di fedeltà alla pubblica autorità, come poteva invece ritenersi in altro contesto storico e politico-istituzionale[256].

Si vuole dimostrare, in breve, che questo rinnovato assetto funzionale dell'apparato pubblico incide altresì sul volto costituzionale dell'illecito penale nel settore dei reati contro la p.a.: un'incriminazione fondata sulla tutela del prestigio, bene ormai non più dotato di 'comprensione sociale'[257], consegnerebbe un reato *esangue* nei suoi profili di offensività, nel quale il *Verhaltenstypus* non presenta connotati di *Unwert* immediatamente percepibili[258], ma si fonderebbe su una condotta neutra, al più espressione di disvalore in termini etico-morali[259] o di "oggettività immateriali e spiritualizzate"[260]. Da questo deriverebbe un affievolimento del rimprovero di colpevolezza individuale quale riflesso di una tipicità, formale e sostanziale, debole e l'impossibilità di ricondurlo all'interno del paradigma costituzionale della pena[261].

---

verso un diritto penale in funzione moralizzatrice"; allo stesso tempo, però, riconosce che il riferimento a questi valori autorizza, pur sempre rimanendo nel campo di legittimità tracciato dalla Costituzione, ad irrigidire forme di tutela penale della pubblica amministrazione.

[255] F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.,* p. 139 puntualizza come l'avvento del costituzionalismo abbia introdotto valori-fine e ha rifiutato ogni concezione formale dei principi sottesi all'agire amministrativo. È stata così abbandonata quella concezione "sacrale" delle pubbliche funzioni, "circondate da un'aureola di privilegi formali, riflesso del loro essere appannaggio del sovrano". R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 80 ss. motiva l'esclusione dei beni di stampo formalistico dal novero di valori costituzionali meritevoli di tutela sul presupposto che i precetti costituzionali collegati alla pubblica amministrazione facciano tutti riferimento allo svolgimento della relativa attività, ed assumano dunque una dimensione 'dinamico-funzionale'.

[256] M. PELISSERO, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 54.

[257] F. PALAZZO, *Intervento al Webinar di presentazione del volume di M.C. Ubiali, Attività politica e corruzione,* 12 aprile 2021, disponibile in *Sist. Pen.,* ipotizza la sostituzione del prestigio della pubblica autorità, valore centrale dell'organizzazione del titolo di parte speciale riservato ai delitti contro la p.a., prerogativa del solo potere statuale, con il "discredito della pubblica amministrazione", che rappresenterebbe una sorta di evoluzione in senso democratico e pluralista del prestigio.

[258] A.M. STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* cit., p. 132, il quale evidenzia come "non si può dubitare che qualsiasi delitto dei pubblici ufficiali offenda il prestigio della pubblica amministrazione, il quale però, proprio per questo, non può servire affatto a circoscrivere la portata delle singole norme incriminatrici e a chiarirne le reciproche relazioni".

[259] Specifica G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, p. 31 che "il concetto di prestigio, in altre parole, risulta "intrinsecamente vago e ridondante, perché fumoso e incerto risulta il suo ibrido strutturarsi su parametri sostanzialmente etici".

[260] Nello specifico settore dei reati contro la pubblica amministrazione, sebbene rispetto ad altre ipotesi incriminatrici, riconosce l'emersione di una tendenza ad un costante sbiadimento del profilo di offensività in favore di fattispecie che colpiscono condotte eticamente scorrette, V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1133 ss.

[261] N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo,* Milano, 1983, pp. 77 ss.

Indiziato principale del 'vecchio' sistema oggetto di revisione è, senza dubbio, il capo dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione[262]: questo, inizialmente immaginato come settore dove raggruppare le condotte dei privati che offendevano la pubblica amministrazione dall'esterno, in virtù della tutela apprestata alla Pubblica amministrazione intesa come entità superiore, oggi, a seguito del processo di "funzionalizzazione" degli oggetti di tutela in questo precipuo ambito di parte speciale, ricomprende quelle che presentano uno spessore lesivo 'funzionale'. Cioè, assumono rilevanza penale quelle condotte nelle quali il privato 'entra in contatto' con il pubblico agente[263] titolare delle funzioni.

La pubblica amministrazione, in altre parole, è costituita da persone in carne ed ossa, alle quali affida l'incarico di svolgere le pubbliche funzioni. Mentre nel contesto precedente, dunque, il privato poteva attentare ai beni della p.a., *sub specie* castità della sua immagine e prestigio della stessa, attraverso un proprio comportamento, semplicemente 'irrispettoso', come l'oltraggio al pubblico ufficiale[264], la minaccia e resistenza o come la vendita di un credito millantato presso il pubblico agente, oggi quelle condotte non hanno più diritto di cittadinanza in un ordinamento penale costituzionalmente orientato, a meno che non comprendano nel loro spettro offensivo l'ostacolo delle funzioni demandate al singolo

[262] Questo capo di parte speciale era "considerata come un mezzo per la tutela del prestigio della burocrazia. (…) Il prestigio della pubblica amministrazione e della burocrazia, mentre nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione funge da formula nebulosa sostitutentesi ad un'oggettività giuridica indefinita, negli artt. 336 ss. diviene, spesso, la *ratio* determinante ed esclusiva della tutela", così F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 2407.

[263] Questi rilievi, d'altronde, sono stati già autorevolmente perfezionati da Franco Bricola, che osservava come "sul piano della tutela della pubblica amministrazione da offese che nascono dall'interno di essa giocano esigenze obiettive, quali l'efficienza, l'imparzialità ecc., che non trovano riscontro, se non di rado, per le offese che si sviluppano dall'esterno. Uno di questi casi può essere rappresentato dalle ipotesi di violenza, minaccia e resistenza, dove la tutela speciale non ha bisogno di appuntarsi sull'identificazione della persona con l'ufficio e, quindi, sul prestigio, ma sulla funzione e sul servizio, nel suo attuarsi. A differenza, infatti, dell'oltraggio, la violenza, resistenza o minaccia incidono direttamente sull'attività, e, in definitiva, sull'efficienza, nel momento esecutivo, dell'amministrazione. Una più rigorosa deliminatazione dell'oggetto della tutela varrebbe, di conseguenza, a rendere conciliabili con i principi costituzionali, tali fattispecie. Così, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2413.

[264] Rileva F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2411 che "l'incriminazione dell'oltraggio si fonda(va) sullo *status* particolare del soggetto passivo e sul prestigio ricollegato a tale posizione. Data la tendenza della magistratura ad interpretare estensivamente, soprattutto in periodo autoritario, le nozioni di pubblico ufficiale e di pubblico impiegato incaricato di un pubblico servizio, l'oggettività giuridica cominciò ad apparire contraddittoria e si parlò di tutela del prestigio e dell'interesse statale al normale svolgimento dell'attività". Questa concezione del prestigio della p.a. è confermata anche nel *Trattato di diritto penale italiano*, cit., di V. MANZINI, che individua come oggetto della tutela "l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento e il prestigio della pubblica amministrazione in senso lato, per ciò che attiene alla probità, al disinteresse, alla capacità, alla competenza, alla disciplina, alla fedeltà, alla sicurezza, alla libertà, al decoro funzionali e al rispetto dovuto alla volontà dello Stato in relazione a determinati atti o rapporti della pubblica amministrazione stessa", ricordando come tali propositi di tutela venivano assicurati nell'ambito dei delitti dei privati contro la p.a. attraverso i delitti di oltraggio.

soggetto pubblico[265]. Invero, è stata la stessa Corte costituzionale nella sentenza 341/1994, nella quale ha dichiarato l'irragionevolezza per sproporzione per eccesso del minimo edittale della previgente formulazione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, che, nelle maglie dell'argomentazione, ha affermato che "in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi ignorato lo stesso reato di oltraggio: al di là di ipotesi particolari (…) le ingiurie e le diffamazioni nei confronti dei pubblici ufficiali sono normalmente colpite nello stesso modo con cui sono punite quelle rivolte ai privati cittadini"[266].

D'altra parte, una interpretazione restrittiva delle fattispecie penali a tutela dei beni di pertinenza della pubblica amministrazione è ipotizzabile anche partendo proprio dal dettato costituzionale. Leggendo sinotticamente le disposizioni della Carta che compongono il nucleo regolativo dello svolgimento delle funzioni pubbliche, si può, ad esempio, osservare che all'art. 54, secondo comma, Cost. viene sancito il "dovere" da parte di tutti i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche "di adempierle con disciplina ed onore"; all'art. 97, secondo comma, viene imposto il rispetto del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione; l'art. 97, terzo comma, richiede che nell'organizzazione degli uffici siano determinate le "sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari", evidenziando come il rispetto della legalità nell'azione amministrativa passi innanzitutto per l'organizzazione della pubblica amministrazione[267]. Questi dati normativi pongono a carico dei pubblici agenti la responsabilità del rispetto del corretto svolgimento delle funzioni pubbliche, con la conseguenza che la violazione di questi principi sarà rilevante solo in rapporto a un loro comportamento attivo o, comunque, mediato, riservando alla sanzione penale solo uno spazio sussidiario. Gli esempi più evidenti, che sono anche quelli che riguardano condotte il cui disvalore è immediatamente percepibile, si trovano, non a caso, nella morfologia del capo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. (si pensi alle fattispecie di peculato, o alle fattispecie di corruzione e concussione). Diventa maggiormente sfuggente, invece, il profilo di disvalore di buona parte dei reati dei privati contro la pubblica amministrazione, a meno che non si tratti di ipotesi in cui il privato incide direttamente sullo svolgimento delle funzioni pubbliche, al punto da pregiudicarne la libertà di determinazione

[265] F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2410. Sulla tutela dei profili "dinamici" della Pubblica amministrazione e non nel suo aspetto statico, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 193.
[266] C. cost., 22 luglio 1994, n. 341, §3. M. PELISSERO, *Introduzione*, cit., p. 4 assegna proprio a questa pronuncia della Corte costituzionale il ruolo di 'presa di posizione' rispetto alla attualità dell'ossessione del prestigio della p.a.
[267] G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* Milano, 2008, pp. 131 ss.

e azione da parte dei loro titolari, come nel caso dell'art. 337 o 338 c.p.[268] e, a seguito della lettura offerta recentemente dalla Corte costituzionale, anche dell'art. 341-*bis* c.p.[269].

Nell'occasione, la Consulta ha fornito un'apprezzabile interpretazione della fattispecie, alla luce, in particolare, dei beni giuridici tutelati: il riferimento al prestigio – oggi accompagnato dalla lesione all'onore individuale del pubblico ufficiale per il tramite della congiunzione "e" e non della particella disgiuntiva "o" – si caratterizza per un "requisito di stretta contestualità tra la condotta del reo e il compimento di uno specifico atto dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale, espresso dalla locuzione «mentre compie un atto d'ufficio» - il medesimo che compare anche nella fattispecie di cui all'art. 337 c.p." (§ 3.4). Tale perifrasi è di sicuro idonea a restringere l'ambito applicativo della nuova fattispecie, ma il giudizio offensivizzante è possibile anche grazie ad altre "modifiche strutturali subite dalla rinata fattispecie di oltraggio di cui all'art. 341-*bis* c.p.", integrata di una serie di elementi, quali quelli del carattere pubblico o aperto al pubblico del *locus commissi delicti* e della presenza di più persone. La rimodellata figura di reato, pertanto, non ha una più natura plurioffensiva eventuale, bensì carattere plurioffensivo necessario, per cui la lesione a beni formali come il prestigio della p.a. e l'onore del p.u. è ammessa solo nella misura in cui si inserisce nel contesto di condotte che mettono in pericolo beni funzionali della p.a. Affiora così una "nuova dimensione di pericolo per la concreta attuazione dello specifico atto d'ufficio che la condotta del reo mira evidentemente ad ostacolare, e dunque per il regolare esercizio della pubblica funzione svolta in concreto dal pubblico ufficiale". Essenziale, allora, risulta essere il rapporto di stretta contestualità tra la condotta e il compimento dell'atto d'ufficio da parte del p.u., che illumina il disvalore tipico del reato in chiave funzionale.

Diversa è, ad esempio, la fattispecie di malversazione *ex* art. 316-*bis* c.p., in cui è vero che la distrazione nella quale si concretizza l'offesa è opera direttamente del privato, ma si verifica successivamente allo svolgimento dell'attività propria dell'amministrazione, consistente nella corretta dazione del finanziamento.

Fondamentale, dunque, risultano le modalità dell'azione descritte dalla fattispecie: il disvalore di azione deve esprimere in termini chiari la sua immediata connessione con le pubbliche funzioni protette, dal momento che "soltanto un'azione che sia posta in essere al fine di salvaguardare il diritto minacciato è in grado di esprimere il valore positivo del fatto realizzato"[270]. E questa relazione, come visto, potrà sussistere solo se nella dinamica fattuale

[268] G. AMARELLI, *sub* art. 338 c.p., in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, tomo II, 2021, pp. 1260 ss.;
[269] C. cost., 20 dicembre 2019 (ud. 4 dicembre 2019), n. 284.
[270] N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale,* cit., p. 57.

appare, fosse anche solo sullo sfondo in termini di pericolo, il pubblico agente titolare delle funzioni. Tale operazione ermeneutica non rappresenta altro che una modalità attraverso cui si suggerisce una lettura di 'concretizzazione' del bene giuridico istituzionale, al quale si attribuisce un carattere *dinamico* e *funzionale,* adesivo ai compiti di "un moderno diritto penale, il quale non si limiti ad una funzione «conservativa» di beni preesistenti" ma garantisca "il raggiungimento degli scopi perseguiti dalle prestazioni pubbliche di uno Stato che si pone anche obiettivi di promozione e aiuto sociale"[271].

In questo modo, verrebbero soddisfatte anche minime, ma essenziali, esigenze di proporzionalità tra il fatto incriminato e la sanzione prevista. A questo proposito, una condizione preliminare di questo rapporto è data dall'omogeneità, quantomeno nel rispettivo livello di concretezza, dei diversi beni sacrificati posti in relazione di bilanciamento. Nel caso di specie, mentre il bene oggetto della sanzione sarebbe già concretizzato (la libertà personale), quello 'istituzionale' protetto dalla norma incriminatrice risulterebbe sfuggente (buon andamento e imparzialità)[272].

Un esempio in questo senso può rinvenirsi nella problematica figura del traffico di influenze illecite[273], rispetto alla quale una recente sentenza della Corte di Cassazione[274] ha assegnato rilevanza offensiva alla capacità di influire sull'operato della p.a., ricavando da ciò l'elemento per affermare la discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva, abrogata, e il traffico di influenze illecite, riformato, e riconoscendo, invece, la riespansione della truffa sul terreno prima presidiato dalla prima fattispecie. Il percorso logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità si fonda, invero, proprio sul presupposto che, non potendosi più ammettere tra i beni meritevoli di tutela quello del prestigio della p.a. e, dunque, dovendosi intendere il traffico di influenze quale reato finalizzato a neutralizzare condotte prodromiche ad accordi corruttivi, non si comprendeva "come po(tesse) ipotizzarsi da parte del «truffato» un'aggressione al bene giuridico che la norma intende preservare", consistente nel buon

---

[271] G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico*, cit., p. 46.

[272] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 189, nota 57.

[273] Per una disamina della fattispecie, completa di una panoramica sulle problematiche ad essa legate, tra tutti, cfr. R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esaustiva regolamentazione del* lobbying, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio,* Torino, 2020, pp. 51 ss.; F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito,* in *Dir. pen. proc.,* 6/2019, pp. 749 ss.; V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma,* in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), Lobbying *e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale,* Torino, 2019, pp. 265 ss.; G. PONTEPRINO, *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "spazzacorrotti",* in *Sist. Pen.,* 12/2019, pp. 91 ss.; volendo, N.M. MAIELLO, *Traffico di influenze illecite,* in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali,* cit., pp. 230 ss.

[274] Cass., sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221, con nostra nota adesiva, *Sulla discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva e il traffico di influenze illecite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2020, pp. 1501 ss.

andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. I giudici, in breve, valorizzano la reale capacità di influenza sul pubblico agente. La presenza di quest'ultimo, dunque, anche nella summenzionata ipotesi incriminatrice che pur poteva prestarsi ad oscillazioni interpretative, con il rischio di snaturare la *ragionevolezza offensiva* del tipo criminoso, è stata fondamentale per assegnare idoneità lesiva ad una condotta altrimenti neutra, perché incapace di arrecare danno ai beni funzionali di pertinenza della p.a. L'elemento del 'passaggio obbligato per le funzioni del pubblico agente', anzi, emerge con particolare nitore proprio rispetto a questa fattispecie. La Cassazione stessa, infatti, ha riconosciuto l'imprescindibilità, ai fini dell'integrazione del traffico di influenze illecite, della precisa indicazione da parte del mediatore del soggetto qualificato presso il quale intende esercitare la propria attività di influenza indebita, così da poter individuare la *funzione* messa in pericolo[275].

Il presupposto da cui muovere, pertanto, è che anche nella forma anticipata dell'intervento penale, tipica del reato di pericolo, non potrà esservi attentato al bene giuridico tutelato (buon andamento e imparzialità nel caso in esame) se non esclusivamente attraverso una condotta anche solo potenzialmente idonea ad influire sul pubblico agente, titolare della funzione pubblica che si vuole distorcere.

Viene in rilievo, in conclusione, che la posizione 'mediata', o 'intermedia', del pubblico soggetto, che deve sempre partecipare alla dinamica offensiva, o in qualità di agente, come nel caso dei delitti dei p.u. contro la p.a., o passivamente, come per buona parte dei delitti dei privati contro la p.a., può essere considerato un elemento che compone l'*Handlungsunwert*, in quanto rappresenterebbe il modo con cui viene realizzata un'azione illecita. Notava Filippo Sgubbi, rispetto ad un altro settore della parte speciale, quello dei reati contro il patrimonio, da sempre sotto osservazione per le tecniche di tutela utilizzate, che il reato, atteggiandosi quale illecito modale, non poteva imperniarsi attorno a condotte neutre, ma collegava in senso stretto la modalità della condotta e la sua attitudine offensiva. Questi affermava che il 'modo' fosse un requisito intrinseco al disvalore dell'azione, "qualcosa che sta dietro l'oggettività naturalistica della condotta esteriore di un individuo"[276].

[275] Cass., sez. VI, 8 giugno 2021, n. 26437.
[276] F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio,* Milano, 1980, p. 25.

3. *L'art. 97, comma secondo, Cost. come faro che illumina l'attività della Pubblica Amministrazione. La proiezione finalisticamente orientata dei principi di buon andamento e imparzialità*

Un chiaro inquadramento dei principi-guida dell'attività dell'amministrazione, nella fisionomia assunta anche nel discorso giuspubblicistico, corre in soccorso al penalista, chiamato a confrontarsi con fattispecie incriminatrici che, a causa della vaghezza e della ampiezza dei beni giuridici che tutelano, non sono in grado di riflettere le molteplici gradazioni dell'offesa che possono verificarsi. Questo limite è consustanziale ai beni giuridici istituzionali o generici, spesso tutelati attraverso schemi di reati di pericolo, che a causa della astrattezza dell'oggetto della tutela, non permettono, innanzitutto, di comprendere se si è in presenza di un pericolo astratto, concreto o di un danno[277], poi, di definire un limite negativo alla configurabilità di una fattispecie in caso di condotte astrattamente conformi al tipo ma concretamente prive di offensività[278].

Per tale motivo, dopo aver operato una analitica individuazione dei principi cardine di questo settore di parte speciale, occorre intervenire in via interpretativa innanzitutto – ed eventualmente in prospettiva di riforma[279] - attraverso una riduzione di scala dei profili di tutela di determinate norme incriminatrici. In tale direzione sembrano muoversi importanti correnti giurisprudenziali della Corte di Cassazione rispetto ai termini applicativi di alcune norme incriminatrici 'nevralgiche'[280]. Questa tendenza interpretativa ha il merito di

---

[277] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., *passim*.

[278] Per tutti, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo,* cit., p. 35, in termini critici rispetto all'impostazione di M. GALLO, *Dolo,* in *Enc. Dir.,* XIII, 1964, pp. 782 e 787. Riassume le diverse posizioni in argomento, R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 217 ss. Doveroso è, altresì, il riferimento a C. FIORE, *Il reato impossibile,* Napoli, 1959, pp. 41 ss.

[279] V. MANES, *Bene giuridico*, cit., pp. 1371 ss. propone l'introduzione di una clausola di *esiguità* operativa per singoli settori della parte speciale, caratterizzati da notevole astrattezza del bene giuridico di categoria tutelato, tra cui rientrerebbero i beni di pertinenza della P.A. Sul principio di esiguità, ampiamente, C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari,* Padova, 1985, pp. 693 ss.

[280] In particolare, nell'ampia produzione giurisprudenziale in materia, sembra opportuno assegnare un ruolo 'chiave' ad alcune pronunce, che hanno valorizzato gli strumenti: *i*) dell'interpretazione tassativizzante, come nel caso di una delle prime sentenze in tema di 'nuovo' abuso d'ufficio, Cass., sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057 in *Sist. Pen.,* 16 aprile 2021 con scheda di C. PAGELLA, ove la Corte si è cimentata in una meritevole attività interpretativa di individuazione delle norme "dalle quali non residuino margini di discrezionalità", le uniche oggi penalmente rilevanti all'indomani del d.l. 76/2020; *ii*) dell'interpretazione offensivizzante, specificamente nell'ambito di due vicende che avevano ad oggetto la sotto-fattispecie del peculato in relazione alle cd. spese di rappresentanza, Cass., sez. VI, 9 aprile 2019, n. 21166, in *Cass. pen.,* 7-8/2020, pp. 2747 ss. con nostra nota; e la già citata, Cass., sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221, in *Cass. pen.,* 4/2020, pp. 1539 ss. con nota di M. GAMBARDELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa,* relativa ad un'ipotesi di millanteria corruttiva per la quale grazie alla valorizzazione del paradigma del tipo criminoso legale è stato sancito l'assorbimento nel delitto di truffa e bocciata la tesi della sua riconducibilità nell'alveo di rilevanza del riformato traffico di influenze; *iii)* infine, dell'utilizzo del principio di proporzione sanzionatoria

differenziare gli oggetti di tutela delle varie fattispecie che presidiano questa materia e, in concreto, fa assumere rilevanza penale solo alle violazioni relative ad attività che hanno significato esterno nei confronti dei cittadini o che espongono a concreto pericolo una pubblica funzione[281]. Un simile modo di interpretare le fattispecie in tale delicato settore della parte speciale, d'altronde, era stato già inaugurato da un perspicuo indirizzo dottrinale,

---

in chiave ermeneutica, venuto in rilievo, da ultimo, nella nota, e complessa, vicenda di *Mafia Capitale*, Cass., sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125 in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2020, pp. 662 ss. con nota di M.C. UBIALI, *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso 'mafia capitale'*, ove la Suprema Corte, per affrontare con dovizia di motivazione gli intricati fatti e le delicate questioni giuridiche sottese, ha fatto ricorso al doppio giudice-relatore, uno per la parte relativa ai reati associativi (Di Stefano) ed uno (Silvestri) per i profili legati alle vicende di corruzione. Proprio con riguardo alla parte motiva che ha scandagliato gli aspetti connessi alla corruzione, meritorio è stato l'impegno interpretativo dei giudici nel senso di rendere chiari i confini tra corruzione propria e funzionale rispetto ai relativi profili offensivi, specificando che il primo va inteso quale reato di danno, mentre il secondo quale reato di pericolo. La rilevanza di questa parte della pronuncia risiede, altresì, nella valorizzazione di istanze legate al *Wertverletzungstypus* espresso dall'art. 318 c.p., da cui deriverebbe un tipo criminoso più solido, capace di ribaltare i monolitici orientamenti sorti in seno alla giurisprudenza di legittimità che volevano, in sostanza, rendere quest'ultima fattispecie 'residuale' e, dunque, da applicare solo per vicende dalla scarsa gravità, a prescindere dal contenuto dell'accordo corruttivo. Si è voluto, così, superare quell'indirizzo consolidato per cui "all'art. 318 c.p. non potrebbero essere ricondotti i casi di generale asservimento dell'intera funzione, che continuerebbero ad integrare la fattispecie di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio", sul presupposto che "non sarebbe sistemico che la condotta di un p.u. che compia per denaro o altra utilità un solo suo atto contrario all'ufficio debba essere punito con una cospicua pena, mentre invece un pubblico funzionario stabilmente infedele (…) debba essere irrazionalmente punito con una pena più mite", rinvenendo in questa seconda classe di condotte una penetrazione offensiva maggiore e, dunque, una più acuta meritevolezza di pena. Tale percorso logico-sistematico aveva portato alla pratica della smaterializzazione dell'atto d'ufficio anche nell'applicazione dell'art. 319 c.p. I giudici di legittimità, nella summenzionata sentenza, chiariscono, invece, che una corretta interpretazione offensivizzante, grazie alla quale distinguere tra reati di pericolo e moduli di danno, permette di ristabilire un ordine assiologico anche nel rapporto tra queste due fattispecie, per cui "la fattispecie di cui all'art. 318 c.p. rivela una offensività diversa e – probabilmente – minore rispetto al reato di corruzione propria, che è fondata, invece, sul danno in concreto arrecato e sull'accertamento di un nesso strumentale tra la dazione-promessa e il compimento di un determinato o comunque ben determinabile atto contrario ai doveri d'ufficio". Accanto a ragioni legate alla tecnica di tutela adottata, specifica la Suprema Corte, "la recente modifica apportata all'art. 318 c.p. dalla legge n. 3 del 2019, che ha consistentemente aumentato la pena per il reato di corruzione per l'esercizio della funzione, ha indubbiamente eliso una delle argomentazioni maggiormente valorizzate dall'indirizzo che riconduce all'art. 319 c.p. «la messa a libro paga» del pubblico funzionario e contribuisce a sgomberare il campo da possibili fraintendimenti". Quest'ultimo, pertanto, sembra essere un modello decisorio condivisibile, in quanto utilizza il parametro del disvalore di azione, del canone ermeneutico dell'offensività e del principio di proporzione per individuare una chiara linea di demarcazione tra fattispecie confinanti sotto il profilo *tipico*, che nel diritto delle Corti erano state al centro di una serie di torsioni applicative, al fine di ristabilire la compatibilità delle suddette figure di reato all'interno dello statuto di legittimazione della pena sancito in Costituzione. L'utilizzo di questi parametri interpretativi, dunque, consente di ristabilire altresì essenziali istanze di legalità connesse alla tipicità, offensività e proporzione della fattispecie e al principio di separazione dei poteri, che riconducono la classe dei comportamenti punibili all'area di rilevanza penale indicata dal testo della disposizione, superando tentativi di estendere le maglie della tipicità della fattispecie "a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali", che "costituisce un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo", così C. Cost. 98/2021, §2.4. Rispetto a tipi criminosi sbiaditi, pertanto, una "integrazione ermeneutica" risulta necessaria e, anzi, "oggi è imposta dalla Corte EDU, perché una carenza di tassatività che si protragga nel tempo è destinata alla sanzione dell'imprevedibilità", V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., pp. 1148 ss. che propone alcuni esempi di "supplenza ermeneutica" consentita, che, cioè, s'impegna in un'attività di tassativizzazione valorizzando i canoni di offensività, proporzionalità, sussidiarietà, riguardo alle fattispecie di corruzione funzionale, induzione indebita e le ipotesi di turbativa d'asta.

[281] Sembra essere questa la posizione di R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit. p. 36.

recepito poi in giurisprudenza e riconducibile ad Alfonso Stile, rispetto all'omissione di atti d'ufficio. Nel solco del rinnovamento della concezione del ruolo e delle funzioni del diritto penale, che diventava costituzionalmente orientato, mutavano anche i tipi di condotta e le relative modalità di lesione che assumevano rilevanza: non era più giustificato il ricorso alla sanzione penale per omissioni di atti interni all'ufficio, privi di effetti immediati sulle istanze del cittadino, in quanto espressione di violazione di doveri comportamentali neutri sotto il versante assiologico e degli scopi di tutela. Le uniche omissioni capaci di integrare il precetto dell'art. 328 c.p. erano quelle relative ad atti "esterni", attraverso i quali l'amministrazione esplicava le proprie funzioni verso la società[282], e che dunque producevano un effetto pregiudizievole del buon andamento della p.a. inteso nella sfera dinamica della sua attività[283].

Rimanendo nell'ambito dell'individuazione delle forme di aggressione delle funzioni pubbliche con riguardo a reati dalla tipicità, formale e sostanziale, poco chiara, discorso analogo potrebbe prospettarsi, all'epoca della sua vigenza, per l'interesse privato in atti d'ufficio, ove il "prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione" non poteva coincidere con la mancata astensione dalla partecipazione all'atto, imponendo quasi un obbligo di astensione che non trovava la propria disciplina in alcuna norma extrapenale. Si allontanava così il rischio di far entrare nell'edificio penalistico condotte solo apparentemente lesive dei beni di pertinenza della p.a., ma, invero, ancora legate all'idea del prestigio della p.a.[284].

Arrivati a questo punto, l'indagine non può andare avanti senza un opportuno confronto con la fisionomia dei principi che regolano l'amministrazione, oggetto di tutela nei reati contro la p.a.: buon andamento e imparzialità, sanciti a livello costituzionale all'art. 97, secondo comma. Tali riferimenti non possono essere analizzati dalla prospettiva del solo penalista, pena il rischio, ancor più concreto con riguardo a beni giuridici istituzionali, di una torsione metodologica degli stessi.

Il punto di osservazione che si deve privilegiare, pertanto, è quello dell'amministrazione stessa, cioè del compito che tali criteri-guida svolgono rispetto allo svolgimento della funzione amministrativa e non, invece, quali fonti di legittimazione dell'intervento penale, nella consapevolezza che la *buona amministrazione* ha bisogno di potersi attivare e, dunque,

---

[282] A.M. STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974, *passim* e spec. pp. 113 ss.
[283] M. ROMANO, *I delitti di rifiuto*, cit., p. 19.
[284] F. BRICOLA, *Interesse privato in atti d'ufficio,* cit., pp. 57 ss.

di *facere*[285]. Solo in questo modo, infatti, potrà instaurarsi quella connessione *diretta* tra bene oggetto della singola disposizione incriminatrice e bene finale istituzionale: "il procedimento seguito può sembrare artificioso, ma pare l'unico che consenta l'esplicazione del principio di proporzionatezza, e dunque una forma di controllo della reazione penale impiegata contro i fatti ritenuti dannosi per le istituzioni"[286].

Il principio di buon andamento, che presenta contorni molto più ampi rispetto al principio di imparzialità[287], è sempre stato concepito come mero criterio organizzatorio interno ai vari uffici, senza mai riconoscergli dignità di principio di "scienza del diritto", né tantomeno di principio dotato di autonomia concettuale[288]. Questa visione, molto aderente a letture formalistiche del testo costituzionale, foggiava, nell'ottica del penalista, un oggetto di tutela esangue, relativo ai soli fini interni dell'amministrazione, ma non per questo non meritevole di protezione rafforzata offerta dallo strumento penale, secondo un'impostazione tecnico-giuridica di stampo giuspositivista, ancora prevalente nei primi anni di operatività della Costituzione e soprattutto fino all'avvio dei lavori della Corte costituzionale. In quel *milieu* giuridico-culturale non era peregrino ammettere la legittimità di fattispecie penali a tutela di doveri comportamentali, soprattutto nell'ambito dell'attività amministrativa, o di semplici funzioni amministrative[289]. Anche questa concezione, tuttavia, è stata travolta dalle letture *in action* che hanno riguardato l'interpretazione dei principi della nostra Carta. E a questo clima di "rinascita culturale" dei principi della Carta – com'è noto e per quello che qui maggiormente interessa – hanno svolto un ruolo fondamentale la dottrina penalistica e le scienze penalistiche, non solo al fine di far ottenere al diritto penale una base costituzionale attraverso la rilevanza costituzionale dei propri oggetti di tutela, ma anche al fine di

---

[285] Sembra essere di questo avviso anche A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione neutralizzatrice della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 1/2021, p. 82.

[286] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni,* cit., p. 191.

[287] A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 388, il quale critica (p. 397) altresì l'utilizzo del canone del buon andamento da parte della giurisprudenza costituzionale, che ne ha consegnato un "ritratto meramente *impressionistico*", al punto che "chiunque può trovare nella giurisprudenza precedenti per comprovare o per confutare le tesi più diverse". Secondo l'insigne Autore, cioè, "gli usi giurisprudenziali del principio di buon andamento ci restituiscono un *principio senza fattispecie*, la cui sagoma si estende a qualsiasi profilo organizzativo e funzionale dell'amministrazione" (p. 399).

[288] Sul punto, M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici,* in *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 1958, pp. 236 ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento,* cit., p. 132 denuncia la scarsa valorizzazione dei due principi di imparzialità e buon andamento, "nonostante vi sia un largo consenso interno al valore normativo dei due concetti". Nella giurisprudenza costituzionale C. Cost., 3 marzo 1959, n. 9, in *Giur. Cost.,* 1959, pp. 237 ss.; nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 16 maggio 1980, n. 504, in *Giur. It.,* 3/1981, pp. 21 ss. Sull'orientamento *conservatore* del Consiglio di Stato che riconosceva al buon andamento la natura di "canone proprio dell'ordinamento particolare dell'amministrazione e non regola dell'ordinamento generale", P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* cit., p. 158; su quello della Corte costituzionale U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e Pubblica Amministrazione,* in *Le Regioni,* 1982, pp. 1186 ss.

[289] Sul punto, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., pp. 95 ss.

concedere all'interprete una chiave di lettura costituzionalmente orientata riguardante il profilo offensivo delle singole fattispecie.

Non può ritenersi, dunque, esente da questo processo evolutivo di principi e diritti fondamentali anche il principio di buon andamento, che ha conosciuto dei momenti evolutivi sia dal punto di vista della scienza amministrativistica[290] sia maggiore attenzione da parte della dottrina penalistica, secondo percorsi che inevitabilmente s'intrecciano[291].

Ed è così che dalle macerie del "vecchio e statico" principio di buon andamento, si è ricavato un principio realmente in grado di guidare l'attività amministrativa[292]: non solo in termini di efficacia, efficienza ed economicità, richiamati espressamente tra i criteri guida dell'attività amministrativa come espressione del buon andamento ai sensi dell'art. 1 l. 241/1990, ma anche dal punto di vista della adeguatezza e ragionevolezza dell'intervento amministrativo rispetto ai fini da perseguire[293].

Il principio di buon andamento ha finito così per assumere una *dinamicità relazionale*[294], divenendo un principio espressione di "efficienza pubblica"[295], "cardine della vita

---

[290] Una ricca testimonianza dello sviluppo del principio è presente in M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento,* cit.

[291] Partendo dalla considerazione che si vuole far dire ai principi di buon andamento e imparzialità più di quello che possano effettivamente dire, dal momento che mantengono scarsa capacità di indirizzare il giudice, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 85 sostiene che, "desta quantomeno qualche sorpresa la circostanza che, in ambito amministrativistico, gli effetti dei due importanti principi si irradino in modo così attenuato, mentre invece la giurisprudenza penale ne riesce ad amplificare la potenza come una lente ustoria, fino a trasformarli in parametri tipici per la definizione della condotta rilevante nel reato di abuso d'ufficio".

[292] Nonostante la sua formulazione generica di principio ed il suo carattere indeterminato, non è in dubbio il valore precettivo del buon andamento, come espressamente riconosciuto anche in C. cost., 12 marzo 1962, n. 14. La formula, anzi, "è necessariamente indeterminata, in quanto la fluidità della stessa funzione cui assolve non può essere condensata in termini più ristretti", A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento,* cit., p. 154. Sul carattere precettivo dell'art. 97 Cost., altresì, R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., p. 94.

[293] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 80; A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.,* in *Enc. giur. Treccani online,* 2013. Per una massima valorizzazione del principio di ragionevolezza nell'attività amministrativa, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 402, secondo il quale "i principi di imparzialità e di buon andamento più che una propria autonomia sono ordinariamente attratti nel principio di *ragionevolezza*". *Amplius* sulla ragionevolezza dell'attività amministrativa, cfr. F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa,* Napoli, 2011.

[294] M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento,* cit., pp. 5-6. Tale rinnovata fisionomia era già stata prospettata da A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento,* cit., p. 58. Questo risultato *relazionale* può realizzarsi solo attraverso l'organizzazione che "*può essere allora definita come coordinamento relazione di singole attività"*, che altrimenti sarebbero valorizzate nella loro mera dimensione atomistica, G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* cit., p. 118. Prosegue l'Autore, "organizzazione è ogni particolare sistema di relazioni, di interazioni, in grado di legare casualmente i singoli elementi strutturali ai comportamenti propri del sistema considerato" (p. 119), in quanto "in assenza di un sistema di relazioni, l'Amministrazione sussiste comunque, ed agisce anche, ma gli effetti di tali comportamenti sono riconducibili (cioè imputabili) al singolo elemento (non soltanto soggettivo) agente, e non viceversa all'Amministrazione, in sé considerata, quale ente giuridicamente distinto dagli elementi che la compongono" (p. 121).

[295] M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione,* Napoli, 1995, pp. 224 ss., anche per una ricostruzione dell'evoluzione storico-giuridica del principio di buon andamento.

amministrativa e quindi condizione dello svolgimento della vita sociale"[296]. Esso, dunque, ha raggiunto una stabile connotazione di principio sostanziale relazionale e dinamico[297], la cui introduzione in Costituzione ne ha determinato il trasferimento "dalla sfera della scienza dell'amministrazione e degli ordinamenti interni a quella dell'ordinamento generale, perché proprio aprire all'ordinamento generale è stato il significato del costituzionalizzare l'amministrazione"[298], assumendo una portata così esplosiva, da essere la fonte di ispirazione di ulteriori principi, tra cui quello di leale collaborazione[299], e di altri istituti di semplificazione amministrativa (es. conferenza dei servizi, autocertificazione, dichiarazione di inizio attività)[300] volti a instaurare un collegamento diretto tra il cittadino, che assumeva un rivoluzionario ruolo attivo nella dinamica procedimentale amministrativa, e l'amministrazione. Il buon andamento, dunque, si liberava della camicia di forza della forma per approdare in una nuova concezione sostanziale, all'interno della quale doveva essere strumento di ragionevolezza e di efficienza[301], non solo "amministrativa" ma soprattutto di "efficienza sociale dell'azione come massima congruità realizzabile"[302]. Ne risulta che il buon andamento è un "principio di flessibilità dell'azione amministrativa", incarna un parametro di valutazione generale ed è valore finale dell'attività amministrativa[303], per come essa si estrinseca dopo attente comparazioni di interessi pubblici eterogenei provenienti dalla società pluralista[304].

---

[296] C. cost., 9 dicembre 1968, n. 123, in *Giur. Cost.,* 1968, pp. 2151 ss.

[297] R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza,* in *Dir. Proc. Amm.,* 2010, pp. 31 ss., nonché in A. CONTIERI-F. FRANCARIO-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione,* Napoli, 2010, pp. 3 ss., nonché in *Studi in onore di Alberto Romano,* vol. I, Napoli, 2011, pp. 335 ss. (da cui si cita). Qualifica il buon andamento come un "principio funzionale e, quindi, dinamico: in tanto si persegue e si attua il buon andamento, in quanto gli strumenti dell'azione siano di volta in volta adeguati all'azione stessa" anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., p. 99.

[298] P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* cit., p. 162.

[299] Sul punto, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 9.

[300] A. MERLO, *L'abuso d'ufficio,* cit., p. 89.

[301] M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, 1966, pp. 85 ss., nel senso che all'amministrazione devono essere lasciati "mezzi giuridici elastici".

[302] P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* cit., p. 161.

[303] Sulla distinzione tra buon andamento-ragionevolezza e buon andamento-efficienza, C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale,* in *Studi in onore di Alberto Romano,* Napoli, 2011, pp. 720-721.

[304] A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 39, che specifica (p. 40) come tale attività di composizione di interessi contrapposti sia una funzione tipica dell'amministrazione moderna. Evidenzia questo aspetto in chiave critica A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 395 che s'interroga – non nascondendo un certo scetticismo – dove l'amministrazione moderna, che partecipa al processo di costituzionalizzazione, europeizzazione e internazionalizzazione, recupera l'interesse pubblico da realizzare, se ormai legge e Costituzione non sono più i soli parametri normativi di riferimento, ma si aprono le porte al diritto europeo, al diritto internazionale "o, addirittura, ad un ancora indefinito *diritto transnazionale o globale*?". Tale dubbio porta poi a chiedersi "quali sono i principi dell'agire amministrativo in un contesto nel quale, appunto, la legge ha perso di pregnanza e lo Stato amministrativo non è più considerato un'unità pre-data di *Ordnung* e *Ortung"*.

Buon andamento e imparzialità, dunque, sono i criteri attraverso i quali l'amministrazione si rende riconoscibile agli occhi della collettività e realizza gli interessi pubblici, dopo aver valutato tutti quelli coinvolti grazie alla partecipazione dei singoli all'attività amministrativa e dopo una fase di razionalizzazione dell'intervento[305]. Com'è stato autorevolmente osservato, pertanto, "l'art. 97 della Costituzione costituisce la chiave di volta del sistema, esprimendo nella finalizzazione dell'organizzazione pubblica all'attuazione dell'imparzialità e del buon andamento un'idea-forza atta a caratterizzare la interpretazione della dinamica del sistema, in consonanza appunto con le esigenze di un sistema pluralistico"[306].

Volendo individuare una base costituzionale ancor più profonda all'attività dell'amministrazione, alla luce del volto appena elaborato dei principi in questione, non può non instaurarsi un ponte diretto tra art. 97 Cost., art. 2 e art. 3 Cost.[307], quali *corner stone of the democracy.* Se l'obiettivo dell'amministrazione, pertanto, è quello di essere "buona amministrazione", cioè realizzare l'interesse pubblico, secondo le scansioni valutative e procedimentali appena viste – tra le quali quelle relative ai principi di pubblicità, trasparenza, economicità ed efficienza ricoprono una posizione prevalente – a beneficiarne è la tenuta dello Stato di diritto e, in maniera simbiotica, dell'art. 3 Cost., perché saranno i cittadini stessi a ricevere garanzie sull'attività amministrativa, che non è altro che attività deputata alla cura degli interessi dei singoli[308]. Anche secondo il Consiglio di Stato ormai il principio di buon andamento consiste nel "potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare le misure e gli strumenti più adeguati, opportuni congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto"[309] e proprio l'introduzione nel lessico giuridico del lemma "risultato", al quale è ancorata l'efficienza dell'amministrazione, ha determinato un mutamento genetico dell'attività amministrativa stessa[310].

---

[305] M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento,* cit., pp. 18-19, il quale qualifica il rapporto tra i due principi come di "corrispondenza biunivoca". Si rinvia sempre al medesimo studio per un'analisi anche dell'evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di buon andamento, evoluzione che sbarca ai medesimi risultati di nozione dinamica cui perviene la dottrina, collocando questo principio tra quelli che guidano l'attività amministrativa

[306] A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento,* cit., p. 12, al quale si rinvia (pp. 15 ss.) per una panoramica delle differenti posizioni in dottrina rispetto al significato da attribuire a questi principi.

[307] S. CASSESE, *Il sistema,* cit., p. 62.

[308] Aderiscono a questa proiezione finalisticamente orientata a guidare l'attività dell'amministrazione dei principi di imparzialità e buon andamento, per la letteratura penalistica, per tutti, R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., p. 93 e, per quella costituzionalistica, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., pp. 389-390 che individua nell'amministrazione efficiente ed imparziale un "*altro modo* di declinare l'obiettivo costituzionale di realizzare quanto prescritto dagli artt. 1, 2, 3 Cost.".

[309] Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2006, n. 3568.

[310] Come già rilevato da F. SCOCA, *Attività Amministrativa,* in *Enc. Dir.,* VI, 2002, p. 10.

3.1 Il buon andamento come criterio di efficienza di natura economico-aziendale. L'impatto delle teorie del New Public Management *sul concetto di buon andamento*

I vincoli costituzionali e teleologici dell'amministrazione sono stati áncorati, dunque, più al risultato-funzione espresso dal principio di buon andamento che a quello di imparzialità, che pure completa la disposizione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost.[311]. Ed è, infatti, rispetto al contenuto da attribuire a questa norma di principio che si è sviluppato un proficuo dibattito nella dottrina giuspubblicistica[312]. Essa ha conosciuto, in forma riassuntiva e per quel che può rilevare nella presente sede, due filoni: il primo, figlio di una concezione di matrice produttivistica dell'azione amministrativa; il secondo, espressione della forza giuridica dell'agire amministrativo.

È indubbio che questi sforzi interpretativi gettano le proprie radici nella genericità del principio di buon andamento[313]: ad esso, tuttavia, si riconosce pur sempre natura precettiva e, dunque, una concretizzazione della sua apparente *programmaticità* è obbligatoria. Tale impegno risulta ancor più gravoso nella misura in cui la Costituzione non offre un apparato normativo "di contenuto", ma si preoccupa più di sopperire "alla necessità di porre limiti esterni all'esercizio del potere pubblico che non di dettare le regole dell'esercizio stesso"[314].

---

[311] Pare assumere una posizione in parte di segno contrario circa il rapporto gerarchico tra buon andamento e imparzialità, invertendolo, R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, pp. 93 ss., anche se sembra riconoscere una correlazione tra buon andamento e "azione come risultato, concernendo l'azione nel momento dinamico, quando cioè i poteri che si riflettono nell'attività divengono operanti" (p. 99). Scettico sulla concreta precettività dei principi di buon andamento e imparzialità, così da 'prenderli sul serio', "senza stiracchiarne il significato alla bisogna, trasformando la Costituzione in un artificio retorico con cui poter dire tutto e il suo contrario", A. MERLO, *L'abuso d'ufficio,* cit., p. 89.

[312] L'impegno scientifico della dottrina a individuare un contenuto più specifico ai principi di buon andamento e imparzialità era dovuto anche dalla incapacità dei lavori preparatori della Costituente "a fornire alcun utile ausilio in sede di interpretazione autentica", G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* cit., p. 127.

[313] A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 154. Un primo comune denominatore tra le varie teorie di interpretazione del buon andamento si può trovare nella nozione di *efficienza,* che, riprendendo le parole di Mario Nigro, "significa (…) la relazione tra ciò che si è fatto e ciò che si poteva fare e la relazione fra ciò che si deve fare ed i mezzi di cui si dispone (idoneità a raggiungere il risultato voluto). (…)". Pertanto, concludeva, "buon andamento ed efficienza sono la stessa cosa", M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice,* cit., pp. 83 ss.

[314] L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività,* cit., p. 61. A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica*, cit., p. 384 riconduce la penuria di disposizioni costituzionali in tema di funzionamento dell'amministrazione all'"l'ipoteca della cultura liberale ottocentesca". Il 'disinteresse' della Costituzione rispetto alla struttura e al funzionamento della Pubblica amministrazione è sottolineato anche da U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento,* cit., p. 132, che ricorda come l'art. 97 Cost. non sia stato "frutto di un dibattito costituzionale articolato ed esplicito quanto la solennità del primo comma dell'art. 97 lascerebbe in astratto pensare".

L'emersione del primo indirizzo di pensiero, germogliato nel retroterra scientifico e culturale di fine anni '70 e per tutto il decennio degli anni '80[315], si deve senza dubbio all'attività scientifica e all'impegno istituzionale quale Ministro della funzione pubblica di Massimo Severo Giannini. Questi, nel suo celebre *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato,* trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, consegnava un'immagine di pubblica amministrativa nuova, sorretta dai principi che governavano la scienza economica, così che essa potesse finalmente 'stare al passo' con lo sviluppo economico, con il mondo delle imprese private, rispetto alle quali il divario iniziava a farsi significativo. Giannini, in particolare, stigmatizzava "l'arretratezza delle tecniche di amministrazione"[316], dalla quale derivava un'inadeguatezza a garantire in maniera pronta e soddisfacente i servizi che le amministrazioni dovevano erogare, riconcettualizzando altresì la posizione del cittadino, non più relegato a soggetto passivo destinatario dell'azione amministrativa ma "*customer* i cui bisogni occorreva soddisfare"[317]. A questa carenza egli imputava "le immagini popolari delle organizzazioni pubbliche, come composte, secondo i giudizi più spinti in negativo, di inetti e di fannulloni, e secondo quelli più in positivo, di tardigradi e di cultori di formalismi"[318].

Nella visione gianniniana, un modo per superare questa condizione di indolenza dell'amministrazione pubblica era quello di concepirla come un'azienda[319] e, dunque di operare un "ripensamento generale della posizione che queste amministrazioni hanno in uno Stato industriale avanzato"[320]. Si proponeva, così, l'utilizzo di canoni di *efficienza come produttività.* In altre parole, Giannini declinava il parametro dell'efficienza in senso prettamente economico-aziendalistico[321], da valutare sia in relazione al lavoro offerto dalla singola risorsa umana ("ora-uomo, o giornata-uomo, o settimana-uomo, ecc. produttività-lavoro"), sia in relazione all'efficacia, come rapporto tra risultati raggiunti e obiettivi prestabiliti, e come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti[322]. La conclusione era

---

[315] D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* cit., p. 452.
[316] M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi,* cit., p. 5. Alle "tecniche di amministrazione" e alla "arretratezza" di quelle utilizzate fino a quel momento, Giannini dedica il par. 2.1.
[317] A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* cit., p. 168.
[318] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.,* p. 6.
[319] Il par. 1.3 del suo *Rapporto*, cit. è dedicato proprio alla "azienda Stato".
[320] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.,* p. 5, il quale prosegue sostenendo che "le amministrazioni statali che hanno saputo adeguarsi al rapido mutamento hanno retto; le altre no, e tra esse è la nostra".
[321] Un esempio normativo del recepimento di questi meccanismi di valutazione "dei *costi,* dei *rendimenti,* e dei *risultati* dell'attività svolta dalle Amministrazioni pubbliche" propri delle scienze aziendali si rinviene nel d.lgs. 286/1999 sul riordino e potenziamento dei meccanismi di monitoraggio delle attività delle p.a. Sul punto, G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* cit., p. 101. Sembra aderire alla natura economica del buon andamento, U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento,* cit., p. 136.
[322] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.,* p. 6.

la creazione di una nuova fisionomia di amministrazione che superava del tutto le logiche burocratico-procedurali che caratterizzavano il suo operato, per abbracciare la logica del *risultato*, che "diviene pertanto internalizzato, per così dire, nella stessa causa tipica dell'attribuzione, e dell'esercizio, dei pubblici poteri"[323]. Questa concezione di amministrazione, però, qualificava il risultato solo in termini aziendalistici e non anche giuridici, come produzione di "valore aggiunto" – come si vedrà *infra* – stante l'eccessiva genericità della sua formula, che impediva un suo apprezzamento anche in termini giuridico-valoriali[324].

Tale modello aziendalistico di amministrazione, però, si esponeva a censure consustanziali al *Sollen* dell'amministrazione moderna. Ed infatti, la valutazione secondo parametri solo produttivistici dell'operato di un apparato pubblico la cui ragion d'essere è quella di garantire il godimento di beni della vita ai cittadini titolari della relativa pretesa giuridica ometterebbe di misurarsi con il grado di soddisfazione di quei cittadini. La concezione economica dell'*efficienza* guarda solo al livello di produttività di quell'ente rispetto ai mezzi utilizzati, senza considerare anche i profili di *dinamicità relazionale* e di *dialogo* delle amministrazioni moderne con i titolari delle situazioni soggettive da tutelare[325]. Ne deriva uno scostamento rispetto alle funzioni tipiche dell'amministrazione, che si allontanerebbe dalle istanze più partecipate dei singoli: verrebbero meno, in breve, i requisiti della flessibilità e della adeguatezza dell'*àgere* amministrativo. Così, sul versante penalistico, rischierebbero di acquistare rilievo situazioni che potrebbero emergere da una "disfunzione aziendalistica" nel procedimento di erogazione di un determinato servizio, che, al più, potrebbe fondare una responsabilità disciplinare o erariale.

Il risultato di tipo *economico*, cioè, poiché diventerebbe centrale nell'attività dell'amministrazione, presterebbe il fianco alla possibilità di essere oggetto di una valutazione del giudice in sede penale. Esso dipende da una serie di fattori interni all'amministrazione, tra i quali spicca anche l'organizzazione degli uffici, coperta da "quella *riserva di amministrazione* troppo spesso misconosciuta"[326]. Il pericolo, pertanto, risiede nella sovrapposizione (*recte,* confusione) delle forme di responsabilità disciplinare con

---

[323] G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* cit., p. 101. Le principali caratteristiche di questo modello di amministrazione sono riassunte nel "managerialismo, connotazione in senso aziendalistico dell'organizzazione, la qualificazione del cittadino come utente del servizio", A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* cit., p. 169.
[324] R. FERRARA, *Procedimento amministrativo,* cit., p. 109.
[325] L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 766. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* cit., p. 469.
[326] G. BOTTINO, *op. ult. cit.,* p. 135.

quella penale, con riferimento ad ipotesi in cui la condotta del pubblico agente solo apparentemente risulterebbe abusiva (a seguito della realizzazione di un risultato diverso da quello più adesivo all'interesse pubblico o solo in parte corrispondente a quello pubblico[327]), ma in realtà non sarebbe altro che una manifestazione di una sorta di *colpa di organizzazione* dell'Amministrazione.

3.1.1 Dal concetto economico di efficienza a quello giuridico. L'avvento del New Public Value *e la individuazione della ragionevolezza dell'agire amministrativo come canone di efficienza. Il volto 'valoriale' del buon andamento come risultato-funzione*

Questa declinazione del buon andamento in termini prettamente economico-aziendalistici fa assumere i connotati di *regola* ad una norma di principio come quella di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.

Tuttavia, una valutazione schiacciata solo sul versante economico di buon andamento non sembra esaustiva né corrispondente all'attuale modello di amministrazione[328]. Essa, invero, va integrata con il riconoscimento che l'amministrazione deve tendere al raggiungimento di risultati, tramite i quali soddisfa beni fondamentali di natura costituzionale[329]. Ciò determina

[327] Tale assunto, peraltro, dovrebbe essere oggetto di un complesso giudizio valutativo e comparativo da parte del giudice, dal momento che come sosteneva Giannini in un passo ricordato recentemente da Marco D'Alberti, "la giurisprudenza è dominata da una concezione numinosa dell'interesse pubblico. Quando un giudice, specie civile, s'imbatte in un interesse pubblico, non dico che arretri spaventato, ma certo si ferma; mentre se andasse avanti, spesso si accorgerebbe che un interesse pubblico corrispondente a quel che immagina, un Giove signore dei fulmini e delle aquile, non c'è e non c'è mai stato. Ci sono invece tanti interessi pubblici (…) formano una sorta di Olimpo, e ciò che manca sono – almeno da noi – proprio gli dèi maggiori, come Giove, atti a tenere un po' d'ordine tra gli dèi di categoria, per natura tra loro rissosi", M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo in Giannini,* cit., p. 384.

[328] In una profonda indagine sulla giurisprudenza costituzionale sui principi di buon andamento e imparzialità, osserva C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici,* cit., p. 721-722 che, se prevalesse ancora una concezione di buon andamento in termini manageriali, che mette al centro l'esigenza di una efficienza organizzativa, nelle ipotesi di procedimenti penali avviati nei confronti di funzionari pubblici per determinati reati, la Corte privilegerebbe la tutela del presunzione di innocenza riconoscendo altresì la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della disciplina che dispone, invece, in maniera automatica la sospensione cautelare di quei funzionari. In altre parole, nel bilanciamento tra "interesse dell'amministrazione di continuare a disporre dei propri funzionari in pendenza di giudizio e perciò assistiti da presunzione di innocenza, che si lamentava fosse pregiudicato dall'automatismo della misura cautelare, e l'interesse della collettività al mantenimento di un rapporto credibile con l'amministrazione", la priorità sarebbe stata assegnata alla prima istanza. La circostanza, invece, che la Corte ritenga che sia il secondo l'interesse maggiormente meritevole di protezione, lascia intendere che "per la Corte il buon andamento non è riconducibile ad un'esigenza di efficienza organizzativa dell'amministrazione, come sarebbe se la si potesse concepire in termini di *management*".

[329] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato,* cit., p. 745. Sembra condividere la nozione di "Amministrazione di risultati" riferendola alla tutela di "valori sostanziale di pressocchè universale condivisione, per esempio, lo sviluppo economico inteso come fattore di promozione umana, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* cit., p. 1038.

che l'amministrazione, in virtù di questo precipuo ruolo finalisticamente orientato, deve essere ispirata alla "logica del risultato; promozione dello sviluppo economico; rispetto dei diritti fondamentali; necessità di non sprecare risorse, di non dar vita a danni ingiusti (…) di guardare immediatamente ai beni della vita"[330]. Di immediata evidenza, nella nostra prospettiva, è il potenziale intreccio tra la finalità amministrativa consistente nella garanzia dei diritti fondamentali, che preesistono alla Costituzione stessa (e sanciti a livello costituzionale dall'art. 2 Cost.) e rispetto ai quali l'amministrazione svolge una funzione servente, e alcune disposizioni incriminatrici, fondate su violazioni di doveri comportamentali provenienti dall'ufficio. Partendo dalla considerazione che l'amministrazione di risultato "richiede una profonda verifica di tutti i presupposti per l'ovvia considerazione che se il presupposto è sbagliato, ingiusto, illegittimo, antieconomico ecc., l'applicazione ad esso conforme darà vita a risultati sbagliati, ingiusti, inadeguati, inappropriati, illegittimi"[331], il controllo penale, rispetto alle condotte dell'amministrazione rispettose delle finalità di tutela dei beni costituzionali, che si pongono in violazione di vincoli dell'amministrazione derivanti da disposizioni limitative chiare e precise dovrà essere calibrato solo sulle violazioni che hanno portato ad esercizi patologici delle pubbliche funzioni, nei casi in cui il rispetto del modello legale non sarebbe stato incongruo rispetto al risultato[332], non anche a quelle che consentono all'amministrazione di raggiungere i propri risultati, secondo un rinnovato rapporto tra azione legale e azione efficiente. In breve, fattispecie che tutelano il corretto svolgimento della 'funzione' amministrativa'[333] non

---

[330] L. IANNOTTA, *Principio di legalità,* cit., p. 747. In senso parzialmente critico, pur senza rifiutare questa concezione di Amministrazione finalizzata alla tutela dei diritti fondamentali e dei beni della vita, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 391 specifica che questi obiettivi non si possono raggiungere 'a tutti i costi', ma solo nel rispetto del principio del pareggio di bilancio, oggi costituzionalizzato all'art. 97, primo comma, Cost.: "l'efficienza, l'imparzialità, in una parola la tanto celebrata *amministrazione di risultato* non è (più) aperta a qualsiasi esito, ma solo a quelli coerenti *anche* con il contenuto specifico del principio di pareggio di bilancio". La correlazione tra buon andamento e pareggio di bilancio sembra essere condivisa anche da C. cost. 20 febbraio 2019, n. 18 e, prima, C. cost., 12 gennaio 2016, n. 10. Sul ruolo decisivo dell'amministrazione nel godimento dei beni della vita da parte della società e nella soddisfazione dei suoi bisogni si è concentrata, infine, la recente riflessione di R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., *passim*.

[331] *Ibidem.* In termini analoghi, ID., *Merito, discrezionalità e risultato,* cit., p. 460.

[332] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* cit., p. 1045.

[333] Nella prospettiva del presente studio, per *funzione* s'intende lo svolgimento di un'*attività amministrativa funzionale,* direttamente collegata alla tutela dei beni di pertinenza della p.a. Non si vuole alludere a illiberali nozioni di *funzioni di controllo,* di stampo fascista, tese a punire condotte di mera inosservanza. In quest'ottica, in cui si vuole restituire all'offensività una presa selettiva fondata direttamente sul testo costituzionale come fonte di legittimazione del diritto penale, la *funzione* vorrebbe essere un'ulteriore specificazione del bene giuridico tutelato. Tale tecnica di tutela sarebbe non solo consentita, ma spianerebbe la strada all'interprete verso una precisa frontiera ermeneutica, in chiave liberale, delle fattispecie a tutela della p.a. perché concentrerebbe il fuoco di disvalore delle norme incriminatrici solo nelle *funzioni* finalisticamente rilevanti nell'espletamento dei compiti di quell'ufficio, orientato al soddisfacimento di interessi pubblici, eliminando in radice rilevanza penale a condotte eticamente scorrette o moralmente riprovevoli, ma non lesive della funzione. Sui limiti della tutela penale delle funzioni, cfr. MANES, *Il principio di offensività,* pp. 95 ss. e, in particolare,

potranno estendersi fino al punto da sanzionare condotte che, formalmente possono anche integrare il tipo, ma che, nel caso concreto, siano compatibili con una lettura costituzionalmente orientata dell'azione amministrativa, consentendo di realizzare i beni costituzionali sottesi all'azione amministrativa, stante l'abbandono di una concezione dominante prima dell'avvento del "risultato" in virtù della quale l'agire legale è, di per sé, efficiente. Anzi, oggi "l'azione legale non è di per sé efficiente; non basta, per agire efficientemente, agire secondo un modello legale, ma bisogna tener conto anche di «parametri di risultato»"[334]. In altri termini, "non basta più l'agire legale per essere efficienti ed anzi, nella attuale crisi della legge (…) si può ragionevolmente sostenere che la verifica del risultato raggiunto restituisce, per così dire, la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale, prima affidata esclusivamente ai controlli di legittimità"[335].

Queste considerazioni possono ricavarsi ancora dalle riflessioni di un attento studioso del modello di amministrazione di risultato, Lucio Iannotta, secondo il quale "la cd. interpretazione adeguatrice, o *secundum Costitutionem,* ispirata ai principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano diventa la regola nell'amministrazione di risultato, facendo emergere il profilo di creatività proprio dei processi interpretativi che radica nella tutela dei diritti fondamentali"[336]. Tali osservazioni, con precipuo riguardo al tema che ci interessa nella presente sede, garantirebbero una corretta integrazione e compatibilità tra azione amministrativa, libera dalla rilevanza penale di maglie formalistiche di comportamento, e fattispecie penali a tutela della p.a. Nel caso dei delitti contro la p.a., infatti, la Costituzione non può che assumere limite negativo di legittimazione dell'intervento penale, trattandosi di attività costituzionalmente orientate al soddisfacimento dell'art. 2 Cost.[337]: da un lato, infatti, l'Amministrazione potrebbe sempre adottare gli strumenti che mirano alla realizzazione del bene costituzionale e, "qualora non siano possibili né l'interpretazione adeguatrice né la

---

103; nonché, T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni,* in *Dei delitti e delle pene,* 1984, pp. 119 ss.

[334] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula,* cit., p. 822.

[335] M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* cit., p. 122.

[336] L. IANNOTTA, *op. ult. cit.,* p. 753.

[337] D'altronde, quella di individuare oltre al valore direttamente tutelato dalla norma incriminatrice anche altri valori primari indirettamente o direttamente coinvolti nell'area di protezione penalistica offerta dalla disposizione, spesso rinvenibili negli artt. 2 e 3 Cost. era una prospettiva di riflessione già delineata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit., *passim,* in parte criticata da G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico,* cit., p. 52, che s'interroga "se non sia da paventare il rischio che la Corte costituzionale, avvalendosi di argomentazioni basate su valori «astratti» (dignità umana e simili), come tali suscettivi di manipolazioni, possa essere tentata di suggerire o imporre «particolari posizioni sanzionatorie», così arrogandosi più o meno surrettiziamente compiti spettanti al Parlamento". Ricorda, da ultimo, che dalla Corte costituzionale stessa la Costituzione era stata intesa come limite negativo all'intervento penale, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 86.

disapplicazione-inapplicazione per la chiarezza della disposizione limitativa e per la corrispondenza integrale della vicenda ad essa, in presenza di diritti fondamentali ingiustamente sacrificati o non attribuibili, potrà e quindi dovrà ricercare altre vie per sottrarsi all'effetto ingiusto"[338]; dall'altro, questo modo di operare rischia di far incorrere gli amministratori in ipotesi di responsabilità penali[339].

In queste peculiari vicende che interessano l'amministrazione, risulta di palmare evidenza che buon andamento e imparzialità non possano essere utilizzati come 'segugi dell'irregolarità'.

Definire in maniera chiara il volto funzionale del buon andamento, attribuirgli un valore giuridico[340], oltre che economico-aziendalistico, la natura di limite esterno a quest'ultimo dell'imparzialità, significa restituire prevedibilità della decisione anche del giudice penale, direttamente connessa alla costruzione di tipi criminosi che consentono di "evitare la chiusa tirannia definitoria della norma sulla cangiante realtà"[341].

---

[338] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato,* cit., p. 753-54.

[339] Si pensi all'ipotesi, venuta in rilievo in un noto caso di cronaca giudiziaria che nel momento in cui si scrive versa ancora nella fase delle indagini preliminari, in cui viene contestato il traffico di influenze illecite ad un gruppo di soggetti, procacciatori di affari per diverse società cinesi produttrici di dispositivi sanitari di protezione individuale (mascherine chirurgiche, FFP2, FFP3), che avrebbero sfruttato la pregressa conoscenza da parte di uno degli organizzatori del summenzionato gruppo, del Commissario Straordinario per l'emergenza COVID-19, Domenico Arcuri, per ottenere un canale preferenziale nella valutazione da parte del Governo italiano dell'offerta da loro presentata. La vicenda in esame interessa alla nostra indagine in quanto una simile ricostruzione accusatoria – andando oltre i profili di merito – omette di considerare il contesto emergenziale nel quale la struttura commissariale era tenuta ad operare, la cui prima finalità era quella della stipula di una convenzione che permettesse di conseguire in tempi quanto più rapidi possibile il maggior numero di mascherine ad un prezzo competitivo. Ed è esattamente ciò che si è verificato nel caso in questione, ove l'unico elemento di apparente disvalore potrebbe individuarsi nella pregressa conoscenza tra un indagato e il Commissario straordinario: quest'ultimo ha agito sulla base di poteri molto ampi e discrezionali, concessi per espressa previsione normativa all'art. 122, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che gli consentivano di agire senza alcun vincolo nel reperimento dei necessari presidi sanitari, potendo altresì derogare alle ordinarie procedure di evidenza pubblica e avvalendosi di intermediari. Tali poteri si sono concretizzati nell'investitura del soggetto indagato come procacciatore di società che potessero soddisfare le pronte e immediate esigenze governative. Il contratto con le suddette società, infine, è stato stipulato solo dopo aver verificato la maggiore convenienza dell'offerta di queste ultime, comparandole con le altre pervenute fino a quel momento. E bene, in quel momento storico di emergenza sanitaria, il procacciamento di mascherine rappresentava la realizzazione di un bene vitale per tutti i cittadini, per cui, preso atto della regolarità dell'azione dell'amministrazione, non si può non leggere la figura di reato alla luce delle finalità e delle possibilità operative di quell'amministrazione nel caso concreto.

Un ulteriore esempio potrebbe essere fornito dalle eventuali responsabilità dell'operatore socio-sanitario che inserisce in una lista vaccinale il soggetto che, pur appartenente ad una delle categorie per le quali si sta procedendo alla vaccinazione, ha il medico di medicina generale in altra regione (quella di residenza), dalla quale ha pur provato a ottenere il "nulla osta", ma senza successo per ritardi dell'ufficio, laddove la regione dove si trova (quella di domicilio) richiede come condizione l'iscrizione presso un medico di base avente sede in quella regione. Anche in tale ipotesi, difficilmente potrebbe ritenersi configurabile l'abuso d'ufficio, proprio perché il pubblico agente preposto alla redazione delle liste ha realizzato un bene vitale per il soggetto che, titolare di una posizione giuridica soggettiva legittima, vedeva il sacrificio della propria pretesa giuridica per una disfunzione dell'amministrazione.

[340] A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 31.

[341] F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 17.

Questa esigenza si fa ancora più attuale e stringente rispetto a quelle attività le cui finalità non sono espressamente regolate dalla legge. In questi casi "ne segue la possibilità che l'amministrazione adotti il provvedimento stesso per una serie indefinita di finalità e la conseguente impossibilità di configurare il vizio in questione (sviamento di potere) a carico degli atti amministrativi, se non in ipotesi estremamente rare"[342]. Siffatta prospettiva sembra emergere anche nelle profonde analisi di uno dei più autorevoli studiosi del diritto pubblico dell'economia, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, che già verso la fine degli anni '50 introduceva nel dibattito pubblico un modello di amministrazione teleologicamente orientato, in quanto "la moltiplicazione dei fini è moltiplicazione dell'attività dello Stato; e volto al perseguimento del progresso sociale lo Stato amplia a dismisura l'ambito della propria azione, in necessario rapporto alle innumeri vie che si danno per il raggiungimento di un simile scopo"[343].

Così, da queste brevi considerazioni, emerge come laddove l'obiettivo sia quello di salvaguardare/realizzare un bene della vita di interesse costituzionale, l'Amministrazione riceve un'investitura 'rafforzata', che ammette che essa si organizzi in modo da soddisfare tali esigenze nella maniera non solo più *efficiente,* ma anche più *efficace,* "dove efficacia significa creazione di valore pubblico, affidabilità dell'amministrazione, responsabilità dell'amministrazione e dunque *accountability*, e dove l'amministrazione, nel suo rapporto con i cittadini/amministrati, è sempre più inquadrata secondo un rapporto di agenzia, dove il pubblico agente viene sempre più responsabilizzato come *civil servant*, agente deputato a «servire» il cittadino"[344].

I criteri di valutazione economico-aziendalistici, pertanto, se assunti individualmente, devono ritenersi superati[345] e vanno integrati con requisiti di ragionevolezza/adeguatezza dell'azione amministrativa, che mettono al centro della decisione amministrativa non solo un criterio di tipo produttivistico ma la verifica delle contingenti esigenze e necessità di una determinata collettività in un determinato momento storico, tali da differenziare l'intervento amministrativo in base ai diversi contesti socio-economici dove l'amministrazione opera[346]. Il risultato dell'amministrazione, dunque, deve consistere nell'assicurare "all'agire

[342] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* cit., p. 1042.
[343] V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* cit., p. 10.
[344] V. MANES, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali,* cit., pp. 10-11.
[345] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato,* cit., p. 434.
[346] M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* cit., pp. 560 ss. Sebbene partendo da una diversa prospettiva, finalizzata a qualificare il risultato in termini più economici che giuridici, pone al centro dell'azione amministrativa la ragionevolezza del procedimento e la conseguente la proporzionalità del provvedimento, che si ottiene solo quando si riesce a realizzare il bene della vita in questione, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo,* cit., pp. 111.

amministrativo il massimo di flessibilità e di adattamento alle condizioni del contesto in modo da coglierne le esigenze e garantirne la migliore soddisfazione"[347]. Per tale ragione, il tipo di funzione che svolge l'amministrazione rileva ai fini penalistici in quanto integra i rispettivi *tipi criminosi* a tutela delle pubbliche funzioni.

Da queste considerazioni risalta la "sostanziale autocefalia dell'amministrazione nella determinazione delle proprie finalità, autocefalia che appare peraltro quale dato sistematico e non occasionale, sia perché essa costituisce un corollario della struttura complessa delle società contemporanee, sia perché, sul piano più propriamente giuridico, essa è in gran parte frutto della progressiva acquisizione di autonomia da parte degli organismi amministrativi, specie di quelli a base territoriale"[348]. Ed allora, in una materia che risente molto delle spinte finalistiche cui mira l'azione amministrativa costituzionalmente orientata, sarà solo attraverso l'enucleazione del *tipo criminoso,* rispettoso della legalità testuale, che si potranno coniugare ragioni di repressione penale, coerenti con le operazioni di politica-criminale fondate sulla meritevolezza e bisogno di pena, e il *Sollen* dell'attività amministrativa, che ormai ha scardinato l'identità tra azione legale e azione efficiente, ribaltandola con una conquista di segno opposto, "in cui ciò che è efficiente sarà per ciò solo legale"[349], se non, addirittura, "*ciò che è ragionevole è per questo efficiente, legale e legittimo*"[350]. Il buon andamento, pertanto, diventa un "risultato-funzione", cioè un parametro valutativo finalisticamente orientato. Questa sua natura di colonna portante dell'attività amministrativa lo rende un valore che riguarda sia la fase organizzatoria che funzionale dell'azione amministrativa, per cui esso potrà essere apprezzato solo "in un quadro di considerazione dell'ordinamento generale e comprensivo dei rapporti di interessi, considerati intersoggettivamente e non limitatamente all'attività dei singoli soggetti"[351].

3.2 Due principi indipendenti ma che s'intrecciano. L'imparzialità come "limite esterno" del buon andamento

[347] M. CAMMELLI, *op. ult. cit.,* p. 571.
[348] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* cit., p. 1042.
[349] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, cit., p. 824. Nello stesso senso, M. CAMMELLI, *op. ult. cit.,* p. 576, per il quale "il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente".
[350] A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 402.
[351] A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento,* cit., p. 39.

L'indagine condotta sinora si è concentrata maggiormente sul piano dell'inquadramento del principio di buon andamento, l'anima sostanziale del funzionamento della pubblica amministrazione in comparazione con l'altro principio sancito dall'art. 97 Cost., dato dall'imparzialità[352]. Essi, tuttavia, vanno intesi in senso "solidale"[353], come "esigenze strettamente connesse che si influenzano reciprocamente"[354] e, dunque, ciascuno con un preciso ruolo, ma entrambi convergenti "nel fine, perché l'attività amministrativa efficiente e imparziale è un *altro modo* di declinare l'obiettivo costituzionale di realizzare quanto prescritto dagli artt. 1, 2, 3 Cost."[355]. Nella nostra prospettiva, l'imparzialità è norma strumentale rispetto al buon andamento[356], in quanto solo così quest'ultimo potrà risultare idoneo "a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, nel rispetto dei diritti e degli interessi legittimi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa"[357], in modo che l'efficienza non diventi mai arbitrio[358].

Ciò significa che l'imparzialità dispiega la propria forza operativa sia sul versante interno, in quanto *regola* organizzativa, finalizzata a predisporre le migliori condizioni per il corretto ed efficace espletamento dell'azione amministrativa, sia sul piano esterno, come limite al buon andamento, nel senso che la "buona amministrazione" non può mirare solo alla realizzazione del bene della vita, 'costi quel che costi', ma deve raggiungere il "risultato" all'esito di procedure e valutazioni comparatistiche delle istanze coinvolte[359]. Peraltro, com'è stato acutamente rilevato, "il valore dell'imparzialità sganciato da quello del buon andamento tende a soggettivizzarsi" e, quindi, nell'economia offensiva del reato, "finisce inevitabilmente per dare vita a pericolose ricostruzioni in chiave psicologica della fattispecie"[360]. In questo modo l'imparzialità assume i connotati di *regola,* che può essere osservata o meno, più che di *principio,* che può rientrare, invece, in operazioni di bilanciamento[361].

Il ruolo bifasico dell'imparzialità consente anche di distinguerla dall'eguaglianza, nell'alveo della quale viene sovente ricompresa: mentre quest'ultima opera sul piano dell'azione

---

[352] A. MORRONE, *op. ult. cit.,* p. 388.
[353] A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento,* cit.
[354] R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 100-101, che ribadisce che "le due formule, pur autonome, sono espressione di esigenze fra loro complementari".
[355] A. MORRONE, *op. ult. cit.,* pp. 389-390.
[356] U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento,* cit., p. 135.
[357] C. Cost., 5 marzo 1998, n. 40, §3.
[358] F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione,* cit., pp. 167-168.
[359] Valorizza maggiormente il principio di imparzialità al fine di ottenere un "potenziamento delle garanzie delle situazioni giuridiche soggettive", R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 97.
[360] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 306.
[361] C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici,* cit., p. 721.

amministrativa, venendo assorbita dal buon andamento, l'imparzialità incide sulle tecniche di organizzazione dei pubblici uffici[362].

L'imparzialità dell'organizzazione è, dunque, strumentale all'attività dell'amministrazione[363] e ciò comporta che "la massima oggettivizzazione sia dell'organizzazione sia dell'attività si ottiene liberando l'amministrazione pubblica da influenze che possano riverberare sul suo esercizio gli interessi personali del funzionario o comunque interessi prettamente privati"[364]. Una manifestazione di imparzialità come criterio di organizzazione, sebbene sul versante soggettivo, strumentale alla buona amministrazione, è offerta dai meccanismi di inconferibilità e incompatibilità di incarichi per i pubblici funzionari, orientati ad evitare l'emersione di situazioni in cui soggetti apicali possono trovarsi in posizioni di conflitto idonee a mettere a repentaglio la loro imparzialità[365] e, dunque, poiché questo avrebbe portato con buona probabilità ad un "risultato" in contrasto con una "buona amministrazione", il buon andamento[366].

L'individuazione di questo 'doppio piano operativo integrato' dell'imparzialità tenta di promuovere un modello di amministrazione che sia più diretto a salvaguardare la "buona amministrazione" che, invece, impegnato a prevenire una "cattiva amministrazione". La linea di demarcazione è quella che passa tra l'esigenza di organizzare un'amministrazione

---

[362] G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice,* cit., p. 165. Condivide questa distinzione tra imparzialità e uguaglianza, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 2401. Riassume le differenti posizioni del rapporto tra imparzialità e uguaglianza presenti in dottrina, R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, pp. 107-108, che, in conclusione, ne riconosce la "stessa matrice ideologica: dalle istanze liberaldemocratiche presenti nella nostra come in altre costituzioni, tant'è che, ove la Costituzione non enuncia un dovere di imparzialità della pubblica amministrazione, si ritiene applicabile alla sua attività il principio di uguaglianza, inteso come obbligo di non trattare diversamente situazioni simili. È chiaro, però, che il canone di imparzialità, riferendosi all'agire amministrativo ha un contenuto più ampio e penetrante: investe, infatti, non solo l'atto amministrativo in sé considerato per quanto esso dispone, ma l'intero processo di formazione, la stessa attività da cui è scaturito, mentre il principio di eguaglianza si riferisce esclusivamente al comando posto dall'atto normativo; e, dunque, i due principi pur nascendo da analoghe esigenze, si esplicano in campi diversi e presentano un diverso contenuto".

[363] Nella prospettiva del presente lavoro, si fa esclusivo riferimento all'attività 'esterna' della pubblica amministrazione poiché l'unica a provocare situazioni di pericolo per i beni di pertinenza della p.a. meritevoli di tutela, senza tuttavia dimenticare come anche l'attività per così dire 'interna' della pubblica amministrazione ricopra un ruolo altrettanto determinante nel perseguimento del pubblico interesse.

[364] M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni,* in *Nuove Autonomie,* 3/2014, p. 579.

[365] M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.,* p. 579 e per un'analisi delle singole misure adottate dalla L. 190/2012 e d.lgs. 39/2013, pp. 582 ss. Sul rafforzamento dell'imparzialità in senso soggettivo nella legislazione anticorruzione, *funditus,* A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* cit., pp. 109 ss. Nota delle nette somiglianze tra questi meccanismi di prevenzione e i modelli di organizzazione *ex* d.lgs. 231/2001, A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e di corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3/2013, p. 143.

[366] Valorizza questo metodo argomentativo, segnatamente rispetto alla sotto-fattispecie di conflitto configurabile ai sensi dell'art. 42. co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 in via presuntiva attraverso l'esistenza di un interesse personale del funzionario, nonché dal ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di influenzare il risultato, Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, in *Foro amm.*, 2/2019, p. 1442.

"che fa" e la preoccupazione che l'amministrazione possa cadere in vizi di funzionamento determinando la congestione dell'amministrazione che, per questo, subisce una paralisi. La prevalenza delle seconde istanze aumenta il rischio che l'amministrazione esista per giustificare sé stessa e non, invece, per realizzare i propri obiettivi, cioè i beni della vita[367].
A tal proposito possono segnalarsi alcuni esempi esplicativi della relazione tra i due principi in esame. Analizzata in una prospettiva più estesa, infatti, l'imparzialità non s'inquadra esclusivamente in "negativo" come attitudine ad agire in assenza di pregiudizio, ma ammette altresì una sua connotazione "positiva", nel senso che l'azione amministrativa imparziale è quella che prende in considerazione tutti gli interessi in gioco nell'ottica del successivo momento ponderativo. L'intreccio tra i due principi è, pertanto, ancor più evidente, e si esplica nella direzione della 'buona amministrazione', dal momento che sarebbe difficile pensare ad un corretto bilanciamento di interessi e ad una decisione giusta (discrezionalità-proporzionalità) senza aver prima valutato l'emersione di tutti gli interessi, pubblici e privati.
Al riguardo, è possibile richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 5151 del 2020[368], relativa ad una procedura per l'affidamento della gestione dei servizi integrati di supporto presso un'azienda pubblica, ove è emerso un rapporto sussistente pregresso tra il direttore della struttura pubblica e la società concorrente. Quest'ultima, durante una consultazione preliminare, aveva avuto occasione di prendere visione di atti e documenti prima dell'avvio del bando di gara. Secondo i giudici del Consiglio di Stato, l'indubbio vantaggio competitivo ottenuto dalla società avrebbe influenzato l'offerta presentata da quest'ultima, più "gradita" alla stazione appaltante, determinando così un vizio nella parità tra i concorrenti a causa di una violazione della *regola* dell'imparzialità, tale da incidere negativamente sul buon andamento dell'amministrazione.
In questa linea di valorizzazione dell'imparzialità quale antecedente assiologico-strumentale rispetto al principio del buon andamento, molto interessante risulta una importante pronuncia della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione regionale in materia di pubblico concorso per contrasto con l'articolo 97 della Carta fondamentale[369]. L'art. 28 della legge della Regione Sicilia n. 125 del 1980, infatti, regolava

[367] A. MARRA, *op. ult. cit.,* p. 185.
[368] Cons. Stato, sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151, in *Foro amm.*, 2/2020, p. 1411.
[369] Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. Cost.*, 1990, pp. 2706 ss., con commenti di G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, *ivi*, pp. 2713 ss., e C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, *ivi*, pp. 2720 ss. A conferma della evidente sinergia che, sul piano del dover essere, sussiste tra l'imparzialità ed il buon andamento, vi è chi ritiene che se la Corte costituzionale, nel proprio percorso interpretativo, avesse fatto espressa menzione anche al principio del buon andamento, la decisione avrebbe potuto essere motivata anche in modo più esauriente. Così, S. SPAGNA MUSSO,

la composizione delle commissioni giudicatrici dei concorsi per l'accesso al personale dei Comuni e delle Province, e prevedeva la partecipazione di soggetti politici all'interno di commissioni dalla natura tecnica, con il rischio di tradursi in vere e proprie "commissioni consiliari" e di privilegiare "gli interessi degli schieramenti politici di appartenenza dei singoli commissari sull'interesse pubblico all'oggettiva selezione dei migliori". La Corte costituzionale risolve la questione valorizzando una prospettiva della sola c.d. amministrazione interna, ritenendo, cioè, che l'imparzialità dell'amministrazione costituisca uno dei principi cui l'organizzazione degli uffici è tenuta ad adeguarsi. Il concorso pubblico, nella misura in cui rappresenta il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (art. 97, terzo comma) e che pone i pubblici funzionari al servizio esclusivo della nazione (art. 98), "deve in ogni caso ispirarsi al rispetto di imparzialità", imponendo "il perseguimento del solo interesse connesso alla scelta delle persone più idonee all'esercizio della funzione pubblica", a prescindere dagli orientamenti politici dei concorrenti e dei giudicanti. Emerge in maniera limpida che, sebbene la Corte costituzionale abbia apparentemente utilizzato il solo ruolo organizzativo del principio di imparzialità, quest'ultimo non possa che costituire al contempo il supporto interno e il limite esterno rispetto al buon andamento e, dunque, alla buona amministrazione, nella misura in cui ritiene le commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici quali "organi dell'amministrazione destinati a garantire la realizzazione di tale principio nella provvista di persone cui affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche".

Tale lettura dell'imparzialità[370] mira a creare le condizioni per intendere in maniera complementare i due principi per conferire maggiore incisività al modello di amministrazione finora delineato, in una prospettiva di "tutela dei soggetti privati analoga a quella perseguita dal principio di legalità"[371].

Allo stesso tempo, attraverso questa visione, dovrebbe evitarsi il rischio di un'amministrazione statica perché "imparziale", poiché la "buona amministrazione" è solo quella che si attiva con doveri di *facere*[372].

Composizione delle commissioni giudicatrici di concorso pubblico e ragionevolezza delle scelte, in *Dir. giur.*, 1991, pp. 644 ss.

[370] Già F. BRICOLA, *op. ult. cit.,* p. 2402 intendeva "l'imparzialità quale limite e non mera specificazione del buon andamento", anche se questi la riteneva "operante *solo* all'esterno dell'organizzazione, nei molteplici contatti dell'amministrazione con le sfere individuali". In senso analogo, F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica amministrazione,* cit., pp. 167 ss.

[371] R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., p. 102, pur ammettendo che legalità e imparzialità sono concetti distinti ma complementari tra loro in quanto "sono coordinati allo scopo di garantire la democraticità dell'ordinamento" (p. 106).

[372] Può ritenersi espressione di un rinnovato modo di intendere l'Amministrazione, che si inserisce nella direzione di istituzione *dinamica*, alla quale è richiesto un impegno di *facere*, il dl. 76/2020, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120, che, all'art. 21 introduce un regime meno gravoso di responsabilità erariale per i pubblici amministratori. La disposizione, al comma 1, modificando l'art. 1, comma 1, l. 20/1994, prevede che

Un esempio di questo modo di intendere il ruolo dell'imparzialità può essere offerto da una recente sentenza della Cassazione nella quale la Corte ha escluso la configurabilità di un'ipotesi di abuso d'ufficio nel caso di un sindaco che aveva disposto la proroga dei rapporti di lavoro a tempo determinato, anche in favore del coniuge, in quanto indispensabile per garantire lo svolgimento delle funzioni di pubblica sicurezza in un contesto di forte carenza di organico del comando di polizia municipale[373]. In tale ipotesi, l'esigenza di realizzazione della pubblica utilità ha consentito il superamento di doveri legalmente definiti, come quello di astensione, il cui rispetto avrebbe comportato esiti negativi per la predisposizione del servizio che l'amministrazione doveva garantire.

Nella presente ottica, volta a configurare con maggiore precisione il bene giuridico di categoria dei reati contro la p.a. – che poi inevitabilmente subirà declinazioni in concreto rispetto ad ogni singola fattispecie – ai fini della lesione dello stesso, non sarà sufficiente riconoscere l'esistenza di situazioni di "inquinamento di base", astrattamente non conformi ad un modello rigido di imparzialità ma che non si traducono in pericoli concreti per il corretto svolgimento dell'attività amministrativa. Dietro tali situazioni si celano, invero, il tentativo di colorare di disvalore penale delle mere ipotesi di conflitto di interessi[374], come testimoniato dall'esperienza della corruzione funzionale, e la conseguente polverizzazione dell'accordo corruttivo, fulcro del giudizio di meritevolezza di pena della corruzione, per il tramite di un'operazione ermeneutica di torsione del tipo criminoso su concezioni 'burocratico-amministrative' del *pactum sceleris*, al più rilevanti sul piano criminologico.

"la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"; al comma 2, invece, al fine di alleggerire il peso della responsabilità dei p.a. durante la gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19, stabilisce che "limitatamente ai fatti commessi alla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 l. 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente". Il legislatore sembra così aver voluto introdurre un regime di responsabilità erariale più severo per superare il fenomeno della cd. amministrazione difensiva, consistente nella "fuga dalla decisione", stabilendo l'elemento soggettivo che qualifica l'evento dannoso deve essere valutato secondo parametri penalistici di giudizio, dal momento che "la giurisprudenza contabile ha prevalentemente qualificato l'azione dei dipendenti pubblici, ai fini della individuazione dell'elemento soggettivo, non secondo la nozione penalistica di dolo, ma applicando invece i criteri relativi al dolo cd. contrattuale o *in adimplendo*", così L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa,* cit., p. 765. Evidenzia la bontà dell'opzione novellistica, soprattutto rispetto alla scelta di escludere la responsabilità omissiva per colpa grave, al punto da auspicarne l'estensione normativa anche oltre il periodo emergenziale, F. LIGUORI, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, p. 26, nt. 40. Per un ampio commento alla riforma, L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in *ambientediritto.it*, 2/2021, pp. 666 ss.

[373] Cass., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37517.

[374] Su questa forma di manifestazione della corruzione, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato",* Torino, 2012, p. 29.

Così vi sarebbe la riemersione di oggetti di tutela eccessivamente spiritualizzati, come "l'immagine di incorruttibilità della p.a. e l'assenza di ogni ombra o sospetto di contaminazione in capo a chi rivesta una qualifica pubblicistica", al solo fine di "calmierare il grado di percezione sociale" dei fenomeni di distorsione dell'agire amministrativo[375], in una prospettiva di utilizzo dell'arnese penale in chiave meramente pedagogico-moralizzatrice.

4. *La lettura dei principi di buon andamento e imparzialità alla luce del diritto ad una buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 CDFUE*

L'indagine sulla fisionomia della "buona amministrazione" deve confrontarsi con uno dei benèfici frutti prodotti dalla tutela rafforzata dei diritti fondamentali del cittadino, offerta dall'integrazione *multilevel* tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, nel caso di specie con il diritto dell'Unione europea. Essa ha portato a declinare la buona amministrazione in chiave di diritto soggettivo[376], fornendo così – al di là dei proficui spunti d'interesse per la dottrina amministrativistica, che può recuperare da questa nuova dimensione della buona amministrazione un elemento per irrobustire l'apparato di garanzie relative al procedimento, cui il diritto ad una buona amministrazione principalmente si riferisce – anche alla dottrina penalistica un redditizio argomento per costruire uno statuto di interpretazione offensivizzante dei reati contro la p.a.[377].

Innanzitutto, un primo effetto dell'art. 41 della Carta di Nizza, che esprime varie sfumature di questo diritto ad una buona amministrazione, qualificandolo come diritto fondamentale "per il solo fatto di essere compreso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"[378], consiste in una sorta di ulteriore riequilibrio dei rapporti tra amministrazione e cittadini[379].

---

[375] V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1133.

[376] Sostiene che oggi non possa essere più messa in discussione la natura di diritto soggettivo del diritto alla buona amministrazione *ex* art. 41 CDFUE, M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia,* in *Dir. amm.,* 3/2011, pp. 537 ss.

[377] V. MANES, *Il principio di offensività,* cit., p. 196.

[378] M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 553.

[379] A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica,* cit., p. 408. L'art. 41 CDFUE, contemplando il diritto ad una buona amministrazione, raccorda al proprio interno tutti i "principi-valori" che svolgono un "ruolo primario" nelle materie dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, tra cui proporzionalità, non discriminazione, trasparenza, tempestività, pubblicità, affidamento, sussidiarietà, G. MORBIDELLI, *I principi eurounitari e la legge n. 241/1990: quale rapporto?*, in A. BARTOLINI-T. BONETTI-B. MARCHETTI-B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, p. 7.

Da un punto di vista sostanziale, invece, la previsione di un diritto ad una buona amministrazione ha determinato una "evoluzione funzionale" dei principi sottesi all'attività amministrativa, come quelli previsti dalla nostra Carta all'art. 97 Cost., con la conseguenza di portare a completamento quel ribaltamento teleologico di tali principi, originariamente concepiti *ex parte principis,* oggi pensati *ex parte civis*[380]. Questo è stato autorevolmente definito come una "gruccia alla quale sono legati contenuti diversi"[381].

Nella nostra prospettiva, tra i 'colori dominanti' della buona amministrazione va compresa sicuramente la dimensione globale che ha investito il diritto di partecipazione al procedimento, annoverato da Sabino Cassese tra i "*core principles*" dell'art. 41 CDFUE[382]. Muovendo in questa direzione, assume un volto sempre più nitido, poiché si trasforma da principio a diritto del cittadino[383], quell'esigenza di *dialogo* con l'amministrazione che, nel corso della nostra disamina, si è posta come condizione preliminare e necessaria per la "buona amministrazione" intesa come amministrazione deputata alla realizzazione dei beni della vita, in ossequio al buon andamento ed entro i limiti fissati dall'imparzialità.

L'art. 41 della Carta di Nizza, dunque, equiparato dal punto di vista della valenza giuridica ai sensi dell'art. 6 TUE alle norme contenute nei Trattati, assume, anche all'interno del sistema delle fonti, rango costituzionale per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost., grazie ai quali si aprono le porte dei valori costituzionalmente rilevanti a quelli emergenti a livello internazionale ed europeo[384]. Tale considerazione risulta importante anche per assegnare una fisionomia più definita al diritto in parola: oggi si ritiene che esso attribuisca una posizione giuridica soggettiva ai cittadini da far valere anche nei confronti delle amministrazioni nazionali e non più solo nei confronti delle amministrazioni europee dirette o indirette[385].

Il procedimento di "evoluzione funzionale" della buona amministrazione sembra, dunque, aver fatto significativi progressi qualitativi. Essi incidono altresì sullo spazio di legittimazione dell'intervento penale rispetto all'attività amministrativa.

L'art. 41 CDFUE declina il diritto ad una buona amministrazione soprattutto con riguardo al procedimento amministrativo, richiamandosi ai principi di imparzialità dell'azione

---

[380] S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione,* in *Studi in onore di Alberto Romano,* cit., p. 109.
[381] S. CASSESE, *op. ult. cit.,* p. 110.
[382] S. CASSESE, *op. ult. cit.,* p. 109.
[383] Sembra scettico sull'effettiva capacità dell'art. 41 CDFUE di apprestare uno statuto rafforzato di garanzia al cittadino, A. DI MARTINO, *L'amministrazione europea e la crisi dello Stato di diritto: la codificazione del procedimento amministrativo è davvero necessaria?,* in *www.federalismi.it,* 8 gennaio 2020, p. 16.
[384] V. MANES, *op. ult. cit.,* p. 165.
[385] Riassumono le correnti giurisprudenziali sorte in seno alla Corte di giustizia dell'UE rispetto al preciso ambito di applicazione dell'art. 41 CDFUE, A. DI MARTINO, *op. ult. cit.,* p. 17 e D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2019, pp. 165 ss.

amministrativa, equità e ragionevolezza del termine di conclusione del procedimento, ricavando un considerevole ambito di operatività alla partecipazione del diretto interessato al procedimento attraverso varie garanzie di accesso al procedimento stesso. Da questo punto di vista, l'impatto dell'art. 41 potrebbe essere ridimensionato, in quanto statuirebbe per lo più garanzie procedimentali già previste nella l. 241/1990. A tal proposito, è stato ricordato che tutti i principi-valori sottostanti elaborati a livello europeo hanno una derivazione nazionale[386]. Tuttavia, uno sguardo più ampio sul diritto in esame, ben consente di poter affermare la forte rilevanza della sua introduzione, poiché – per quello che interessa in questa sede – ha contribuito a ridipingere con tinte più forti anche la legittimazione riservata alla tutela penalistica delle funzioni dell'amministrazione. In breve, ad esso va dato il merito di aver riportato "ad un clima più costituzionale una oggettività giuridica originariamente incentrata sul dovere di fedeltà e sul prestigio della p.a."[387].

Il diritto sancito dall'art. 41 CDFUE non avrebbe determinato l'ingresso nel nostro tessuto organico costituzionale di un valore di nuova emersione – pure ammissibile in considerazione del carattere "aperto" del catalogo di beni costituzionali – bensì avrebbe indirizzato finalisticamente la dimensione semantica di beni già esistenti, quelli *ex* art. 97 Cost., traghettandoli in via definitiva verso il significato di "buona amministrazione"[388], in una prospettiva che conduce a rinsaldare il legame tra questa disposizione e i valori primari dell'ordinamento *ex* artt. 2 e 3 Cost.

L'influenza esercitata dal diritto dell'Unione europea sul nostro ordinamento, infatti, non può arrivare a stravolgere le capacità precettive dell'art. 97 Cost. sotto il versante della tutela penalistica. Il riconoscimento di un eventuale diritto soggettivo tutelato dalle fattispecie previste nel titolo dei reati contro la p.a. comporterebbe la possibilità che tutti i soggetti privati coinvolti nei procedimenti amministrativi nei quali si è determinata la distorsione della funzione diventerebbero persone offese dal reato, aprendo le porte ad una plurioffensività che illanguidirebbe ulteriormente il già fragile versante assiologico delle singole figure criminose. Ne deriverebbe uno stravolgimento totale dell'attuale assetto della tutela penale della p.a.

Va, infatti, ricordato che l'art. 97 Cost. fa pur sempre riferimento al buon andamento e all'imparzialità rispetto alle fasi dell'organizzazione e del funzionamento dell'amministrazione, con la conseguenza che, agli effetti penalistici, è stato costruito un

[386] G. MORBIDELLI, *I principi eurounitari*, cit., p. 8.
[387] V. MANES, *op. ult. cit.,* p. 196.
[388] Sulla forte commistione tra l'art. 41 CDFUE e l'art. 97 Cost., cfr. V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo,* cit., pp. VII ss.

bene giuridico 'istituzionale'. Ed è rispetto a questa dimensione di significato che l'art. 41 della Carta di Nizza può esercitare la propria capacità di orientamento e di rafforzamento dell'oggettività giuridica. I principi, costituzionali ed europei, che orientano l'attività amministrativa, invero, "hanno intrinsecamente un contenuto pluridimensionale e aperto, sia per la flessibilità stessa dei concetti sottesi a tali principi sia perché permeabili a continue evoluzioni" e, pertanto, essi sovente presentano "svariate epifanie". Il confronto con il diritto dell'Unione europea, così, può svolgere una significativa opera di "estrazione" ermeneutica, rilevante non solo per il diritto amministrativo, ma anche per altri settori, su tutti quello afferente al diritto penale[389].

Il risultato penalistico della lettura combinata di queste due disposizioni, infine, è una concezione 'oggettivizzata' del diritto ad una buona amministrazione, "cioè servizi efficienti per la collettività, nel rispetto dei «diritti» dei singoli"[390].

[389] G. MORBIDELLI, *I principi eurounitari*, cit., p. 9.
[390] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. XII.

Capitolo III

I limiti dell'intervento penale nell'attività della Pubblica Amministrazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il rapporto tra amministrazione di risultato e discrezionalità amministrativa. – 1.1. L'esiguo spazio riservato al diritto penale nel *corpus* di reati a tutela delle funzioni della p.a.: il ruolo della sussidiarietà. – 2. L'attività amministrativa discrezionale come limite all'intervento penale. Il modello dell'amministrazione informale. – 2.1. L'adozione di un approccio sostanzialistico nella verifica della legittimità dell'atto da parte della giurisprudenza di legittimità. Un ulteriore argomento di legame tra amministrazione di risultato e discrezionalità e i risvolti sul versante interpretativo delle fattispecie criminose. – 2.2. L'incompatibilità di una tutela penale ad ampia latitudine con un'amministrazione *discrezionale.* L'*hard case* della corruzione avente ad oggetto un atto discrezionale. – 2.2.1. La funzione selettiva dell'elemento dell'accordo corruttivo e le sue proiezioni di tutela della 'buona amministrazione'. – 3. Tanto tuonò che piovve: ancora sul rapporto tra diritto penale e amministrazione discrezionale. Il 'nuovo volto' dell'abuso d'ufficio: da "*all catch provision*" a fattispecie tacitamente abrogata? – 3.1. Segue. L'esclusione della rilevanza penale delle distorsioni del potere discrezionale tra interpretazione costituzionalmente conforme e limiti insuperabili. – 3.1.1. L'arduo tentativo di recuperare la rilevanza penale dell'attività discrezionale attraverso l'omessa astensione. Profili di irragionevolezza. – 3.2. Il rapporto tra nuovo abuso d'ufficio, discrezionalità tecnica e teoria dell'autolimite.

1. *Premessa. Il rapporto tra amministrazione di risultato e discrezionalità amministrativa*

Il modello di amministrazione delineato finora si presenta in tutta la sua natura *civil servant*, orientato a produrre nuovo valore pubblico (*public value)*, condensabile in un fortunato slogan coniato da Lucio Iannotta secondo cui "l'amministrazione di risultato consiste ne *le cose ben fatte e le persone soddisfatte*"[391]. Il risultato, dunque, inteso in chiave

[391] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato,* cit., p. 457.

sostanzialistica, traghetta l'amministrazione verso paradigmi costituzionalmente conformi[392], aumenta il proprio grado di *accountability* verso i cittadini, poiché si concentra sulla cura delle vicende della quotidianità, "nelle sue componenti personali, sociali, materiali" in quanto "solo guardando al caso concreto, piccolo o grande che sia, è possibile aspirare a fare ciò che l'ordinamento, nella sua evoluzione, richiede all'amministrazione, vale a dire realizzare con certezza risultati qualitativamente e quantitativamente validi"[393]. Di questi compiti si fa carico, pertanto, l'Amministrazione di risultato, che muta altresì la propria dimensione rispetto alla stagione in cui fu immaginata per la prima volta, ove assumeva un ruolo più vicino ad un modello efficientistico-aziendalistico che guardava al risultato non in termini giuridici ma in chiave produttivistica[394], anche al fine di ridurre i margini di discrezionalità dell'amministrazione.

Oggi, invece, la pubblica amministrazione si fa portatrice di una visione finalisticamente orientata, si organizza nella prospettiva dell'espletamento di funzioni di risultato in termini valoriali che soddisfino le esigenze concrete dei cittadini[395]. Questo obiettivo viene raggiunto, ad esempio, attraverso una partecipazione diretta degli interessati al provvedimento, garantita nelle relative procedure. Un istituto iconico sotto questo profilo – nel senso che riassume la filosofia di questo modello di amministrazione ed esprime appieno la *ratio* politica sottesa – può essere offerto dagli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento previsto all'art. 11 l. 241/1990[396], ove si concede la possibilità all'Amministrazione di decidere il contenuto discrezionale dell'atto finale di concerto con gli interessati[397], "senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del

---

[392] Così funzionale è il nesso tra l'amministrazione di risultato e il principio costituzionale di buon andamento, come ricostruito nel primo capitolo. Segnala questo collegamento, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., p. 110.

[393] L. IANNOTTA, *op. loc. cit.,* p. 450.

[394] Lo rileva altresì A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, cit., p. 279.

[395] Questa sembra essere anche la riflessione di partenza dell'indagine di R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., *passim* (spec. p. 119), ove, pur senza fare riferimento all'amministrazione di risultato, concetto non ancora sviluppato all'epoca del citato studio, ribadisce a più riprese la vocazione finalistica dell'Amministrazione, "fornitrice *imparziale* ed *efficiente* di prestazioni ai cittadini" che divengono titolari di pretese nei confronti dell'amministrazione stessa. Sulla valutazione dell'Amministrazione rispetto ai propri fini, anche in rapporto ai costi necessari per raggiungerli, ma sostenendo un punto di vista critico rispetto alla formula "amministrazione di risultato", sebbene riferita, almeno così pare, alla sua accezione gianniniana di stampo economico-efficientista, oggi, come visto, superata, G. CORSO, *Amministrazione di risultati,* in *Annuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo,* Milano, pp. 127 ss., il quale non la ritiene adeguata a valutare tutti i tipi di amministrazione.

[396] B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa,* in *Diz. Dir. pubbl.,* Milano, 2006, p. 1997.

[397] Ne evidenzia l'importanza A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, cit., p. 281, ad esempio, rispetto al fatto che "questa potenziale maggiore ricchezza di contenuti può portare l'Amministrazione a introdurre nell'accordo clausole e condizioni che non potrebbero essere inserite nel provvedimento, ancora imprigionato nel principio di tipicità". Ciò non solo rispetto all'accordo sostitutivo, ma soprattutto rispetto a quello integrativo.

pubblico interesse"; e in generale dalle forme di partecipazione degli interessati all'istruttoria e di semplificazione, tra cui rientrano gli accordi endo-procedimentali preliminari o sostitutivi del provvedimento finale[398]. La logica che si cela dietro una siffatta facoltà dell'ente risiede proprio in quel parallelismo – cui si è già fatto cenno nel primo capitolo – tra amministrazione di risultato e amministrazione per accordi. L'accordo, è stato osservato, "costituisce infatti lo strumento più efficace per il sicuro raggiungimento dei risultati, oltre a costituire valore in sé"[399]. In questo contesto di scelta politica dell'individuazione dell'interesse pubblico, che deve pur sempre rimanere il *leitmotiv* dell'amministrazione, sebbene in una dimensione di maggiore concretezza rispetto alle istanze contingenti[400], essa viene progressivamente epurata di proprie, nonché naturali, componenti ideologiche a vantaggio di fattori di matrice tecnocratica ed economica che acquistano maggiore spazio, laddove all'Amministrazione che mira al risultato non può essere sottratto l'esercizio del potere discrezionale, per ragioni di ripartizione costituzionale dei ruoli e dei compiti all'interno di uno Stato di diritto[401].

Il rapporto tra discrezionalità, risultato e, infine, buon andamento, nella presente ottica, è inscindibile, in quanto riproduce il rapporto mezzi-fini di un ingranaggio che mira alla realizzazione di un obiettivo[402]. La specificazione della centralità dell'area di libertà dei soggetti istituzionali perimetrata dalla scelta discrezionale secondo la ancora insuperata lezione gianniniana[403], risulta momento propedeutico da tenere in considerazione

---

[398] M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., p. 114.

[399] L. IANNOTTA, *op. loc. cit.,* p. 437.

[400] F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale,* in *Dir. proc. amm.,* 2002, pp. 239 ss.

[401] B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa,* cit., p. 2000.

[402] L. IANNOTTA, *op loc. cit.,* p. 441; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 1993, che specifica che nella discrezionalità una scelta è presente e riguarda "solo il mezzo". F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 2400, in una prospettiva che comunque ben si inserisce nel nostro discorso, qualifica il buon andamento come criterio che "funge a vincolo nella attività amministrativa discrezionale".

[403] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* III ed., vol. II, Milano, p. 49; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano, 1939. L'illustre maestro romano ha, infatti, introdotto una concezione innovativa di discrezionalità, consistente nel frutto di valutazioni comparate tra interessi pubblici, primari e secondari, e, più precisamente, "*nella ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine a un interesse primario"*. Tale visione prendeva le distanze dal pensiero di Costantino Mortati, autorevole esponente della cd. Scuola moralista, il quale, invece, sosteneva che le scelte discrezionalità fossero guidate da regole non giuridiche, non scritte, di provenienza sociale, che acquistavano valore giuridico, C. MORTATI, *Discrezionalità,* in *Noviss. Dig. It.,* V, 1968, pp. 1108 ss. In argomento, per una ricostruzione del dibattito che ha animato quella fervida stagione di intense riflessioni sulla nozione di discrezionalità, per tutti, cfr. M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini,* in *Quad. fior.,* 2008, pp. 410 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* I, Milano, 2003, pp. 699 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 4/2000, pp. 1045 ss. Per una ricostruzione del potere discrezionale "nelle intuizioni della prima dottrina", G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., pp. 274 ss. e a pp. 312 ss., , ricordando come il problema della discrezionalità sia sorto alla nascita della giustizia amministrativa, alla

nell'ambito di una teoria ad 'imbuto' che guarda alla realizzazione del diritto fondamentale da salvaguardare come espressione delle scelte operate negli stadi procedimentali antecedenti, anche perché, se si vuole "evitare l'espunzione del tratto tipico del potere discrezionale, è necessario preservare la capacità di scelta dell'agente amministrativo"[404]. Ciò inevitabilmente si riflette non solo sulla costruzione, tipica e interpretativa, delle singole fattispecie penali in astratto, ma anche nella loro applicazione in concreto, secondo un sillogismo in virtù del quale la attuazione di una scelta discrezionale rispettosa dei criteri-guida porterà ad un 'risultato' nell'interesse della collettività rappresentata e, dunque, in questi casi l'eventuale ombra di rischi penali si porrebbe in contrasto con la funzione costituzionale della pubblica amministrazione[405].

Non a caso, la stessa Corte costituzionale nella sentenza 132 del 2018 ha riconosciuto che il principio del raggiungimento dello scopo assume una portata "indubbiamente di carattere generale"[406], assorbente rispetto al ruolo della pubblica amministrazione, derivandone che "il legislatore nazionale nel disciplinare i processi e, in particolare, il processo amministrativo, è titolare di un potere discrezionale in senso proprio, cioè vincolato (fortemente vincolato) nel fine"[407].

In altre parole, la moderna amministrazione non deve limitarsi ad operare nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, ma si contraddistingue per essere responsabile del conseguimento dei risultati[408], individuati adattando le modalità e i contenuti della propria azione alle peculiarità del contesto socio-economico e territoriale nella quale opera[409], all'esito di scelte 'puramente' discrezionali. Il rischio – è evidente – risiede nel "relativismo in ordine alle valutazioni sui beni della vita in gioco", frutto di un "accentuato soggettivismo nella ricostruzione del contesto e nell'apprezzamento degli

---

quale s'intreccia, venendo utilizzata come "strumento processuale per individuare chiari confini oltrepassati i quali fare scattare un potere di controllo di tipo giurisdizionale", rileva come "in Italia la questione della giustiziabilità degli atti dell'autorità fu sollevata e discussa, a volte con originalità, da quella schiera di giuristi, operante nel clima radical-risorgimentale, e d'ispirazione radicale e garantista, che possono essere riuniti sotto l'etichetta di giuristi preorlandiani. È dunque a questi autori che deve farsi risalire in Italia la primogenitura e la prima impostazione della problematica riguardante il potere discrezionale".

[404] G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 26.

[405] Si badi, la presente riflessione riguarda gli eventuali rischi penali che incombono nello svolgimento di attività *funzionali,* non caratterizzate da comportamenti *abusivi* del servizio.

[406] C. cost., 26 giugno 2018, n. 132, §7.2. La Consulta, nel caso di specie, aveva riguardo ad un principio del raggiungimento dello scopo declinato in chiave processuale, con riferimento alla sanatoria *ex tunc* della nullità degli atti processuali.

[407] F.G. SCOCA, *Processo amministrativo e principio del raggiungimento dello scopo,* in *Giur. cost.,* 3/2018, p. 1402.

[408] M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* cit., p. 110.

[409] M. CAMMELLI, *op. loc. cit.,* p. 109.

interessi"[410]. Esso, tuttavia, risulta ampiamente compensato dal tentativo di restituire centralità agli apparati pubblici, "valorizzandone il possibile ruolo e abbandonando la tradizionale logica opposta, quella secondo cui in Italia della Pubblica amministrazione o si fa a meno, aggirandola, o ci si difende, con il ricorso ai due tradizionali strumenti della riduzione del potere discrezionale (…) e la contestuale, e illimitata, espansione delle garanzie formali"[411].

L'amministrazione di risultato, pertanto, già *efficiente*, deve mantenere intatta la propria discrezionalità, connotato identitario degli apparati pubblici concepiti in chiave moderna: è attraverso una attenta opera di mediazione e di attribuzione di pesi differenti ai diversi interessi coinvolti nel singolo caso, taluni qualificati come primari, altri come secondari, che, peraltro, può essere preso sul serio il compito di uno Stato sociale di diritto dando attuazione ai valori costituzionali nelle singole fattispecie[412]. A tale *souplesse* si espone, inevitabilmente il potere discrezionale, che, poichè assume ampiezza e significato vari "mutando tempo e spazio, muta necessariamente anche la portata e la definizione giuridica della discrezionalità"[413]. E il segnalato rischio che la scelta discrezionale nella determinazione di un certo risultato finisca per accreditare un ordine valoriale del tutto relativo e soggettivo dell'apparato chiamato ad intervenire è neutralizzato dai principi che ad oggi devono governare l'*iter* della scelta, come quelli di proporzionalità, adeguatezza e non necessarietà del sacrificio, elevati a criteri-guida delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione[414].

Il "*mondo nuovo"*, infatti, ripone sulla funzione amministrativa aspettative di "coesione sociale, sviluppo economico e complessiva legittimazione istituzionale", che rischiano di essere deluse dalla "illusione di amministrare senza amministrazione"[415]. Questo distopico fenomeno si fonda in una sorta di 'fuga dall'amministrazione': le valutazioni discrezionali sono discusse all'esterno degli apparati pubblici, nel foro virtuale dei *social network* e dei *media*, a causa dell'"irrisolto problema tra amministrazione e interessi", semplificato e

[410] M. CAMMELLI, *op. loc. cit.,* p. 122.
[411] M. CAMMELLI, *op. loc. cit.,* pp. 123-124. Lo stesso Autore affronta *fundite* il tema della "marginalizzazione e della banalizzazione della p.a." in ID., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme,* in *Dir. amm.,* 1-2/2016, pp. 13 ss.
[412] R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., p. 41 chiarisce come le istituzioni dipendano fortemente dal contesto sociale nel quale sono impiantate al punto da essere modellate da quest'ultimo, anche, se non soprattutto, nelle scelte che operano.
[413] G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 8.
[414] Sulla necessità di adeguare l'azione amministrativa a questi principi, A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
[415] M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo,* cit., p. 15.

ricondotto "alla sola patologia dei fenomeni corruttivi"[416]. Ciò avviene sul presupposto di una tendenziale indifferenza rispetto al *risultato* – ma, in realtà, tale disinteresse riguarda ancor prima le modalità di scelta che stanno a valle della funzione che mira al risultato – allontanato progressivamente dall'orizzonte a causa di una cessione di discrezionalità in favore della terzietà, "sempre più simile alla estraneità"[417], rimuovendo la capacità della discrezionalità di "conformare il modo d'essere dell'amministrazione"[418]. Una visione acritica della realtà, dunque, abitua ad accettare una condizione di "*fallacia realistica*" – come magistralmente definita da Luigi Ferrajoli – "consistente nell'identificazione del diritto con ciò che di fatto accade e con la sua conseguente e paradossale legittimazione giuridica generata dalla mancata tematizzazione della sua invalidità alle norme sulla sua produzione"[419].

Così, attraverso la presente indagine si tenta di restituire il proprio volto *funzionale* alla pubblica amministrazione, al fine di ricavare in negativo gli spazi di un intervento penale in un settore di parte speciale, come quello dei reati contro la p.a., che ha risentito delle modifiche storico-istituzionali – come si è tentato di dimostrare nei primi capitoli[420]. Esso dovrà limitarsi a sanzionare precisi fatti lesivi dei beni di pertinenza della p.a., sulla base dei canoni di offensività, sussidiarietà ed *extrema ratio*. Il rischio di un'inversione delle fasi del ragionamento, attraverso la predisposizione di fitte maglie di responsabilità per i pubblici agenti che operano nei settori dell'amministrazione *funzionale*, conduce inevitabilmente alla degradazione della "responsabilità di risultato" in responsabilità "di comportamento, cioè di

---

[416] M. CAMMELLI, *op. loc. cit.,* p. 21. Sul rapporto tra utilizzo dei *media* e diritto penale, da ultimo, G. INSOLERA, *Forca e Melassa*, Milano, 2021, e sulle relative patologie del rapporto, cfr. T. GUERINI, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali,* Torino, 2020.

[417] M. CAMMELLI, *op. loc. cit.,* p. 22.

[418] G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 9.

[419] L. FERRAJOLI, *Per Danilo Zolo. Una filosofia politica militante,* in *Riv. fil. Dir.,* Spec. dicembre 2019, p. 165.

[420] Tra le tante differenze nei modelli istituzionali che si sono avvicendati nella prima metà del Novecento, o quantomeno tra il periodo fascista, in cui è entrato in vigore l'attuale codice penale, e gli anni dei lavori della Costituente e, poi, di entrata in vigore della Costituzione repubblicana, basti ricordare la già segnalata centralità del principio democratico nel modello costituzionale, che aveva portato un autorevole studioso dei modelli di amministrazione come Feliciano Benvenuti a postulare il concorso attivo del singolo nella determinazione o nella conformazione della scelta discrezionale, in F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino,* cit., *passim*; e, in secondo luogo, la diversa concezione di discrezionalità imperante all'epoca fascista, patrocinata da Guido Zanobini, di costrizione della scelta discrezionale nella mera attuazione del precetto legale, lasciando all'amministrazione la sola libertà interpretativa in caso di vuoto normativo, rispetto a quella odierna, che prende le mosse dagli insegnamenti di Massimo Severo Giannini sul potere discrezionale come esercizio valutativo di ponderazione di interessi contrapposti, espressione di valori differenti, la cui attuazione o svilimento erano rimessi all'attività amministrativa. Nel primo senso, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge,* in *Riv. dir. pubbl.,* 1924, pp. 281 ss., ora anche in ID., *Scritti vari di diritto pubblico,* Milano, 1955, pp. 203 ss. (da cui si cita); nel secondo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* cit., *passim*. Risulta del tutto evidente la forte incidenza che questi mutamenti hanno avuto nella genesi interpretativa del *corpus* di reati a presidio di beni giuridici, nonché di funzioni, che si sono rivelati cangianti.

adempimento formale delle incombenze prescritte più che del fatto di operare affinché il personale della propria struttura compia al meglio i propri compiti"[421].

1.1. *L'esiguo spazio riservato al diritto penale nel* corpus *di reati a tutela delle funzioni della p.a.: il ruolo della sussidiarietà*

Questo quadro sinottico sull'attività amministrativa ha il merito di proiettare un'immagine propositiva e centrale della pubblica amministrazione nella nostra architettura costituzionale, in quanto espressione del panorama valoriale offerto dal combinato degli articoli 97, secondo comma, 2 e 3 Cost.

A tal fine, è fondamentale motivare le ragioni per cui le odierne tendenze onnivore dell'arnese penale[422], che in questo specifico settore hanno gradualmente finito per occupare l'intera area del libero agire amministrativo, vanno respinte.

Non è questa la sede per ripercorrere l'ormai fin troppo noto *climax* ascendente dei provvedimenti normativi di inasprimento sanzionatorio – sia del precetto secondario[423] che

---

[421] M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo,* cit., p. 23.

[422] Sulla costante espansione del penale, per tutti C.E. PALIERO, Minima non curat praetor, cit., pp. 3 ss. che mette in luce anche le radici storiche del fenomeno.

[423] Il riferimento corre immediato agli inasprimenti sanzionatori che hanno riguardato le fattispecie di corruzione, sia quella per atto contrario ai doveri d'ufficio che la nuova corruzione funzionale. Quest'ultima a seguito della recente legge 3/2019 ha visto innalzarsi l'intero precetto secondario subendo una modifica della forbice sanzionatoria da uno a sei anni a una da tre a otto anni. Le conseguenze di questo inasprimento si sono riverberate altresì sul regime delle pene accessorie, reso più severo dallo stesso provvedimento legislativo del 2019, che ha abbassato a due anni la base minima applicativa delle pene accessorie in perpetuo dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere prestazioni di pubblico servizio, (il cd. daspo) e della interdizione dai pubblici uffici. In caso di condanna alla reclusione inferiore a due anni, invece, le stesse pene accessorie avranno durata temporanea tra i cinque e i sette anni. Il parallelo inasprimento della cornice edittale della corruzione *ex* 318 c.p. e quello delle pene accessorie *ex* 317-*bis* c.p., è stato osservato, "potrebbe comportare una condanna, al minimo edittale, per un fatto di corruzione del tutto minimale, dal quale però potrebbe conseguire la sproporzionata conseguenza dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici o dell'incapacità di contrarre con la p.a. È vero che l'attenuante del fatto di particolare tenuità potrebbe abbattere il minimo edittale a due anni di reclusione (e consentire così di evitare la pena accessoria perpetua), ma è anche vero che quella attenuante, attratta nel giudizio di bilanciamento, potrebbe risultare equivalente o soccombente rispetto a concorrenti aggravanti", così G.L. GATTA, *Audizione informale,* presso le commissioni riunite Giustizia e Affari costituzionali, 19 ottobre 2018, p. 4.Sugli inasprimenti sanzionatori che hanno interessato le fattispecie di corruzione, cfr. i recenti lavori monografici di R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale,* Torino, 2020, pp. 51 ss. e di V. SCALIA, *La corruzione*, cit., pp. 627 ss., nonché, tra i tanti, i contributi di F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 1 agosto 2019, pp. 11-14; A. DE LIA, *Legislatore e diritto penale in un turbine di sanzioni e* slogan. *Brevi note a margine della l. n. 3/2019 (cd. legge spazzacorrotti),* in *Forum Quad. Cost.,* 7 febbraio 2019, pp. 2-5; G. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.,* 10/2019, pp. 3430 ss.; G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?,* in G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali,* Pisa, 2019, pp. 3 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione,* in *Cass. pen.,* 1/2019, pp. 64-65. Sulle modifiche apportate alle pene accessorie, cfr. F. BELLAGAMBA, *Riflessioni a margine del nuovo assetto*

del regime penitenziario[424] – di molti reati contro la p.a., o dell'utilizzo in chiave eticizzante delle fattispecie penali[425], estese al punto da iniziare quella che è stata definita una "*fight against impunity*"[426], sublimata dal "lessico giustizialista, truculento e marziale"[427] della

---

riservato ai delitti di corruzione della legge 'negaprincìpi' e 'spazzagaranzie', in *DisCrimen,* 7 gennaio 2020, pp. 1-7; G. BALLO, *Politiche criminali dell'anticorruzione e inasprimenti sanzionatori: un intervento davvero necessario?,* in *Stud. Iur.,* 7-8/2019, pp. 830-832; M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione,* in *Dir. pen. proc.,* 5/2019, pp. 608 ss.; A. MARANDOLA, *L'inasprimento del regime dei reati contro la p.a. (cd. spazzacorrotti),* in *Stud. Iur.,* 10/2019, pp. 1159 ss. Oggetto di queste politiche di *law enforcement* sono state tuttavia altre fattispecie: a partire dal minimo edittale del delitto di peculato, modificato da tre a quattro anni, frutto di una scelta irragionevole anche sul presupposto che "nella prassi non sono infrequenti casi concreti, astrattamente riconducibili alla fattispecie *de qua*, ma concretamente dotati di un disvalore di entità particolarmente modesta", G. AMARELLI, *I delitti di peculato,* cit., p. 43, per poi subire un adeguamento nel massimo edittale di soli sei mesi con la l. 69/2015. Proseguendo, il delitto di abuso d'ufficio ha visto un ritocco sia nel minimo che nel massimo con la l. 190/2012, passando da una cornice da sei mesi a tre anni ad una da uno a quattro anni. Da ultimo, la figura del traffico di influenze illecite, a seguito della cd. unificazione con il millantato credito ad opera della l. 3/2019 ha subito un innalzamento nel massimo da tre a quattro anni e sei mesi.

[424] La già più volte citata legge 3/2019 ha esteso il regime ostativo ai benefici penitenziari previsto all'art. 4-*bis* l. ord. pen. anche ai condannati per molti reati contro la p.a. e, segnatamente, quelli di cui all'art. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis,* 319-*ter,* 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis,* c.p. In argomento, con posizioni critiche, da un punto di vista di legittimità costituzionale, rilevandone l'evidente irragionevolezza, e, da un punto di vista normativo e criminologico, smascherandone gli intrecci (*recte* la progressiva assimilazione) con la criminalità di stampo mafioso, si vedano F. BELLAGAMBA, *Riflessioni a margine del nuovo assetto,* cit., pp. 7-16; L. BARON, *'Spazzacorrotti', art. 4*-bis *ord. pen. e regime intertemporale,* in *Dir. pen. cont.,* 5/2019, pp. 153 ss.; S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le «*cose che accadono al di sopra delle parole», in *Arch. Pen. web,* 3/2019, pp. 1 ss.; G. DI VETTA, *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata,* in *Arch. Pen. web,* 2/2020, pp. 1 ss.; T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo,* in *Arch. Pen. web,* 3/2019, pp. 1 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro,* in *Dir. pen. cont.,* 3/2019, pp. 235 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, *ivi,* 2/2019, pp. 105 ss.; V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 1/2019, pp. 158 ss.

[425] Non a caso F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 10/2015, pp. 3389 ss. ha parlato di "male sociale della corruzione" che inevitabilmente ha viziato il "clima attuale", non essendo "il momento presente uno dei più propizi a condurre un discorso con animo freddo e pacato, come dovrebbe essere proprio di ogni riflessione di natura 'scientifica'".

[426] La definizione è di V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.,* 1/2019, p. 88. In generale su queste tendenze populiste in materia penale che hanno portato ad una carica di punitivismo sproporzionata rispetto ai fini, con particolare attenzione al settore dei reati contro la p.a., la letteratura è nutrita. Senza pretesa di completezza, cfr. M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 95 ss., e già in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020; F. PALAZZO, *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2021, pp. 285 ss.; E. AMATI, *L'enigma penale,* cit., *passim*, ID., *Giustizia penale e immagine del potere. Lo "Stato nascente" delle ideologie penalistiche autoritarie*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, cit., pp. 21 ss.; P. TRONCONE, Fictio legis *e* fictio juris. *Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Arch. Pen. web*, 1/2020; E. AMODIO, *A furor di popolo,* Milano, 2019; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 1/2019, pp. 79 ss.; T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione*, cit.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Sist. Pen.,* 5/2019, pp. 231 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., pp. 235 ss.; A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018.

[427] V. MANES, *Il "costo delle garanzie" nel "modello penale liberale": tra regressioni culturali e lacerazioni congiunturali,* in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale*, cit., pp. 185 ss., nonché in *Ind. pen.,* 1/2021, p. 52.

legge anticorruzione del 2019, soprannominata *Spazzacorrotti*, dove il diritto penale è stato strumentalizzato come espediente per "colpire gli stati emotivi della popolazione"[428], già animata da una "cultura sociale angosciata da frustrazione e insicurezze, percorsa da ansie repressive che spingono nella direzione di un ossessivo fanatismo punitivo"[429]. E tuttavia rischierebbe di rivelarsi una deviazione dal percorso argomentativo della presente indagine anche una fitta rappresentazione della *ermeneutica di lotta*[430] che ha riguardato l'impegno interpretativo – per molti versi sfiorando l'analogia non consentita[431] – rispetto a taluni reati contro la p.a., in una sorta di *retrotopia*[432] della requisitoria del signor Zorn contro il signor

[428] A. MANNA, *Il fumo della pipa,* in *Arch. Pen. web,* 3/2018, p. 1. E. AMATI, *L'enigma penale,* cit., pp. 147-148 ricorda che uno degli ultimi esempi di questo modello politico e, in particolare, di politica-criminale è rappresentato dal cd. "contratto per il Governo del cambiamento", che "preannunciava il rafforzamento repressivo per molti reati: delitti contro la pubblica amministrazione, violenza sessuale, reati contro il patrimonio, scambio elettorale politico-mafioso, reati ambientali, reati contro gli animali. Si proponeva, inoltre, di rivedere in senso restrittivo le norme che riguardano l'imputabilità, di implementare gli strumenti di aggressione ai patrimoni di provenienza illecita, di abrogare i provvedimenti di depenalizzazione, di riformare gli istituti della non punibilità per particolare tenuità del fatto e dell'estinzione del reato per condotte riparatorie. Nello stesso contratto era inoltre contemplata, come noto, la riforma della legittima difesa e (seppur in termini molto generici) della prescrizione". Sulla stagione politica successiva a quella del governo "giallo-verde" e sui relativi compromessi in materia politico-criminale, con accento critico G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *www.disCrimen.*it, 24 ottobre 2019, p. 1.

[429] V. MAIELLO, *Appunti sparsi di 'lotta per il diritto'*, in *Dir. dif.*, 1/2021, pp. 33 ss.

[430] Su questo fenomeno, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, pp. 19 ss. Riporta esempi paradigmatici di questo *diritto penale di lotta*, V. MAIELLO, *Appunti sparsi di 'lotta per il diritto'*, cit., p. 35.

[431] Si pensi, a titolo di mero esempio, a quella giurisprudenza 'predittiva' che ha anticipato il tipo criminoso del traffico di influenze illecite già nel fuoco di disvalore del millantato credito, prima dell'introduzione dell'art. 346-*bis* c.p. avvenuto con la l. 190/2012. Sul punto sia consentito il rinvio al nostro *Il traffico di influenze illecite,* cit., pp. 230 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali ivi citati. La casistica potrebbe estendersi anche alle ipotesi di configurabilità della vecchia corruzione impropria nonostante non venisse individuato un atto oggetto del *pactum sceleris*, rispetto alla quale M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3/2016, p. 23 ha parlato di un "caso di analogia conclamata", estendendosi "la responsabilità per la corruzione riguardante gli atti dell'ufficio alla corruzione per la funzione" ben prima della riforma della riforma del 2012: "qui eravamo ben oltre i confini letterali della disposizione" o l'ircocervo della cd. concussione ambientale, cfr. cap. I, nt. 88. Sulla tendenza di estendere analogicamente la vecchia figura di abuso d'ufficio anche alle violazioni di norme di principio generalissime come l'art. 97 Cost. o di continuare a sussumere nell'area di rilevanza penale del peculato la sottofattispecie distrattiva, cfr. cap. I, nt. 122. Di recente, a riaffermare con toni forti e argomentazioni pienamente condivisibili il divieto di analogia in materia penale è stata la C. cost. nella già citata sent. 98/2021, con nota di C. CUPELLI, *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentemza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4/2021, pp. 1807 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia,* in *Dir. pen. proc.,* 9/2021, pp. 1218 ss., di L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale 98/2021,* in *disCrimen,* 2/2021, pp. 207 ss.; M.A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem (*nota a Corte Cost. 14 maggio 2021, n. 98)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 maggio 2021, e di M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio cost.*, 5/2021, pp. 196 ss. proprio rispetto ad un risultato interpretativo, ritenuto illegittimo perché analogico *in malam partem*, patrocinato dalla giurisprudenza di legittimità maggioritaria che ammetteva la configurabilità del delitto di cui all'art. 572 c.p. anche nell'ambito di relazioni tra soggetti non coniugati che convivevano solo saltuariamente.

[432] Z. BAUMAN, *Retrotopia,* Roma-Bari, 2017, trad. it. a cura di M. Cupellaro.

Traps, secondo il quale, nell'ambito di uno scenario tra il grottesco e il paradossale, alla fine "un reato lo si scova sempre"[433].

Il pericolo, però, del ricorso alla minaccia penale non solo nella fase *patologica*, ma spesso anche nelle fasi *fisiologiche* (vitali) dell'attività amministrativa espone l'amministrazione ad un "eccesso di tutela"[434], che può provocare un *chilling effect*[435] rispetto all'attività funzionale stessa, cioè un effetto anestetico-paralizzante di un valore costituzionale "al centro della società", con risultati pregiudizievoli per lo sviluppo della società stessa[436]. In altre parole, quello del merito amministrativo[437], in tutte le sue cangianti connotazioni, dovrebbe essere un terreno impermeabilizzato dal rischio di ingerenze – si è detto spesso frutto di iniziative giudiziarie coraggiose[438] – del diritto penale, poiché "merito

---

[433] F. DÜRRENMATT, *La panne. Una storia ancora possibile,* 1956, ristampa Milano, 2014, p. trad. it. a cura di E. Bernardi, p. 25.

[434] M. DONINI, *Il volto attuale,* cit., p. 9 che argomenta che "il principio di sussidiarietà o di *extrema ratio,* cioè l'idea che quando un fatto è da considerarsi giuridicamente illecito, tuttavia può essere costruito come reato solo se sono insufficienti le sanzioni non penali (e comunque quelle meno pesanti e invasive) che potrebbero applicarsi, realizzandosi altrimenti un eccesso di tutela (…)".

[435] Un esempio di rischio di "effetto congelamento" dato dalla applicazione di fattispecie penali nello specifico ambito dei reati contro la p.a. è offerto da V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2021, pp. 1246-1247 che affronta il caso della corruzione del parlamentare, "la cui affermata rilevanza penale periclita su di un vertiginoso crocevia, essendo interclusa tra la insindacabilità degli atti funzionali garantita dall'art. 68, comma 1, Cost. e la pacifica liceità – a seguito dell'abolizione del finanziamento pubblico - del finanziamento privato all'attività politica. In questo ambito (…) dovrebbe essere sempre limitata la configurabilità del tipo alle ipotesi di inequivoca sussistenza di un sinallagma corruttivo tale da escludere che il finanziamento o l'utilità corrisposta sia determinata da finalità di mero sostegno politico (o di mera "simpatia politica"), e tale da escludere – al contempo - che possa essere preso a punto di riferimento del sinallagma un atto di indirizzo politico – pur rappresentativo di interessi precisi e circoscritti di singole categorie o forze produttive - avente portata generalissima, tipicamente rientrante nei compiti «fisiologici» del mandato politico, compiti che altrimenti ne subirebbero, fatalmente, una «sterilizzazione». (…) Se così non fosse, d'altronde, si finirebbe per ritenere sindacabile la funzione parlamentare ogniqualvolta essa sfoci in un atto che, per quanto si rivolga anche a favore di un singolo o di una cerchia ristretta di "interessati", al contempo vada a beneficio di – e parallelamente scontenti – una molteplicità più ampia di destinatari, con una irragionevole ed intollerabile "criminalizzazione" dell'attività politica nella sua normale modalità di svolgimento". Sulla dottrina del *chilling effect* "cardine della dogmatica dei diritti fondamentali", N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 252 ss.

[436] S. CASSESE, *Che cosa resta della P.A.,* cit., p. 4, sostenendo che "poiché ogni amministrazione è al centro della società, se non ne eguaglia il dinamismo, diventa una forza frenante". Rispetto a questo fenomeno, è opportuno richiamare altresì l'autorevole studio di C.E. PALIERO, Minima non curat praetor, cit., p. 92, ove si afferma, sebbene nell'ambito di considerazioni generali di sistema e dunque non calate nello specifico settore dei reati contro la p.a., che "lo statuto del reo nel nostro sistema ha attualmente subíto un imbarbarimento *non* collegato agli sviluppi dello *Stato sociale*, ma espressione, piuttosto, di emotivo riflusso, sotto il pulsare di emergenze traumatiche, verso la logica dello *Stato di polizia*".

[437] Per tutti, su questo concetto, V. OTTAVIANO*, Merito* (*diritto amministrativo*), in *Noviss. Dig. It.*, X, 1964, pp. 575 ss.

[438] Da ultimo, la procura della Repubblica di Napoli ha avviato un procedimento, conclusosi poi con un decreto di archiviazione per tutti gli indagati, relativo ad un episodio di corruzione *ex* art. 319 c.p. da parte dei vertici dell'Università telematica Pegaso nei confronti di un non identificato parlamentare al fine di ottenere l'inserimento nella legge di bilancio 2020 un comma che introduceva un regime più favorevole dal punto di vista fiscale e tributario per le Università non statali e, in secondo luogo, la trasformazione dell'Università da fondazione in srl. Tale ultima operazione, peraltro, era stata autorizzata dal MIUR che aveva rilasciato il nulla osta alla modifica statutaria dell'Ateneo, dopo aver ricevuto un parere non negativo, di natura consultiva, dal

amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro e viceversa"[439]. Tale convinzione sorge da una considerazione che parte da un presupposto: "il modello costituzionale di illecito penale si è storicamente fondato sull'esigenza che esista *un primato della politica criminale sul diritto penale*: un primato sul piano dell'efficacia e della profondità di intervento, non certo su quello delle garanzie, che si sottraggono, almeno nel loro nucleo assicurato da principi sovraordinati, alla libera gestione dei partiti politici"[440]. Il momento logico-conseguenziale di questo assunto, nella particolare materia che ci occupa, si rinviene nella legittimazione attiva della funzione amministrativa, come valore da preservare in positivo, intendendo così buon andamento e imparzialità come principi fondamentali di legittimazione dell'attività amministrativa, non della sua tutela in negativo[441]. In questo senso, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, nell'ambito dello statuto penale della p.a., potrebbe quasi ritenersi che la libertà del merito amministrativo appartenga ai *core principles* di questa branca di parte speciale. E, in particolare, si potrebbe riconoscere la sua natura "controintuitiva", "antilogica", così come "nell'immaginario collettivo risulta controintuitiva la stessa idea che il diritto penale debba soffrire dei limiti, che diritti e garanzie implicano costi ed oneri imposti all'autorità che ne comprimono, appunto, le possibilità di agire – quale che sia l'esigenza prasseologica o l'emergenza contingente"[442].

Così, la costrizione dell'attività amministrativa nella camicia di forza delle funzioni preventivo-finalistiche del diritto penale finirebbe per portare alla *neutralizzazione* di una funzione essenziale per lo Stato e, pertanto, intrinsecamente fallimentare nel rapporto tra *Zweckrationalität* e *Wertrationalität*, colonna portante della "scienza della sussidiarietà"[443], che dovrebbe informare la politica criminale. La conclusione può essere recuperata nel pensiero di Massimo Donini, che evidenzia come tale rapporto vada "oltre la dimensione assiologica e teleologica e fa(ccia) proprio il cd. orientamento alle conseguenze, che richiede

---

Consiglio di Stato. Le tesi accusatorie, pertanto, presumevano l'esistenza di un sospetto accordo corruttivo senza aver individuato né i soggetti pubblici ufficiali né la relativa remunerazione.

[439] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli,* cit., p. 6.

[440] M. DONINI, *Il volto attuale,* cit., p. 75.

[441] G. MARRA, Extrema ratio *ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive,* Torino, 2018, p. 126, evidenzia che "scendendo ad un livello di maggior dettaglio operativo", il bene giuridico viene "valorizzato come scopo da realizzare piuttosto che come limite alla coercizione penale legittima", amplificando "tare paternalistiche, derive funzionali e cadute moralistiche nell'identificazione delle ragioni del punire".

[442] V. MANES, *Il "costo delle garanzie*", cit., p. 55, il quale continua osservando che "spesso appare persino paradossale, in senso etimologico, l'idea che in una democrazia liberale – secondo la nota affermazione del giudice Barack – lo Stato debba combattere il crimine «con una mano legata dietro la schiena».

[443] M. DONINI, *ult. op. cit.,* p. 87.

indagini sugli impatti delle scelte normative, ed esige l'impiego di una vasta gamma di saperi empirici"[444].

In questo settore di parte speciale, peraltro, "la materia del divieto" avrebbe ad oggetto condotte che nascono in un "contesto lecito di base", come quello dell'attività amministrativa, che renderebbe difficile – se non del tutto incompatibile – la convivenza delle funzioni predette con una punibilità 'a banda larga'[445]. Anche questo aspetto influisce sulla sensibilità dell'intervento penale nel terreno presidiato dall'amministrazione: fattispecie a forma vincolata, possibilmente ancorate ad un evento, descritte in maniera chiara, la cui interpretazione possa essere agevolata dalla presenza di normative extrapenali che definiscano il contesto operativo/normativo di quel settore di attività.

Tra le figure delittuose più problematiche vi è il traffico di influenze illecite, ove il principale elemento di disvalore, al quale è legato il giudizio di meritevolezza e bisogno di pena, offerto dalla "mediazione illecita", appare rimesso integralmente alla sensibilità – per non dire alla *precomprensione* – del singolo interprete, proiettandosi nella trama di un disvalore concentrato nell'abuso di qualità[446]. La rilevanza penale di una condotta di "mediazione illecita", infatti, non può ricavarsi in negativo da una disciplina extrapenale che definisca l'area di liceità dell'attività di mediazione. Questa contraddizione in termini si acuisce se si prende in considerazione il tipo di 'fenomeno' che questa fattispecie potrebbe colpire: essa rischia di incidere su uno dei nevralgici momenti di creazione di 'valore pubblico', consistente nel ricco, intenso e certamente proficuo – quantomeno in termini di democraticità del risultato finale – scambio di opinioni ed esperienze che precede la discussione in aula dei differenti progetti di riforma[447]. Solo subordinando l'introduzione del traffico di influenze alla presenza di una regolamentazione dell'attività di *lobbying,* infatti, si sarebbe immunizzato il terreno di operatività del reato in esame dal rischio di farvi rientrare attività conformi alla funzione sociale del fenomeno di intermediazione[448].

---

[444] M. DONINI, *ult. op. cit.,* p. 88.

[445] M. DONINI, *ult. op. cit.,* pp. 102-103.

[446] Sia permesso il riferimento a N.M. MAIELLO, *Sulla discontinuità normativa,* cit., p. 1513. E ancor prima dell'introduzione della fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p., in questo senso già V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione,* cit., pp. 926 ss.

[447] Sottolinea la funzione di garanzia della democraticità del procedimento decisionale che svolge l'attività di *lobbying*, contrariamente alla convinzione diffusa nell'opinione pubblica, che vede nella *lobby* uno strumento corruttivo, P.L. PETRILLO, *Rappresentanza di interessi,* lobbying *e democrazia rappresentativa,* in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), Lobbying, cit., pp. 3 ss.; ID.., Lobbying *e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati,* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2018, 191 ss.

[448] Tale aspetto è emerso anche nella più recente giurisprudenza, ove si evidenzia "il rischio di attrarre nella sfera penale le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione (…) ovvero quel sottobosco di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito", cfr. Cass., sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518. In dottrina sono stati ampiamente segnalati i problemi applicativi che avrebbe potuto creare l'assenza nell'ordinamento interno di

Sarebbe sufficiente questo esempio – comunque oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo – a fornire una rappresentazione plastica dei risvolti pregiudizievoli che l'abbandono della scienza della sussidiarietà può provocare *in subiecta materia*[449].

Altre due fattispecie, tuttavia, sembrano prestarsi ad un simile ragionamento, manifestando tratti evidenti di deviazione dal modello costituzionale di illecito penale.

Mantenendo lo sguardo sull'area di rilevanza dei patti corruttivi che attentano alle funzioni, viene in rilievo il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione. Qui, invero, l'accordo pare sovente destinato a sanzionare situazioni di conflitto di interessi, sebbene non seguite dal "compimento di una scelta"[450], in cui il vantaggio per il privato risulta di consistenza eterea e non afferrabile in termini di messa in pericolo del bene tutelato[451]: il disvalore ruota attorno all'"uso distorto del *munus publicum*" e alla "natura intrinsecamente indebita di ogni eventuale ricaduta per i protagonisti, rendendo persino ultronea l'identificazione di una ricompensa privata perché qualsiasi decisione pubblica presa in conflitto di interessi si remunera già da sé, proponendo una dinamica illecita *in re ipsa*" [452]. Contribuisce a questa

---

una idonea disciplina dell'attività di *lobbying,* necessaria per tracciare un'utile linea di confine tra forme lecite ed illecite di intermediazione. Tra tutti, V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite,* cit., pp. 265 ss.; R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018, 45 ss.; P. SEVERINO, *Senza norme sul lobbysmo difficile abbattere l'illegalità,* in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2018; P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.,* 2016, 1293 ss.; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione,* in *Cass. pen.,* Supplemento a 11/2012, 14.

[449] L'assenza di un "consolidato retroterra di dannosità sociale", accompagnato dal "moltiplicarsi di precetti disciplinari, il cui nucleo di disvalore risiede nella disobbedienza al comando, e di interventi di tutela di beni super-individuali, che guadagnano la propria meritevolezza in forza delle componenti organizzative che ne caratterizzano il merito", fanno in modo che "l'*extrema ratio* "rivisitata" si troverebbe a suo agio nel far valere l'utilità sociale ed il valore liberale della cooperazione tra individui quale «alternativa» alla coercizione penalistica", così G. MARRA, Extrema ratio *ed ordini sociali spontanei*, cit., p. 85.

[450] Chiarisce S. SEMINARA, *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari,* in M. CATENACCI-V.N. D'ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella,* vol. II, Roma, 2021, p. 1376 che "nel conflitto di interessi penalmente rilevante almeno uno tra questi corrisponde a un dovere vincolante il soggetto agente, il quale dunque esercita una funzione o un ruolo che gli impone di perseguire uno specifico obiettivo o un determinato risultato; inoltre, posto che il conflitto di interessi esprime solo il pericolo di una scelta mirata a soddisfare un interesse anziché un altro, la configurabilità dell'illecito, sul piano penalistico, emerge nel successivo momento in cui, con il compimento della scelta, si realizza la violazione del dovere mediante l'abuso dei poteri".

[451] Sul punto, riconosce F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione*, cit., p. 3393 che per quanto "le innovazioni legislative del 2012 hanno tenuto conto – com'era necessario – del nuovo carattere della corruzione politico-affaristica: fluida, diffusa, reticolare", allo stesso tempo tale fattispecie ha "fatalmente perduto di sostanza offensiva (…). Più precisamente, il contenuto offensivo delle fattispecie risultanti dalle modifiche del 2012 ha perso di nettezza, venendo ad oscillare tra un'impronta marcatamente economicistica, propria della corruzione affaristica, e una vocazione a caricarsi di un significato di riprovazione morale". In senso critico sulla penetrazione offensiva della corruzione funzionale, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., pp. 162 ss.

[452] V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1134. In senso analogo, V. MAIELLO, *Appunti sparsi di 'lotta per il diritto'*, cit., p. 38. Descrive uno spaccato del nuovo 'volto' della corruzione 'affaristica', F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione*, cit., pp. 3390 ss. Evidenzia le finalità ideologico-culturali della corruzione per l'esercizio della funzione, S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. proc. pen.*, 10/2012, pp. 1238-1239, dal momento che in Italia si respira "l'aria dello Stato dispotico, offrendo la duplice immagine di una comunità di uomini privi di diritti, che

indeterminatezza la "tipicità meramente sintomatica" dell'art. 318 c.p.[453], ove la preposizione "per" che indirizza finalisticamente l'accordo scellerato[454] si lega ad una formula vuota, o meglio, colmabile come si preferisce sulla base delle risultanze probatorie, data dall'"esercizio di poteri o funzioni"[455], di cui, da ultimo, è evidente manifestazione l'affermazione giurisprudenziale per la quale "in sede di contestazione *ex* art. 318 c.p. (…) deve ritenersi del tutto fisiologica l'evenienza in cui non sia accertato il contenuto del patto corruttivo"[456]. Il frutto acerbo che ne deriva è la configurazione di un tipo criminoso così ampio da "attrarre non solo le gravi ipotesi riferibili a chi mette a disposizione interamente e sistematicamente la *funzione* rivestita (…) ma anche ipotesi bagatellari e *trivial cases,* o comportamenti moralmente e disciplinarmente censurabili"[457].

---

riconosce e accetta la propria condizione di inferiorità coltivando l'esigenza di ingraziarsi i detentori del potere e di una classe di politici, amministratori, dirigenti pubblici, impiegati che ha in uso di accettare i donativi come atti di omaggio alla funzione o come appannaggio del potere. (…) La scelta di incriminare l'indebita corresponsione di utilità connesse al pubblico ufficio è apprezzabile per la funzione di orientamento culturale che ne deriva rispetto ai consociati, cui viene imposto di abbandonare la mortificante ricerca di una *captatio benevolentiae*, e rispetto ai soggetti pubblici, ai quali viene proibita qualsiasi forma di sfruttamento del potere".

[453] Rileva V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2020, pp. 967 ss. che tra l'arma più effica del diritto penale emergenziale è fornita dalla semplificazione dell'accertamento, "perché complica la difesa e agevola le condanne". Nel settore della corruzione, "la semplificazione è ottenuta, ad esempio, mediante l'espunzione dalla fattispecie degli elementi costitutivi più ostici sul piano probatorio-processuale".

[454] Lo rilevava già C.F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale,* in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 10; ora altresì R. RAMPIONI, *La giurisprudenza e i fuochi fatui*, in *www.dirittodidifesa.eu,* 11 ottobre 2021, §7.

[455] Un chiaro esempio della difficoltà di intercettare il "colore" dell'accordo corruttivo *ex* art. 318 c.p. può essere offerto dalla già citata sentenza *in re Mafia Capitale*, ove, al par. 2.4, p. 128, si legge che "se il contenuto del patto non «attiene» al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, la condotta è riconducibile all'art. 318 c.p. Il patto può essere probatoriamente muto, nel senso che non sia individuabile nessuno specifico atto che il pubblico ufficiale si sia impegnato a compiere". I riflessi pratici di una simile affermazione si sono riverberati subito in una nota vicenda giudiziaria per reati di corruzione ai sensi degli artt. 318, 319 e 319-*ter* c.p. Nell'ambito di tale procedimento, il GUP del Tribunale di Perugia, con ordinanza 9 aprile 2021, chiamato a pronunciarsi su alcune eccezioni di indeterminatezza del capo di imputazione sollevate dalla difesa dell'imputato principale che lamentava la mancata specificazione del contenuto del patto corruttivo, ha respinto le doglianze difensive proprio richiamandosi all'autorevole precedente. Il giudice perugino, nell'evidenziare come l'accordo possa essere probatoriamente "muto", motiva che non sia obbligo dell'accusa, in caso di contestazione di un'ipotesi di corruzione funzionale, indicare quali sarebbero state le attività oggetto dell'accordo corruttivo. Il franamento della capacità selettiva della fattispecie e la neutralizzazione dell'esercizio del diritto di difesa nel caso in esame sono di immediata percezione. La scarsa idoneità di questa formula, che appare più una clausola di stile 'eloquente' che 'efficace', a definire con chiarezza il pilastro di tipicità delle fattispecie di corruzione funzionale è rilevata da R. RAMPIONI, *La giurisprudenza e i fuochi fatui*, cit., che fa espresso riferimento anche all'ordinanza appena citata. Ulteriori perplessità deriverebbero, poi, come si vedrà, dall'applicazione di questa ipotesi di corruzione nelle sotto-fattispecie di accordo avente ad oggetto attività discrezionali. Per un commento all'ordinanza del GUP di Perugia, M.C. UBIALI, *Caso Palamara: l'ordinanza del G.u.p. di Perugia sui rapporti tra corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e corruzione propria (art. 319 c.p.) del componente del CSM e sui riflessi rispetto all'eccepita genericità e indeterminatezza del capo d'imputazione,* in *www.sistemapenale.it,* 27 aprile 2021.

[456] GUP Perugia, ord., cit., p. 8, su cui in senso condivisibilmente critico, ancora, R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, §4. Nella giurisprudenza della Cassazione, tale orientamento è confermato, dopo la citata sentenza *Mafia Capitale*, altresì in Cass., VI sez., 18 gennaio 2021, n. 1863.

[457] V. MANES, *ult. op. cit.,* pp. 1138-1139. Anche S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., p. 1237 ritiene che "il reato, integrato pure dalla semplice accettazione della promessa, cioè dall'accettazione della

In conclusione, tra le ipotesi disfunzionali può farsi un breve cenno al delitto di peculato. Esso intercetta spesso una casistica che non consente di distinguere l'appropriazione lecita da quella peculativa, con la conseguenza di confondere anche i piani dell'imputazione soggettiva. Rispetto a tali problematiche, un banco di prova è offerto dalle appropriazioni delle cd. spese di rappresentanza[458]: nella convinzione della riconducibilità di una spesa a quelle legate all'ufficio, il pubblico agente rischia di incorrere in ipotesi di responsabilità penale da violazione di regole cautelari generiche di prudenza e diligenza. In siffatti casi tipologici, l'assenza di una normativa extrapenale comporta l'impoverimento del tipo legale[459] che pone sullo stesso piano la coscienza dell'illiceità della spesa e situazioni di errore – siano esse scusabili o colpose – sino a profilare il pericolo di trasformare il tipo in una "incriminazione a sorpresa"[460], con immediata alterazione della colpevolezza per il fatto in mera 'colpa morale', se non addirittura 'colpa d'autore'[461].

Come osservato, gli esempi appena riportati prestano il fianco a ulteriori problematiche di carattere generale, consistenti cioè nel rischio di liquefazione dell'elemento soggettivo, che, peraltro, nei reati contro la p.a. presenta un connotato sempre "qualificato". In altre parole, le conseguenze di una 'banalizzazione' dei contrassegni di tassatività non coinvolgono solo il versante dell'offesa, ma finiscono inevitabilmente per travolgere anche il requisito di colpevolezza, inteso nella sua accezione normativa di rimproverabilità[462], in quanto a venire meno sarebbe la stessa riconoscibilità del precetto[463]. Com'è stato autorevolmente sottolineato, il risultato di questo modo di argomentare consisterebbe in "ricostruzioni intuizionistiche sia sul fronte del fatto che – conseguentemente – sul fronte del dolo, posto

---

manifestazione di volontà dell'*extraneus* di corrispondere l'utilità, si riduce così allo schema più elemantare: accertata l'indebita accettazione di utilità, la configurabilità dell'illecito è esclusa solo dalla dimostrazione di una causale alternativa (amicizia, affetto ecc.), ferma restando la non punibilità dei cd. donativi d'uso; ovviamente, questa facilità applicativa può condurre a repressioni «eccessive» in relazione soprattutto a dazioni nei confronti degli incaricati di un pubblico servizio, ogni volta che l'utilità corrisposta, sebbene modesta, non possa farsi rientrare in un ambito consuetudinario". Nello stesso senso, R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, §5; F. PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme contro la corruzione*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 19.

[458] In argomento, sia consentito il rinvio a N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa,* cit., pp. 2755 ss.

[459] Ampiamente sul tema, V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale,* Reggio Calabria, 2008.

[460] V. MANES, *La cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale,* in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale,* Roma, 2017, p. 393.

[461] Su queste letture eticizzanti della colpevolezza in sede processuale, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1585-1586.

[462] A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 6. Sul punto, tra i tanti, altresì, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 57 ss..

[463] M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., p. 11.

che senza un *Tatbestand* non vi può essere neppure uno *Schuldtatbestand*"[464]. Il rimprovero penale, in siffatte ipotesi, si ridurrebbe "nelle migliori delle ipotesi, ad un generico e non meglio specificato «ammonimento» per la «disfunzione» creata, nel sistema complessivo, mediante l'inosservanza"[465]. In questa sequenza, però, il principio di colpevolezza non riuscirebbe ad essere garantito nelle sue funzioni minime di garanzia, quale libertà di scelta dell'individuo e neutralizzerebbe altresì le connesse funzioni relative della pena[466].
La tipicità, formale e sostanziale, languida di alcune fattispecie, aggravata dall'assenza di una disciplina amministrativa di fondo, porta alla costruzione di tipi 'a geometria variabile', quando non dalla "tipicità postuma"[467], e, dunque, di un "diritto penale incerto"[468] che sanziona condotte colpose e "amministrativamente improprie" [469].

2. *L'attività amministrativa discrezionale come limite all'intervento penale. Il modello dell'amministrazione informale*

Le disfunzioni del 'sistema' penale della pubblica amministrazione – sebbene esse si concentrino soprattutto nel novero dei reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. – dovute a ragioni di carattere normativo e interpretativo-applicativo, rappresentano un *flashback* di un modello di tutela della p.a. che riflette una sua immagine di entità "intangibile" e "intoccabile", e promuovono un utilizzo del diritto penale in chiave eticizzante.
Questi risultati, peraltro, si pongono in evidente contraddizione con l'attuale connotazione dell'amministrazione che ha assunto vesti "informali". Pur rappresentando ancora una "*terra incognita*"[470], "l'amministrazione informale" è oggetto di studio da parte di certa, e autorevole, dottrina pubblicistica, che mira a far emergere l'attitudine della 'nuova amministrazione' a porsi in costante dialogo con i privati, con i quali "intercorrono

[464] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., p. 1146. Su questi aspetti, *fundite*, M. DONINI, *La personalità della responsabilità*, cit., pp. 1577 ss.
[465] A. VALLINI, *op. ult. cit.*, p. 7.
[466] Per tutti, la già citata C. Cost. 364/1988 e, in dottrina, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., pp. 25 ss. Offre una approfondita ricostruzione dei principi costituzionali relativi alla struttura e i requisiti di imputazione dell'illecito penale, al fine di poter individuare in maniera più chiara le condotte meritevoli di sanzione penale, G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1996, pp. 21 ss.
[467] F. SGUBBI, *Il diritto penale totale,* cit., p. 45.
[468] F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2001, pp. 1193 ss.
[469] M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., p. 10 illustra le implicazioni negative, valutabili in termini di violazioni, di questa ricostruzione rispetto all'art. 7 CEDU.
[470] M. PROTTO, *L'amministrazione informale,* in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II, Napoli, 2012, p. 841, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca che ha approfondito maggiormente il tema.

frequentemente relazioni informali che hanno ad oggetto lo scambio di informazioni, suggerimenti, proposte, richieste preventive di chiarimenti, anticipazioni di valutazioni e interpretazioni, sollecitazioni a tenere determinati comportamenti"[471]. Un siffatto mutamento dell'amministrazione sembra essere una conseguenza naturale dell'emersione di sempre maggiori interessi che richiedono valutazioni discrezionali e bilanciamenti difficili[472], al fine di governarli e di rendere "prevedibile, visibile e controllabile il rapporto di integrazione tra economia o tecnica e discrezionalità politico-amministrativa"[473]. In questa direzione di agevolazione del confronto e delle pratiche 'negoziali', dotate per natura di caratteri informali, sembra muoversi la previsione del già citato art. 11 l. 241/1990, che "individua un modello consensuale grazie al quale possono uscire allo scoperto negoziazioni ed intese non ufficiali"[474].

Già ad una prima e sommaria descrizione del 'nuovo' modello viene in rilievo una evidente incompatibilità tra l'esercizio della funzione amministrativa nelle sue fasi preliminari di 'concepimento' e 'gestazione' delle scelte discrezionali, "tutte astrattamente possibili e legittime"[475], all'esito delle quali verrà accordata preferenza per il soddisfacimento di un determinato bene rispetto ad altri[476], e l'assenza di una normativa amministrativa che faccia da sfondo e, conseguentemente, segni il perimetro negativo delle fattispecie penali, soprattutto in materie che, per ragioni di complessità, richiedono un costante contatto con operatori privati, espressione del settore nel quale si intende intervenire[477]. In queste ipotesi – risulta chiaro – non si potrà ritenere che la situazione di incertezza, peraltro determinata dalla "tipicità umbratile" di talune fattispecie che intersecano l'area del libero svolgimento

---

[471] M. PROTTO, *op. cit.,* p. 841. A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle Autorità amministrative indipendenti,* in C. Acocella (a cura di), Napoli, 2022, p. 116 segnala che le Autorità amministrative indipendenti "trovano la loro legittimazione proprio nella partecipazione dal basso degli operatori economici e nella trasparenza delle operazioni condotte".

[472] D'altronde non è peregrino osservare che fossero proprio questi gli interessi "secondari" cui Giannini faceva riferimento per completare gli interessi primari, quelli che rappresentano il fine dell'agire istituzionale, assegnato "alla cura funzionale dell'autorità". Questi interessi secondari erano presi in considerazione dalla singola autorità, senza che fossero tutelati dall'ordinamento, ma che in concreto integravano gli interessi primari, così M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 77-79.

[473] M. PROTTO, *op. cit.,* p. 842. In senso analogo, A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata*, cit., p. 116, che collega l'agire informale dell'amministrazione anche all'emersione di numerose discipline tecniche.

[474] A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, cit., p. 282.

[475] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale,* cit., p. 52.

[476] Per questa concezione della discrezionalità, già cfr. *supra* cap. II par. I nt. 402, e anche F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit., p. 1048.

[477] Sembra essere sensibile a questa problematica, G. PÜTTNER, *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1992, p. 33 che, riprendendo le argomentazioni degli oppositori dell'agire informale, i quali sostenevano che attraverso questo modello "lo Stato di diritto venga danneggiato", sottolinea come "vocaboli contraddistinti negativamente come «venire a patti con lo Stato», «corruttibilità» nell'esercizio di atti d'ufficio, «mercanteggiamento», «lobbyismo» (a Bruxelles) ecc. predominano nelle discussioni". Pone in termini di "necessità" il rapporto tra Amministrazione e privato, A. CONTIERI, *op. cit.,* p. 283.

di funzioni amministrative – e dunque da una 'patologia' dell'ordinamento penale – possa legittimare l'estensione del diritto penale, inteso – nell'edificio del diritto penale liberale – come "scienza dei limiti"[478]. Ne deriverebbe un ingiustificato sacrificio di tutti i principali corollari del "volto costituzionale" del diritto penale, su tutti dei principi di frammentarietà, di prevedibilità dei reati e, dunque, delle conseguenze penali delle proprie azioni, oltre che delle decisioni giudiziarie, di colpevolezza e, come inevitabile conclusione, della finalità rieducativa della pena, avvertita inevitabilmente come ingiusta.

Sul piano meramente esemplificativo, i caratteri incerti del *legal reasoning* della giurisprudenza sull'elemento della "utilità patrimoniale" nei delitti contro la p.a. – per non dire le interpretazioni che hanno svuotato del tutto tale elemento del relativo disvalore[479] – in combinato con la vaghezza letterale delle fattispecie di turbative d'asta, potrebbero portare all'apertura di un procedimento all'esito di consultazioni informali tra amministrazione, magari nella figura del RUP, ed operatori economici finalizzate ad una corretta individuazione dell'oggetto del contratto nella fase della sua formazione[480], pur sempre "nel

---

[478] V. MANES, *Il costo delle garanzie*, cit., p. 55.

[479] Di recente, sebbene nell'ambito della sola vicenda cautelare, non essendosi ancora concluso il giudizio di merito, il gip presso il Tribunale di Napoli ha avallato la tesi dell'accusa che individuava l'utilità conseguita da un pubblico amministratore, come controprestazione di un presunto accordo corruttivo, nei rapporti sessuali che questi avrebbe avuto con un'imprenditrice nel quadro di una relazione sentimentale stabile che questi intrattenevano.

Un ulteriore esempio può essere offerto da un'inchiesta avviata dalla procura della Repubblica di Roma volta ad accertare, nell'ambito di un contesto di presunta diffusa corruttela di un ufficio giudiziario, vari episodi di corruzione in atti giudiziari tra il presidente della sezione fallimentare del Tribunale di Napoli Nord ed alcuni professionisti, avvocati e dottori commercialisti, ai quali venivano conferiti incarichi di curatori fallimentari e commissari liquidatori, sebbene ciò avvenisse rispettando il principio di rotazione e i relativi criteri di assegnazione degli incarichi, oltre ad avere come presupposto di legittimazione la piena discrezionalità del Tribunale nella scelta dei professionisti. Secondo la tesi accusatoria, avallata dal Tribunale del riesame di Roma, che ha confermato la misura cautelare disposta, uno di questi accordi corruttivi individuava la controprestazione del privato, che svolgeva anche le funzioni di professore di ruolo presso un ateneo napoletano, nella semplice attività di assistenza tesi nei confronti del figlio del magistrato, prossimo alla laurea. Questo modo di argomentare, oltre a disinteressarsi del tutto del valore economico-patrimoniale dell'utilità conseguita grazie alla controprestazione, e dunque oltre a forzare il dato letterale della fattispecie e il relativo contenuto offensivo, omette di valorizzare la pregressa conoscenza tra il magistrato e il professionista, che prima che spia di un rapporto di corruzione, dovrebbe essere un elemento di valutazione del fisiologico modo di svilupparsi e di intendere i rapporti sociali, per lo più tra soggetti coetanei, provenienti dal medesimo contesto professionale e sociale.

D'altronde anche F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione*, cit., p. 3391 che riconosce che "all'economia della mazzetta, quale corrispettivo funzionale favorevole, si è sostituita, o si è aggiunta, l'economia dei favori e delle influenze. E questi ultimi non sono qualcosa di immediatamente tangibile e univocamente riconducibile al patto corruttivo, ma sono spesso inafferrabili perché si materializzeranno a distanza di tempo e senza la possibilità di riconnetterli direttamente ad un esercizio funzionale abusivo", al punto da riconoscere che "il vantaggio che ritorna al corrotto può seguire strade estremamente tortuose che oggettivamente niente hanno a che fare con l'originario esercizio funzionale". Una evidente polverizzazione dell'elemento dell'utilità patrimoniale si verifica anche nella storia applicativa dell'abuso d'ufficio, come ricordato da C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 288.

[480] Si pensi, ad esempio, alla fase della formazione del contratto per affidamento diretto ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 50/2016, soprattutto dopo che il d.l. 76/2020, cd. "Semplificazioni" ha elevato le relative soglie, consentendo al RUP di rinunciare all'attività di selezione consistente nella consultazione di più operatori e

rispetto dei principi generali di parità di trattamento, trasparenza e concorrenza", che nel caso di specie 'colorerebbero' di significato i beni giuridici di buon andamento e imparzialità[481].

Analogamente, simili problematiche emergerebbero, come diffusamente sottolineato nel paragrafo precedente, rispetto allo svolgimento dell'attività di *lobbying,* in considerazione del suo poco limpido rapporto (*recte,* della sua sovrapposizione rispetto a determinate sottofattispecie) con la figura del traffico di influenze illecite. Ed è proprio nell'ambito dell'esercizio del *lobbying* che, peraltro, si è avvertito il bisogno di assegnare un carattere "giuridico" ai rapporti informali che l'amministrazione intratteneva con i privati, attraverso il recupero della teoria del "rapporto amministrativo", ossia quel sistema di relazioni che valorizzano il contributo dei privati nell'esercizio della funzione amministrativa, sempre in ottica di realizzazione dei diritti fondamentali[482].

L'agire informale dell'amministrazione, dunque, rappresenta un ulteriore forma di manifestazione della 'buona amministrazione'[483], che guarda al 'risultato' come fine[484], da raggiungere passando attraverso l'esercizio della discrezionalità che conosce momenti di 'rottura' degli schemi del procedimento formalizzato[485], in quanto "nessuna delle attività formalmente intese si regge esclusivamente sulle relazioni tra organi formali: si scopre sempre al di sotto una sostanza nascosta, cioè uno spessore di informalità"[486]. Per quanto, tuttavia, questo modello di amministrazione operi al di fuori di uno specifico riconoscimento

---

rendendo, dunque, più "incerta" la procedura; così come alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando *ex* art. 63 d.lgs. 50/2016, esperibile solo per determinati settori indicati all'art. 36 del medesimo Codice e per affidamenti diretti 'sotto-soglia'.

[481] M. PROTTO, *op. cit.,* p. 844. Anche G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/1992, p. 6 subordina la legittimità di questo modello al rispetto dei principi costituzionali, così che "la forma non sia altro che la veste di una razionalità acquisita attraverso l'azione e il confronto reale degli interessi".

[482] M. PROTTO, *op. cit.,* pp. 855-56. Questi specifica che "in ragione della sua immediata aderenza alla relazione tra amministrazione e privato, intesa come dato dell'esperienza concreta, il rapporto amministrativo, concorrendo a completare lo statuto dell'attività amministrativa, si presta quindi a rappresentare in modo soddisfacente il carattere relazionale dell'amministrazione informale e, al contempo, di attribuire al fenomeno rilevanza giuridica".

[483] A. DI MARTINO, *ult. op. cit.,* p. 116. D'altronde, G. BERTI, *Stato di diritto informale*, cit., p. 3 osservava che "una quota di informalità e comunque di operazioni di fatto e informali sia implicita in tutto ciò che appare o si qualifica come formale, e cioè che l'informale conviva con il rispetto delle forme o addirittura con una loro esaltazione o esasperazione". In senso analogo, G. PÜTTNER, *Lo Stato di diritto informale*, cit., pp. 31 ss.

[484] A. CONTIERI, *op. cit.,* p. 283 osserva che il rapporto tra Amministrazione e privato è il mezzo attraverso cui la prima riesce a individuare e soddisfare gli interessi del secondo, consentendole di raggiungere gli obiettivi che si è prefissata.

[485] Sembra opportuno richiamare l'esempio presente in G. PÜTTNER, *op. cit.,* p. 39 del bibliotecario che trasgredisce la regolare procedura di acquisto per ottenere tramite il canale informale di un venditore amico un libro antico e molto raro, ad un prezzo d'occasione. In questa ipotesi, pur contravvenendo alla normativa di settore che regola gli acquisti da parte di un ente pubblico, il bibliotecario ha raggiunto un 'risultato' valutabile in termini culturali e sociali, in considerazione degli scopi istituzionali cui quella amministrazione è preposta, operando una scelta di carattere discrezionale.

[486] G. BERTI, *ult. op. cit.,* p. 15.

normativo nell'ambito della legge generale sul procedimento (l. 241/1990), a differenza del sistema tedesco, ove, invece, l'informalità dell'agire amministrativo è la regola[487], introducendo una valvola respiratoria per l'amministrazione sulla realtà che muta, esso integra il modo attuale di governare procedimenti complessi relativi ad interessi diffusi, implementati dalla modernità e dal frequente ricorso alla 'tecnica'[488].

Su queste basi epistemologiche, un diritto penale che estende sempre più i suoi tentacoli punitivi fino a raggiungere tutti gli spazi riservati all'amministrazione (cd. *ermessenspielraum*), si fonda su premesse che non può garantire e, anzi, finisce per porsi in contraddizione con lo svolgimento fisiologico di una funzione costituzionale concepita per garantire beni della vita e, quindi, per dare concretezza a diritti fondamentali[489]. Le conseguenze, di segno negativo per l'ordinamento, risiedono nella paralisi degli operatori amministrativi, i quali si priveranno di quella componente di discrezionalità, alla quale sovente fa da presupposto l'agire in via informale e che è pur sempre "fondamentalmente libera"[490], sebbene all'interno di limiti imposti al potere amministrativo[491], consustanziale alla funzione che svolgono.

2.1. *L'adozione di un approccio sostanzialistico nella verifica della legittimità dell'atto da parte della giurisprudenza amministrativa. Un ulteriore argomento di legame tra amministrazione di risultato e discrezionalità e i risvolti sul versante interpretativo delle fattispecie criminose*

Il discorso sembra richiedere, a questo punto, un confronto con un dato della prassi in grado di convalidare la fiducia e le attenzioni riposte finora sul risultato e sulla 'sostanza' dell'agire amministrativo. Appare utile, a tal fine, accendere i riflettori su quella giurisprudenza amministrativa che, con l'avallo di autorevole dottrina, assegna al raggiungimento dello scopo un'efficacia sanante di vizi di irregolarità, inteso come

---

[487] Sottolinea G. PÜTTNER, *op. cit.*, p. 32 che "il fenomeno dell'informale non riguarda dunque aspetti specifici all'interno di determinati settori giuridici, bensì una figura generale nell'ambito statale".
[488] *Ibidem*.
[489] P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali,* in *Dir. pubbl.,* 1/1999, pp. 31 ss., spec. 34 ss., che riconosce come "l'estendersi dell'agire amministrativo informale" abbia fatto emergere "una prospettiva nuova in ordine all'aspetto della garanzia e della protezione dei diritti fondamentali". È una prospettiva che sembra condivisa da G. PÜTTNER, *op. cit.*, p. 32.
[490] F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit., p. 1046, ove si sottolinea tuttavia come "fondamentalmente libera" corrisponde a "non disciplinata da leggi" ma che "resta comunque fondamentalmente un'attuazione di legge".
[491] G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 242.

corollario del principio di ragionevolezza[492] e di legittimità dell'azione amministrativa[493], cogliendo appieno il senso dell'integrazione dell'agire legale con i parametri di risultato[494]. La forza motivante del 'risultato', non rappresenta solo un criterio integrativo accanto a quello della legittimità dell'attività amministrativa[495], ma si estende fino a rappresentare "il criterio differenziale tra irregolarità ed invalidità dell'atto"[496], nel senso che non sono rilevanti ai fini delle censure di illegittimità dell'atto da parte della giurisprudenza amministrativa quei vizi, cd. di irregolarità minimale e di irregolarità estesa, di natura formale o anche sostanziale, attinenti a momenti procedimentali, comportamenti dell'amministrazione o altri aspetti strumentali dell'agire amministrativo, che non precludono la possibilità di realizzare il risultato. Anche perché, in un mutato quadro generale delle "aspettative sociali nei confronti dell'amministrazione, proprio perché su quest'ultima si appuntano adesso attese «di risultato»", emerge una certa "inadeguatezza di una disciplina dell'invalidità calibrata sulla pura illegalità del provvedimento"[497].

Questa centralità attribuita al risultato in sede giurisdizionale, peraltro, risulta essere anche il naturale *pendant* dell'utilizzo importante che si è fatto del risultato stesso nelle riforme sul pubblico impiego e sulla dirigenza[498] e, in termini più generali, della positivizzazione del principio di *efficienza* dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 l. 241/1990[499]. In questo senso, la clausola del raggiungimento dello scopo valorizza il principio di ragionevolezza in quanto – finanche in ambito amministrativo – reputa un eccessivo sacrificio, in un'ottica sostanzialistica di realizzazione dei beni della vita, invalidare un atto per il riscontro di carenze ininfluenti ai fini "della formazione e della determinazione delle volontà o del giudizio dell'organo amministrativo (…) perché la decisione non poteva che essere quella"[500]. E questo metro di valutazione opera sia rispetto all'attività vincolata, sia rispetto a quella discrezionale[501]. Il controllo del giudice, secondo

---

[492] G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario dell'associazione*, cit., p. 83, che parla altresì di "ragionevolezza della non invalidità". Si rinvia al citato lavoro anche per le citazioni giurisprudenziali.
[493] V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo,* in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), cit., p. 81; S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), cit., p. 412.
[494] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula*, cit., p. 822; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., p. 122.
[495] C. MODICA, *L'«amministrazione per risultati» nella giurisprudenza amministrativa*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), cit., p. 402.
[496] G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, cit., p. 83.
[497] A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi,* in *Annuario dell'associazione,* cit., p. 103.
[498] C. MODICA, *op. cit.,* p. 403 e, altresì, cfr. *supra* cap. I par. 2.1 nt. 121. In senso contrario rispetto alla presenza di questi criteri, S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 409.
[499] S. RAIMONDI, *op. cit.,* p. 410.
[500] G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, cit., pp. 88-89.
[501] G. MORBIDELLI, *ult. op. cit.*, p. 92.

questo schema di sindacato, rimarrà ai confini del merito amministrativo, relativo alla idoneità delle scelte amministrative per conseguire gli scopi fissati dalla legge, potendo spingersi, invece, fino al controllo di legittimità sulla corrispondenza tra finalità dell'amministrazione e quelle della legge.

La giurisprudenza amministrativistica si è, invero, dimostrata sensibile a concezioni della legittimità dell'atto amministrativo che davano rilevanza alla *sostanza* e alla finalità dell'atto stesso non solo in tempi recenti, dal momento che "oggi appare più marcata la tendenza a diminuire il rigore delle forme tipiche (…) purchè sia garantita la conformità sostanziale degli atti sia ai fini voluti, sia al rispetto delle libertà e dei diritti altrui"[502]. Tale tendenza, infatti, affiora già nella giurisprudenza riportata ne *Il potere discrezionale* di Giannini, anteriore addirittura agli anni '40, e si preoccupa di garantire un'amministrazione "giusta", nel senso che realizzi risultati compatibili con gli interessi pubblici[503]. Il collegamento indissolubile tra discrezionalità e risultato iniziava a manifestarsi anche tramite questa giurisprudenza, che progressivamente ha preso piede[504].

Si può dire, dunque, che il paradigma dell'amministrazione di risultato, costituzionalmente conforme, si sia infiltrato anche nelle decisioni giurisprudenziali, che hanno dato sempre maggiore rilievo proprio al "risultato", per verificarne la compatibilità con le finalità indicate dalla legge (art. 1 l. 241/1990) e con gli obiettivi propri della funzione di indirizzo (art. 4 d.lgs. 165/2001)[505]. La giurisprudenza amministrativa così diventa il vero "protagonista della secolare opera di giuridicizzazione dell'amministrazione in chiave di più completa garanzia dei cittadini"[506].

Si tratta di valutazioni dal forte impatto anche sul versante penalistico della tutela dei beni di pertinenza della pubblica amministrazione, idonee ad incidere sui metodi interpretativi esperibili in questo comparto di parte speciale. In altre parole, nel settore di reati che ci occupa, non sembra affatto peregrino orientare l'ermeneutica verso nuove frontiere dell'interpretazione conforme a Costituzione, in un'ottica che valorizza gli aspetti funzionali dell'attività amministrativa oggetto di tutela, alla luce dell'art. 97, secondo comma, Cost., in

---

[502] G. BERTI, *Lo Stato di diritto informale*, cit., p. 4.

[503] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità,* cit., p. 440. L'Autore riporta una serie di pronunce del Consiglio di Stato che censurano atti, ancorchè formalmente legittimi, come quello di trasferimento presso un Ministero di due soggetti in possesso della qualifica in quanto il risultato raggiunto era contrario all'interesse pubblico in quanto "far conseguire, mediante l'esercizio di due facoltà, certo isolatamente legittime, il risultato, non consentito dalla legge, della nomina (…) di un estraneo all'Amministrazione dello Stato e della promozione a direttore di un segretario capo" andava contro la legge.

[504] L. IANNOTTA, *op. ult. cit.*, p. 447.

[505] *Ibidem*.

[506] M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 22.

combinato con gli articoli 2, 3 e 27, terzo comma, Cost. Ne deriva un nuovo principio interpretativo 'dinamico', sussumibile nel più ampio *genus* dell'interpretazione tipizzante, che annovera il 'risultato' perseguito, ed eventualmente raggiunto, da quella amministrazione, purché lecito, legittimo, possibile e prevedibile in virtù delle finalità di quell'ufficio, tra i filtri selettivi della rilevanza penale. Questo criterio interpretativo – a tutti gli effetti interdisciplinare[507] – potrebbe rivelarsi essenziale per ridurre il divario tra 'legalità offerta' e 'legalità raggiunta', in una materia in cui "l'invadenza attribuita alle iniziative giudiziarie finisce col trovar causa proprio nella confusione e nell'aleatorietà degli strumenti normativi «retrostanti»"[508]. D'altro canto, come tentato di approfondire nel primo capitolo, i principi di buon andamento e imparzialità si adeguano e mutano in base al concreto manifestarsi dell'attività amministrativa calata nei singoli contesti storici[509].
Si prenda in considerazione l'ipotesi di una violazione di un comportamento vincolato per il pubblico agente, come quelli imposti agli artt. 7 e 8 della legge sul procedimento amministrativo, in materia di partecipazione al procedimento e di relativa comunicazione, dalla quale derivi un pregiudizio ad un soggetto interessato che non ha potuto partecipare alla fase preliminare alla decisione. Secondo l'attuale disciplina dell'abuso d'ufficio, laddove tali obblighi venissero violati, nell'ambito di un procedimento che raggiunge ugualmente lo scopo cui tendeva, e dunque senza arrecare alcun pregiudizio agli interessi sostanziali dell'amministrazione in gioco, si potrà configurare il reato *ex* art. 323 c.p.

2.2. *L'incompatibilità di una tutela penale ad ampia latitudine con un'amministrazione discrezionale. L'*hard case *della corruzione avente ad oggetto un atto discrezionale*

Il tema della discrezionalità amministrativa incrocia sovente quello della rilevanza penale, rappresentando un aspetto problematico della tutela penale della pubblica amministrazione e, in particolare, nell'ambito della repressione di fenomeni distorsivi dell'agire pubblico. Su di esso si è concentrata una attenta riflessione che da tempo cerca di

[507] Sul concetto di interdisciplinarità delle diverse branche del diritto, cfr. il ricco saggio di F. VELLA, *Il pericolo di un'unica storia: il diritto (commerciale) e le nuove frontiere dell'interdisciplinarità,* in *Orizzonti dir. comm.,* 2/2021, pp. 723 ss.
[508] T. PADOVANI, *L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. it.,* 10/2021, p. 2216.
[509] In questa prospettiva "non c'è dubbio che la considerazione del risultato dell'azione amministrativa in termini di cura concreta degli interessi della collettività rivesta un ruolo centrale, anzi il più rilevante nella valutazione complessiva dell'amministrazione in un determinato contesto storico-sociale", così V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo,* cit., p. 79.

fare luce sui limiti dell'intervento penale nella peculiare materia del merito amministrativo[510], dal momento che esso si atteggia secondo declinazioni differenti in base al *tipo* di attività discrezionale cui si fa riferimento[511].

Il tema, dunque, ha investito soprattutto le fattispecie di corruzione – che si affronteranno in prima battuta – e in particolare la ripartizione interna tra corruzione *ex* artt. 318 e 319 c.p., già nel loro assetto codicistico originario, ove le due ipotesi corruttive si distinguevano in virtù del criterio, di natura alternativa, della natura dell'atto oggetto del *pactum sceleris*, cioè a seconda che esso fosse o meno conforme ai doveri d'ufficio.

Rispetto ai rischi di intreccio tra discrezionalità amministrativa e patti corruttivi, la materia è stata di recente al centro di scossoni interpretativi, finalizzati a comprendere, sulla scorta di differenti criteri valutativi, talvolta di natura etico-psicologici, talaltra di natura oggettivo-funzionalistici, dove collocare l'attività amministrativa discrezionale.

In questo contesto si è diffuso un orientamento della Cassazione di preferenza di istanze politico-criminali, giustificato dietro argomenti di ragionevolezza-offensività nei rapporti tra 318 e 319 di marca repressiva[512], ma in realtà orientato a impoverire i contrassegni di tipicità delle fattispecie, in una prospettiva di deciso ribaltamento dei limiti imposti ai propri ruoli

---

[510] Tra tutti, sebbene con diversità di accenti, F. BARLETTA-A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 18 giugno 2021; G. FIDELBO, *La corruzione funzionale e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in *Giustizia Insieme*, 14 maggio 2020, pp. 19 ss.; M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, pp. 89 ss.; ID., Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio,* in *Sist. Pen.,* 7/2020, pp. 133 ss.; A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, in *Ind. pen.,* 3/2020, pp. 501 ss.; R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012, pp. 78 ss. e 85 ss.; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforme dei delitti di corruzione pubblica,* Milano, 2003, pp. 286 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione,* cit., pp. 2389 ss.

[511] Ad esempio, vengono svolte considerazioni differenti a seconda che si tratti di discrezionalità amministrativa o della sua sottocategoria della discrezionalità politica, individuando in quest'ultima un'area di 'immunità' dalle maglie dell'intervento penale in virtù della natura dell'attività parlamentare, immediatamente connessa all'esercizio della sovranità popolare, cfr. i recenti lavori di M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione*, cit., *passim*; ID., *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale*, cit., pp. 673 ss. In argomento, altresì V. SCALIA, *La corruzione*, cit., pp. 508 ss.; D. FALCINELLI, *Nel castello di carte dell'attività politica impropriamente corrotta. Considerazioni sul rapporto tra i delitti* ex *artt. 318 e 319 c.p.*, in *Arch. Pen. web,* 1/2019; F. CINGARI, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 1/2017, pp. 176B ss.; F. TAGLIARINI, *Il concetto di Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 192, anche per una ricostruzione storica della disciplina. In giurisprudenza, valorizza questi argomenti, di recente, Cass., sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40347

[512] V. MANES, *L'atto d'ufficio*, cit., p. 924, che segnala come "la situazione emergenziale che ha attribuito alle fattispecie di corruzione la centralità attualmente rivestita nella tutela penale della pubblica amministrazione si è spesso accompagnata ad una deformazione della fisionomia delle stesse, modellata, il più delle volte, sulla matrice delle diverse esigenze repressive".

costituzionali nella *dinamica* penale e, segnatamente, dell'equilibrio dei rapporti tra democrazia, libertà ed uguaglianza.

Il presupposto logico-argomentativo su cui poggiava siffatto orientamento verteva sulla innata e consustanziale valutazione di contrarietà ai doveri d'ufficio di comportamenti dei p.u., anche nei casi in cui questi non si sostanziavano in un atto ma in una generica "messa a disposizione" del pubblico agente[513], a seguito di un accordo corruttivo, "per il solo fatto di avere accettato una retribuzione (…) non orientando le proprie scelte verso l'interesse pubblico"[514]. Ad avviso di questa giurisprudenza, avversata dalla dottrina più attenta alle ragioni di stretta legalità e di tutti i relativi corollari (riserva di legge, tassatività, prevedibilità, divieto di analogia)[515], erano contrari ai doveri d'ufficio gli atti anche formalmente regolari espressione di esercizio di potere discrezionale che, tuttavia, operando in un regime di 'inquinamento di base', si ponevano *ipso iure* contro i doveri istituzionali e in violazione dell'imparzialità[516]. L'orientamento in esame, pertanto, utilizzava un criterio di natura "etico-psicologica" per concludere che anche atti non contrari ai doveri d'ufficio, o addirittura accordi non aventi ad oggetto atti d'ufficio, potevano integrare il delitto di corruzione *propria* poiché frutto della logica di interessi del privato-corruttore, alla quale le componenti volitive del pubblico agente erano asservite. Il risultato era quello di una sostanziale abrogazione della corruzione nella sua forma *impropria*, o, quantomeno, quello di una drastica riduzione del suo spazio operativo ai soli accordi aventi ad oggetto atti vincolati.

---

[513] V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 926 mette in luce come la giurisprudenza fosse abbastanza ondivaga rispetto all'atto d'ufficio, talvolta richiedendo che oggetto dell'accordo fosse un atto, anche estraneo alla competenza funzionale del pubblico agente, talaltra, vanificando del tutto l'elemento dell'atto. Di recente, su tale orientamento, F. CINGARI, *Il tipo criminoso dei delitti di corruzione: tra teoria del duplice schema di consumazione e corruzione per "asservimento" della funzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2022, p. 85, il quale specifica che "una volta spostato il baricentro della corruzione dall'atto d'ufficio determinato o determinabile alla generica funzione svolta dal pubblico agente, la valutazione della conformità o contrarietà ai doveri d'ufficio finì per essere ancorata non già ai doveri inerenti alla specifica attività svolta dal pubblico agente, ma a quelli generici di comportamento che disciplinano l'esercizio delle funzioni dei pubblici agenti". Sul processo di 'volatilizzazione' dell'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione, cfr. altresì F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in G.A. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), Torino, 2016, pp. 52-53, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

[514] Cfr. Cass., sez. VI, 19 aprile 2018, n. 51946; Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267; Cass., sez. VI, 15 settembre 2017, n. 46492; Cass., sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 3606; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2016, n. 6677.

[515] Per tutti, rispetto all'assetto normativo post riforma del 2012, cfr. A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.,* 9/2014, pp. 1029 ss.; osservazioni critiche nei confronti della giurisprudenza consolidatasi ancor prima della riforma con riguardo ai rapporti tra corruzione propria e impropria, cfr. R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 298 ss. Sul punto, vd. anche le critiche di V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite*, cit., p. 297.

[516] Di recente, ripercorrono quest'orientamento, G. FIDELBO, *La corruzione funzionale*, cit., p. 7 ss.; M.C. UBIALI, *Sul confine*, cit., pp. 669 ss.

Questo strappo tra 'legalità offerta' e 'legalità raggiunta' è stato apparentemente ricomposto dalla riforma 'anticorruzione' del 2012[517], che ha introdotto la figura della corruzione *funzionale* proprio al fine di "ratificare" gli indirizzi giurisprudenziali sorti nella vigenza del precedente assetto normativo[518], facendo così venire meno il rapporto di alterità tra corruzione propria e impropria e imponendone uno di "progressione criminosa" attraverso la sostituzione del previgente art. 318 c.p. con una fattispecie che sanziona l'accordo avente ad oggetto l'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente.

L'intervento novellistico, tuttavia, non ha da subito prodotto gli effetti sperati in termini di riordino dei rapporti tra queste norme incriminatrici, in quanto gli spazi applicativi della nuova fattispecie sono stati resi residuali, se non del tutto neutralizzati, a vantaggio di una significativa espansione dello spettro applicativo del tipo criminoso *proprio*.

In breve, l'aspetto più vituperato e sofferto del rapporto tra attività discrezionale e patti corruttivi era inferenzialmente connesso alla capacità della corruzione *propria* di estendere il proprio alveo di tutela. Ed eventualmente occorreva definirne il modo.

Volendo indagare nel dettaglio gli schemi su cui si basava l'operazione ermeneutica condotta dalla giurisprudenza appena esaminata, a ben vedere, si può riconoscere la assoluta preferenza di ragioni che orientavano il perimetro della fattispecie non sulla cornice di tipicità definita dalla disposizione, espressione, com'è noto, di un disvalore sul quale si

---

[517] Senza volersi addentrare nel problematico tema dei rapporti tra diritto penale e processo penale, su cui si rinvia, per tutti, a S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, sia sufficiente qui riconoscere come spesso sia la stessa "influenza del processo penale" a incidere negativamente sulla formulazione delle fattispecie penali, in quanto "l'esigenza processuale di semplificazione probatoria può spingere a deformare la funzione di garanzia del «tipo criminoso» come avviene ad esempio quando, per esigenze di semplificazione probatoria, il legislatore anziché tipizzare elementi pregnanti dal punto di vista del disvalore ripiega su elementi che ne indiziano la presenza oppure elabora macrofattispecie incriminatrici all'interno delle quali sono presenti «tipi criminosi» diversi ed espressione di disvalori eterogenei che andrebbero sanzionati autonomamente", così F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, cit., p. 45, che poi ricorda come "i progetti e le leggi di riforma anticorruzione hanno proposto modelli di fattispecie incriminatrici dirette soprattutto a soddisfare esigenze probatorie" (p. 48).

[518] Parla di ruolo "ratificatore" del legislatore delle opzioni politico-criminali sorte in giurisprudenza rispetto alla figura della corruzione per l'esercizio della funzione G. AMARELLI, *"Limitatori della penalità": il caso del peculato dell'albergatore tra depenalizzazione legislativa e reviviscenza giurisprudenziale*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021, p. 3. Tale aspetto è rilevato già, tra i tanti, da S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., p. 1236 che spiega come la soluzione di introdurre la corruzione funzionale è stata la conseguenza di un "allineamento a un orientamento giurisprudenziale da tempo consolidatosi a dispetto del dettato normativo e della dominante dottrina, concernente la configurabilità del reato di corruzione indipendentemente dall'accertamento in concreto dell'atto di ufficio oggetto dell'illecito sinallagma, laddove sia comunque dimostrato che la dazione del denaro sia stata effettuata in ragione delle funzioni esercitate dall'intraneo e per compensarne i favori". L'autore aggiunge poi che "si potrebbe osservare che proprio l'esigenza di una modifica normativa dimostra come l'attuale interpretazione giurisprudenziale non sia conforme alla disciplina vigente". Sugli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla riforma del 2012 con riguardo ai rapporti tra corruzione propria e impropria, cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, II ed., 2020, pp. 471 ss., mentre su quelli successivi alla riforma del 2012, spec. 479 ss.

consolidano i giudizi di meritevolezza e bisogno di pena, ma su un *tipo criminoso* non legale, costruito su valutazioni politico-criminali operate dalla giurisprudenza[519]. La 'sostanza dell'incriminazione' della corruzione *propria*, cioè, non poteva non accogliere altresì le ipotesi, giudicate più gravi, di asservimento totale del pubblico agente 'messo a libro paga', anche in assenza di un atto contrario, in quanto ne sarebbe derivato altresì un'inversione del rapporto di ragionevolezza e proporzionalità sanzionatoria in chiave ermeneutica tra art. 318, punito fino all'entrata in vigore della legge cd. Spazzacorrotti in misura molto meno severa, e art. 319 c.p.[520].

Ragionamenti ispirati ad un maggiore rispetto della tipicità penale sono stati quelli impiegati dalla giurisprudenza più recente, che ha fatto proprio un metodo di valutazione "oggettivo-funzionalistico". Questo filone ha ristabilito autonomia tra le due fattispecie di corruzione, chiarendo che l'art. 319 c.p. è idoneo a ricomprendere nel proprio spettro di rilevanza solo gli accordi aventi ad oggetto un atto, determinato o determinabile, contrario ai doveri d'ufficio e, nella specifica materia dell'attività discrezionale, contrario alle regole di valutazione degli interessi in gioco[521]. A tal proposito, è stato osservato che "se l'essenza della discrezionalità amministrativa consiste nella comparazione dei vari interessi secondari per la realizzazione dell'interesse pubblico al fine di assumere la decisione concreta, l'accertamento diretto a conoscere se tale attività sia stata inquinata da una corruzione propria o impropria deve riferirsi a come l'intera funzione è stata esercitata"[522]. L'oggetto di approfondimento del giudice penale, pertanto, diventa il tipo di atto che deve rientrare nei

---

[519] Cfr. nt. 77-78 cap. I, sulle diverse concezioni di "tipo criminoso", maggiormente fedele al testo ed altre più aperte a criteri di valutazione assiologicamente orientati. Per quanto diverse, le posizioni sposate da chi è più legato ad una cultura votata alle ragioni di stretta legalità rispetto a coloro che risultano essere maggiormente sensibili a concezioni ermeneutiche della legalità penale, vi è da riconoscere che quand'anche al testo si volesse riconoscere una funzione meramente "descrittiva" e "a-tassatività", abbandonando il vincolo rigoroso della *littera legis* e ammettendo l'ingresso dell'analogia tra gli strumenti interpretativi a disposizione del giudice, il disvalore tutelato dalla fattispecie dovrebbe essere comunque individuato dall'organo al quale l'ordinamento assegna le funzioni di rappresentanza democratica. L'analogia, dunque, sarebbe comunque possibile solo nella fase interpretativa, solo una volta che si è ben definito il valore tutelato da quella "norma incriminatrice", pena l'impossibilità di garantire la prevedibilità del precetto penale.
Queste letture, peraltro, ad oggi risulterebbero al di fuori di un 'tempo' che sta tornando a mettere al centro della trama dei rapporti tra giudice e legge, la legge e la insuperabile capacità selettiva degli enunciati normativi, stabilendo un 'altolà' perentorio ad un tipo di creazionismo giudiziario "forte o critico-valutativo". Si è avuto modo di sottolineare a più riprese tale orientamento della Corte costituzionale, consolidatosi nelle sentenze 115/2018 e 98/2021. Sui diversi tipi di creazionismo, "debole o descrittivo-constativo" e "forte o critico-valutativo", cfr. F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., p. 77.
[520] F. CINGARI, *Il tipo criminoso dei delitti di corruzione*, cit., p. 85.
[521] Cass., sez. VI, 26 aprile 2019, n. 33838; Cass., sez. VI, 20 aprile 2019, n. 32401; Cass., sez. VI, 27 marzo 2019, n. 13406; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 4486; Cass., sez. VI, 26 novembre 2014, n. 49226.
[522] G. FIDELBO, *La corruzione funzionale,* cit., p. 19.

poteri funzionali del pubblico agente, ascrivendosi il reato in esame alla categoria dei reati propri funzionali[523].

Anche in questa occasione, dunque, compare l'elemento della *funzione*, quale requisito immanente del tipo.

Per quanto concerne, invece, l'argomento relativo alla scarsa ragionevolezza della dosimetria sanzionatoria, essa è giustificata sulla base della diversa natura dei due reati, avviando una trama giustificativa che verrà poi completata dalla sentenza che 'mette il sigillo' sui rapporti tra le fattispecie di corruzione e sui canoni ermeneutici che il giudice deve seguire, e cioè la sentenza *Mafia capitale*. Tale differente proiezione offensiva dei due reati di corruzione consisterebbe nella natura di reato di pericolo dell'art. 318 c.p. e di quella di reato di danno dell'art. 319 c.p., in quanto espressione di una "progressione criminosa" nell'interesse tutelato. Ebbene, seguendo questo condivisibile ragionamento, che mette ordine nei rapporti anche assiologici tra le due fattispecie[524], l'impostazione criminosa dell'art. 319, seppure riferita ad un solo atto, "è fondata sul danno in concreto arrecato", a differenza dell'art. 318 che, per quanto possa ricomprendere ipotesi di ben più ampio asservimento di un ufficio e svendita totale delle funzioni agli interessi del privato, "sembra rispondere alla logica della anticipazione della tutela del bene protetto dalla norma – e, in particolare, della imparzialità dell'agire amministrativo – secondo lo schema del reato di pericolo"[525].

Tali correnti interpretative, che da sempre sono affiorate nella giurisprudenza della sesta sezione della Corte di cassazione, sembrano, dunque, aver trovato un momento di ricomposizione nella citata sentenza *Mafia Capitale*.

---

[523] Questo è un principio ormai consolidato in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 17600; Cass., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 7731; Cass., sez. VI, 28 novembre 2014, n. 51688; Cass., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38762.

[524] Critica questa qualificazione F. CINGARI, *Il tipo criminoso dei delitti di corruzione*, cit., p. 87, secondo il quale sia la corruzione propria (antecedente) sia la corruzione per l'esercizio della funzione "descrivono una situazione di pericolo per il corretto ed imparziale funzionamento della pubblica amministrazione, visto che esse si perfezionano con la conclusione dell'accordo corruttivo e non con il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio oppure con l'effettivo esercizio delle funzioni oggetto del mercimonio".

[525] Cass., sez. VI, n. 18125/2020, cit., p. 126, §2.4. Oltre a tale argomento, poi, la sentenza aggiunge quello dell'utilizzo del principio di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica a seguito dell'innalzamento sanzionatorio dell'art. 318 c.p. ad opera della 'Spazzacorrotti' al punto da rendere quasi omogenea la relativa cornice edittale a quella dell'art. 319. Si è annullata, così, la validità dell'argomento contrario in virtù del quale era ammessa la sussunzione delle ipotesi di corruzione 'per asservimento' nell'area di rilevanza penale dell'art. 319 c.p. Sulla valorizzazione di questo canone ermeneutico da parte della Cassazione, cfr. *supra* cap. II par. 3 nt. 279. Su questo aspetto, in dottrina, già G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, Firenze, 2019, pp. 3 ss.

Quest'ultima offre una serie di elementi utili a supportare la necessaria valorizzazione dell'attività discrezionale nella propria, e innata, componente "amministrativistica" in senso proprio[526], e dei relativi *risultati*. Ed infatti, in adesione al secondo indirizzo ermeneutico rappresentato, essa lo correda di osservazioni ancor più pertinenti circa il tipo di valutazione giudiziale di certi fenomeni distorsivi dell'agire pubblico. Innanzitutto, viene specificato che oggetto dello scrutinio del giudice penale non debba essere la legittimità dell'atto, ma la condotta del pubblico agente e, in particolare come questi "si sia posto rispetto alla funzione pubblica di cui è titolare e cosa abbia fatto in concreto per giungere all'atto", al fine di stabilire "se sia stata o meno realizzata una condotta abusiva, arbitraria, contraria a ciò che i doveri dell'ufficio imponevano di fare"[527]. In tale prospettiva, la Cassazione chiarisce che "l'atto amministrativo non costituisce un presupposto del reato, ma è lo strumento di cui l'agente si serve per commettere il reato"[528].

In secondo luogo, oggetto dell'accertamento del giudice penale dovrà essere l'attività del pubblico agente, cioè la valutazione se questi abbia o meno rispettato le regole di esercizio della discrezionalità e dunque dei "doveri che attengono al modo, al contenuto, ai tempi degli atti da compiere e delle decisioni da adottare, alla violazione, cioè, della regola «giusta» nel concreto operare della discrezionalità amministrativa". Ai fini dell'inquadramento di un episodio corruttivo avente ad oggetto attività discrezionale all'interno di una delle due fattispecie di corruzione, cioè, "è necessario fare riferimento alle regole sottese all'esercizio dell'attività discrezionale e si tratta di verificare se l'interesse pubblico sia stato in concreto condizionato dalla «presa in carico» dell'interesse del privato corruttore; nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato condizionato, il fatto integrerà la fattispecie di cui all'art. 318 c.p." [529]. Tale indirizzo, confermato anche in una pronuncia ancor più fresca, richiede, pertanto, che il giudice verifichi nel caso concreto "la corrispondenza fra fatto storico e previsione normativa", in quanto "è possibile che l'atto discrezionale, nonostante l'accordo corruttivo, realizzi l'interesse pubblico e che il comportamento del pubblico ufficiale non abbia violato nessun dovere specifico"[530]. In questa materia, pertanto, l'intrusione della verifica del giudice penale nelle prerogative amministrative è legittima solo se successiva

[526] G. FIDELBO, *La corruzione funzionale*, cit., p. 19.
[527] Cass., sez. VI, n. 18125/2020, cit., pp. 130-131, §2.5.
[528] Ibidem.
[529] Ibidem. Nell'assetto normativo delle fattispecie corruttive *post* l. 190/2012, infatti, com'è stato giustamente rilevato, "la distanza tra corruzione propria e impropria tende a svanire rispetto agli atti discrezionali", S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., p. 1235.
[530] Cass., sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927.

all'accertamento di un accordo corruttivo, al fine di indagarne l'oggetto e, dunque, di consentirne una corretta qualificazione giuridico-penalistica.
Si tratta di una lettura del tutto consonante alla prospettiva adottata in questa indagine, che fa dell'integrazione dei saperi, quello amministrativistico e quello relativo alle funzioni e ai limiti del diritto penale, il proprio metodo scientifico[531]. Il primo orientamento, infatti, ometteva ogni considerazione relativa al procedimento amministrativo concreto sul presupposto di tipo presuntivo-psicologico che, una volta concluso l'accordo "il successivo (futuro e incerto) esercizio del potere pubblico non potrà non essere inquinato, contaminato dall'interesse privato veicolato dall'intesa illecita"[532]. Ne deriva un disvalore tutto concentrato sul profilo psicologico del dolo insito nell'accettazione del denaro o della promessa, ritenendo *in re ipsa* l'antidoverosità dell'atto d'ufficio, con la conseguenza di trasformare la corruzione propria, "quantomeno in relazione all'attività discrezionale, un ibrido fluttuante tra l'esasperazione soggettivistica e la mera offesa del prestigio o della dignità del pubblico ufficiale"[533].

2.2.1. *La funzione selettiva dell'elemento dell'accordo corruttivo e le sue proiezioni di tutela della 'buona amministrazione'*

Un punto di divergenza, tuttavia, è presente. E risiede nelle proiezioni teleologiche di tutela.
Si ritiene, infatti, che a fondamento della individuazione dell'imparzialità della pubblica amministrazione a 'colorare' il profilo assiologico delle fattispecie di corruzione operata dalla Corte, vi siano ragioni strumentali alla motivazione/giustificazione dell'acuto spessore di disvalore dell'art. 318 c.p., testimoniato dalla severa cornice sanzionatoria, fissata oggi in una forbice da 3 a 8 anni di reclusione, e, dunque, con una base minima tale da rendere impossibile la sospensione condizionale della pena e da far scattare automaticamente le pene accessorie in perpetuo. L'ambito applicativo di quella fattispecie, infatti, riguarderebbe anche accordi aventi ad oggetto atti legittimi, purché temporalmente, ma non causalmente, assunti in occasione di un 'inquinamento di base'. L'assenza di un nesso eziologico tra

[531] Ne afferma l'importanza altresì R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 35.
[532] Tale indirizzo giurisprudenziale di confusione tra il piano dell'esercizio della discrezionalità e quello della contrarietà ai doveri d'ufficio è risalente. Per una critica, cfr. R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 299.
[533] In questi termini, G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 2/1979, p. 320.

l'accordo corruttivo e l'adozione dell'atto sembra messa in luce dalla stessa sentenza citata, laddove richiede che il giudice dovrà verificare in concreto che non siano stati alterati gli ordini di interessi da soddisfare attraverso l'attività amministrativa, pena la ricomprensione del fatto nell'art. 319 c.p.

Il 'microsistema' della corruzione, a ben vedere, a seguito di questo restauro operato dai giudici della sesta sezione sembra essere più orientato ad una tutela 'dinamica', 'funzionale', che osserva il concreto svolgersi dell'attività amministrativa al fine di comprenderne anche l'efficacia strumentale rispetto agli obiettivi, in una prospettiva costituzionalmente orientata. Così, esigenze di individuazione di profili di più marcato disvalore, in virtù delle elevate cornici edittali, impongono di rinvenire una proiezione di lesione in beni dotati di maggiore spessore[534]: lo spettro offensivo, infatti, sembrerebbe riflettere maggiormente una tutela della 'buona amministrazione'[535], capace di assegnare maggiore concretezza lesiva, e dunque ragionevolezza, a reati-accordo[536], già carenti sul piano della conformazione ad un canone di stretta tipicità – come hanno dimostrato le vicende pretorie che hanno interessato l'applicazione di queste fattispecie[537] - elevate a modello esemplare di "impoverimento «conflittuale» di una fattispecie incriminatrice di parte speciale"[538].

Una prima questione riguarda proprio la centralità dell'accordo, che sarà altresì oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo.

Basti qui anticipare una semplice osservazione.

La struttura ontologica dell'*accordo* richiede la convergenza delle volontà dei contraenti sul medesimo *contenuto*, che a sua volta deve realizzare una *causa*, cioè un'utilità, una funzione. Ugualmente, nella vicenda dell'accordo corruttivo non può essere affatto autorizzata una sterilizzazione di questo elemento, cardine non solo nell'economia formale, ma, per quel che rileva nel diritto penale, anche in quella offensiva del tipo legale (criminoso), essendo esattamente sull'accordo che si concentrano i giudizi di meritevolezza e bisogno di pena espressi dal legislatore. Nell'ipotesi prevista dall'art. 318 c.p., questo contenuto potrà

---

[534] Valorizza il principio di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica, quale *species* dei moduli interpretativi costituzionalmente orientati, nello specifico ambito delle fattispecie corruttive e, in particolare, dell'art. 318 c.p., da ultimo, V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale*, cit., p. 1250.

[535] Offre una ricca ricostruzione delle posizioni sul bene giuridico tutelato dalle fattispecie di corruzione, sebbene nel loro precedente assetto basato su alterità tra corruzione propria e corruzione impropria, G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine*, cit., pp. 30 ss.

[536] Su questa categoria di reati, G. VASSALLI, *Accordo*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, pp. 301 ss.

[537] Queste tendenze interpretative di forzatura del testo delle fattispecie di corruzione, che si sono manifestate nel noto fenomeno di "volatilizzazione dell'atto d'ufficio", sono ampiamente segnalate in dottrina. Tra tutti, cfr., V. SCALIA, *La corruzione*, cit., pp. 591 ss.; A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione*, cit., pp. 1029 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione*, cit., pp. 105 ss.; V. MANES, *L'atto d'ufficio*, cit., pp. 926 ss.

[538] V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie*, cit., pp. 154 ss.

beneficiare di un 'colore' meno vivido, maggiormente sbiadito, ma non può ammettersi una sua totale assenza. È bene, pertanto, ribadire l'inscindibilità dei concetti di accordo e del suo contenuto, in quanto essi *stanno e cadono* insieme[539]. Per questo motivo, dovrà innanzitutto verificarsi che al centro del rapporto consensuale vi siano 'comportamenti' collegati alle *funzioni* esercitate dal pubblico agente, in virtù di quello che, nel primo capitolo del presente lavoro, è stato definito come "un nuovo filtro di selettività penale", determinante nei reati contro la p.a., consistente nell'obbligatorio 'passaggio' dell'offesa per il pubblico agente titolare delle funzioni che si vogliono attentare. Ed è questo che si cela dietro il volto del "reato proprio funzionale"[540]. Non è immaginabile, pertanto, un accordo avente ad oggetto funzioni altrui, a causa di una chiara 'impossibilità dell'oggetto' che, da un punto di vista civilistico, renderebbe nullo quel contratto[541], mentre nel suo rovescio penalistico darebbe luogo alla punibilità di un reato impossibile. Nella corruzione, in breve, la 'funzione' deve rappresentare un bene immediatamente in pericolo, rispetto al quale il comportamento del pubblico agente si pone in rapporto causale.

Il bisogno di indagare il contenuto dell'accordo è imposto, altresì, da un'esigenza di chiarezza nei rapporti tra le fattispecie, al fine di rendere maggiormente *prevedibili* le conseguenze penali di azioni di un pubblico agente ormai intrappolato in una fitta rete di rischi penali. Ed infatti, laddove il funzionario vendesse atti al di fuori dei propri poteri o garantisse di intervenire in un procedimento che non rientra nella propria sfera di competenza, potrebbe al più integrare un'ipotesi di traffico di influenze illecite[542], ma certamente la sua condotta non consumerebbe un *fatto* di corruzione[543].

Il collegamento di questi elementi, direttamente o indirettamente incidenti sulla struttura tipica dell'accordo corruttivo, porta a galla l'esigenza di uno scrutinio attento a tutti gli elementi del patto, tra cui – si è visto – emergono quelli del vincolo causale tra 'corrotto' e funzioni 'corrotte'.

Per quanto, dunque, paia più che corretto l'utilizzo della forma incriminatrice offerta dall'anticipazione della tutela per fatti pericolosi per un'attività così centrale per gli interessi dello Stato di diritto come quella amministrativa, si ritiene che una tecnica di tipicità penale

---

[539] Sul punto, afferma da ultimo la necessità di indagare i termini dell'accordo, escludendo la possibilità logico-inferenziale di motivare la sinallagmaticità di due prestazioni dalla semplice loro stretta correlazione temporale, Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 10084; Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 7007.

[540] A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, pp. 51 ss.

[541] M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, p. 616.

[542] Questo profilo è ben chiarito da Cass., sez. VI, 40518/2021.

[543] Sulla *connessione funzionale* tra competenze del p.u. e oggetto dell'accordo di corruzione, già V. MANES, *L'atto d'ufficio*, cit., p. 928.

debba certamente assumere come osservatorio privilegiato quali possano essere gli sviluppi lesivi di quell'accordo, in modo da 'non perdere il contatto con la realtà'[544]. E se ciò che l'accordo realizza non è altro quel che il pubblico agente avrebbe ugualmente realizzato in quanto coincidente con il *risultato* del proprio ufficio, i profili di offesa dell'imparzialità sembrerebbero essere neutralizzati[545], salvo che non s'intenda restituire rango di bene giuridico ai suoi avamposti valoriali di stampo moralistico-formale come la *fedeltà* e la *venalità* del funzionario o il prestigio della pubblica amministrazione[546]. In questo modo, essi otterrebbero una posizione di preminenza nella scala assiologica costituzionalmente orientata, in considerazione delle severe cornici edittali dell'art. 318 c.p. In tale prospettiva, il principio di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica suggerisce l'individuazione di un profilo offensivo chiaro e definito, legato al pericolo di aggressione concentrato di valori che sono alla base della 'buona amministrazione' al centro della quale vi è sempre la *funzione*, che non si accontenti di un modo "sintetico" di ricercare l'interesse protetto, ma, al contrario, ne approfondisca in maniera "analitica" l'essenza[547].

Così, la severità della sanzione può essere giustificata – e, invero, dubbi di ragionevolezza continuerebbero a sussistere – su un accordo che *ex ante* provoca una situazione di 'inquinamento'. In particolare, si ritiene opportuno osservare che questa claudicante ragionevolezza sembrerebbe venire del tutto meno nei casi di corruzione funzionale susseguente[548], ove, cioè, l'accordo intervenga successivamente al compimento dell'atto/comportamento conforme con i principi dell'azione amministrativa[549], nei casi in

---

[544] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, VIII ed., 2019, p. 198. Sul rapporto tra norma penale ed "empiria", per tutti, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 86 ss. In questo senso, altresì C. cost., 8 giugno 1981, n. 96.

[545] F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017, p. 144; R. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, p. 350. Sostiene F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, cit., p. 50 che "nel delitto di recente conio il baricentro della tutela si è spostato dall'atto al patto e dunque dal bene del buon andamento della pubblica amministrazione a quello meno pregnante della fiducia nella lealtà e dignità del pubblico agente, con conseguente rarefazione del contenuto di disvalore del fatto".

[546] Critica le posizioni che proiettavano le fattispecie corruttive a tutela del prestigio della pubblica amministrazione e dei doveri di fedeltà e probità del funzionario pubblico, G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine*, cit., pp. 30-33.

[547] Su questa differenza tra ricerca "analitica" e "sintetica" dell'oggetto di tutela delle fattispecie a tutela della p.a., R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 26.

[548] G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3-4/2012, p. 6 che ritiene "difficilmente difendibile la rilevanza penale attribuita alla corruzione impropria passiva susseguente".

[549] Osservava V. MANES, *L'atto d'ufficio*, cit., pp. 927-928, sebbene rispetto al precedente assetto normativo, con riferimento alla corruzione impropria susseguente che, essendo più sbiadito il disvalore della condotta "comunque in linea con i doveri d'ufficio", era necessario stabilire con ancora maggiore certezza "la soglia della configurabilità del reato ad un livello tale per cui possa dirsi che la *datio* è sicuramente il corrispettivo dell'atto (altrimenti si punirebbe la sola venalità della carica e non si avrebbe una vera 'baratteria')". Tale struttura corruttiva sembra avvicinarsi molto di più al modello di corruzione germanico, fondato sul divieto "di realizzare un'attività disfunzionale rispetto alle esigenze pubbliche, perché motivato dall'altrui indebita

cui, dunque, la distorsione dell'agire amministrativo non fa capolino neanche ad una valutazione retrospettiva[550].

A tal proposito, com'è stato proposto[551], non è peregrino immaginare di escludere dal fuoco di disvalore della corruzione *funzionale* questa sua specifica forma di manifestazione[552]. Il disvalore di simili condotte, infatti, lungi dall'attentare beni di pertinenza della p.a. in senso stretto (buon andamento, imparzialità), potrebbe al più dare luogo ad un'ipotesi di sanzione disciplinare, tenuto conto della natura etico-morale della violazione, laddove non addirittura di mera infedeltà[553], secondo logiche care al tipo d'autore[554]. Peraltro, volendo ragionare diversamente e, dunque, pur volendo ammettere la sussistenza di una sufficiente dimensione offensiva di questa sotto-fattispecie di corruzione funzionale inquadrandola, al pari delle ipotesi corruttive antecedenti, tra i reati propri funzionali, ai fini della sua integrazione sarebbe richiesto un rigoroso apprezzamento del nesso di sinallagmaticità *funzionale* tra il comportamento del p.a. e la dazione/promessa del privato, intervenuta successivamente, reso inevitabilmente più gravoso dallo sbiadito tasso di materialità e disvalore dell'ipotesi in esame, specie dopo la riforma che ha sottratto l'elemento dell'atto d'ufficio dalla sua cornice

---

retribuzione", prescindendo dal tipo di atto e dalla sua legittimità, G. BALBI, *ult. op. cit*., p. 26. Sulla contrapposizione tra modello germanico di corruzione e modello romanistico, che si risolve nell'alternativa tra concezione clientelare e concezione mercantile dell'accordo corruttivo, cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., pp. 20 ss.

[550] La prospettiva di *backward-looking* è quella adottata nel recente studio di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino, 2021, pp. 124-126 sull'utilizzo del principio di proporzione sanzionatoria anche in chiave ermeneutica. Pertanto, pur volendo utilizzare questo metodo, risulterebbe irragionevole una sanzione penale per fatti dotati di un disvalore irrisorio, al più rilevante sotto il profilo etico-morale. I profili di irragionevolezza si acuirebbero ancor di più, invece, utilizzando il diverso principio di proporzionalità in chiave politico-criminale, maggiormente incline ad una prospettiva di *forward-looking* adottato da N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 234 ss.

[551] G. FIDELBO, *La corruzione funzionale*, cit., p. 24.

[552] Sulla configurabilità della *corruzione susseguente*, sebbene rispetto al reato autonomo di corruzione in atti giudiziari, si erano espresse affermativamente le Sezioni Unite, 21 aprile 2010, n. 15208, *Mills*, con note critiche di R. RAMPIONI, *Incantesimi, prodigi,* "monstrua". *(In tema di corruzione in atti giudiziari le Sezioni Unite ripropongono il principio, desueto, del primato della legge),* in *Giust. Pen.*, 1/2011, pp. 26 ss.; V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra* testo, contesto *e* sistema, in *Dir. pen. proc.*, 8/2010, pp. 955 ss.; GIU. MARRA, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra interpretazione letterale e limiti strutturali*, in *Dir. pen. proc.,* 9/2010, pp. 1089 ss. Indaga, invece, il tema della configurabilità della corruzione in atti giudiziari susseguente "impropria" dopo la riforma del 2012, che ha riscritto l'art. 318 c.p., giungendo a conclusioni di segno negativo F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari*, cit., pp. 157 ss. e spec. 171 ss. Recupera il dibattito sviluppatosi in argomento in dottrina, riportando i diversi orientamenti, all'indomani della riforma del 2012, R. BARTOLI, *Il nuovo assetto*, cit., p. 354.

[553] G. FIDELBO, *op. ult. cit.*, p. 24; S. SEMINARA, *Spunti di riflessione sui nuovi reati di corruzione e concussione*, in A. CASTALDO-G. DE FRANCESCO-M.V. DEL TUFO-S. MANACORDA (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 1027 ss.; V. MAIELLO, *La corruzione susseguente*, cit., p. 956. Critiche serrate rispetto alla configurabilità della corruzione impropria susseguente venivano avanzate da F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 2414, il quale riteneva che l'unico sfondo di tutela fosse rinvenibile nella "pura e semplice tutela del prestigio".

[554] M.A. BARTOLUCCI, *L'"indebita ricezione di utilità" da parte del pubblico ufficiale: condotta criminalizzabile* per se *o solo elemento tipizzante del delitto di corruzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, pp. 119 ss.; V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione,* cit., pp. 967 ss.; V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., passim; V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 959.

di tipicità[555]. Il rischio, eventualmente giustificato dall'esigenza di garantire spazi applicativi a tale fattispecie, potrebbe consistere in un affievolimento dell'onere della prova richiesto, in quanto ci si potrebbe 'accontentare' del semplice nesso temporale tra il comportamento e la dazione/promessa[556]. Tuttavia, questo rischio è di gran lunga ridotto da una perspicua giurisprudenza, di recente emersione, che non si accontenta della stretta "correlazione temporale" ma richiede che "le condotte del pubblico dipendente e del privato si inseriscano in un rapporto sinallagmatico tra parti contrapposte, poiché la corrispettività funzionale di ciascuna di esse resta un elemento necessario per l'integrazione del reato di corruzione, tanto di quella propria quanto di quella impropria"[557]. Pur volendo ammettere, pertanto, la possibile configurabilità della sotto-fattispecie della corruzione funzionale susseguente, quest'ultima, a voler rispettare in maniera rigorosa i suoi contrassegni di tipicità, sul versante sostanziale e processuale, sarebbe destinata ad una difficile capacità operativa.

In conclusione, si ritiene siano stati recuperati argomenti a favore di una ulteriore valorizzazione della 'funzione' amministrativa nell'economia interpretativa delle fattispecie di corruzione e del 'merito' amministrativo, che non può essere oggetto di criminalizzazione, alla luce di una ricostruzione che passa attraverso i canoni di tipicità e ragionevolezza offensiva. Una impostazione contraria, in situazioni segnate da correttezza funzionale dell'agire del pubblico agente, darebbe fiato al 'ritorno di fiamma' della "bizzarra miscela pedagogico/eticizzante"[558], di matrice moralistico-formale, che riesumerebbe la venalità e la fedeltà del pubblico agente [559]. La giustificazione di un'incriminazione a presidio di questi beni poggerebbe solo su una presunta "funzione motivazionale" con effetti di deterrenza sul pubblico ufficiale che così verrebbe distolto dal rischio di una eventuale futura aspettativa

---

[555] Invero, perplessità sul fondamento politico-criminale di tale incriminazione e sui deboli contrassegni di tipicità e offensività della corruzione *impropria* susseguente, ampiamente G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine*, cit., pp. 257 ss.

[556] D'altronde, questi fenomeni di semplificazione probatoria della categoria della tipicità non sono estranei proprio alla storia delle fattispecie di corruzione, ove, nella stagione precedente alla riforma del 2012, la giusprudenza "una volta disancorato il delitto di corruzione propria dal requisito dell'atto d'ufficio" non solo non doveva "accertare in giudizio la natura dell'atto e il rapporto cronologico con il patto, ma neppure il collegamento funzionale tra atto e patto: con la conseguenza che l'accertamento del delitto di corruzione finiva per basarsi sostanzialmente sulla prova del passaggio di denaro tra pubblico agente e il privato", F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, cit., p. 53.

[557] Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 7007 e Cass., sez. 8 gennaio 2021, n. 10084.

[558] G. BALBI, *ult. op. cit.*, p. 263.

[559] F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, cit., 2016, p. 50 ritiene che questi beni spiritualizzati, arricchiti anche da quelli della fiducia nella lealtà e dignità del pubblico funzionario, abbiano un contenuto meno significativo rispetto a quelli tradizionalmente ricavate dall'art. 97 Cost. Una approfondita ricostruzione della dommatica penalistica, promossa principalmente in epoca nazista, che individuava il disvalore del reato in giudizi etico-sociali a sfondo soggettivo, come il dovere, la fedeltà e l'atteggiamento interiore, è offerta, con particolare riguardo ai reati contro la p.a., per tutti, da R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., pp. 155 ss.

che suoi comportamenti venissero nuovamente retribuiti[560], abbandonando del tutto il riferimento al *fatto lesivo*, sul quale viene edificato il diritto penale ad orientamento costituzionale. In questi termini, infatti, la corruzione susseguente avrebbe una funzione preventiva rispetto a soggetti al più socialmente pericolosi, ma ai quali certamente non si può muovere un addebito di una condotta offensiva.

3. *Tanto tuonò che piovve: ancora sul rapporto tra diritto penale e amministrazione discrezionale. Il 'nuovo volto' dell'abuso d'ufficio: da "*all catch provision*" a fattispecie tacitamente abrogata?*

È noto che la principale partita tra sindacato penale e azione discrezionale dell'amministrazione si è svolta sul terreno applicativo dell'art. 323 c.p., sin dalla sua versione originaria del codice Rocco. Questa fattispecie, già caposaldo della lotta alle distorsioni della legalità amministrativa nell'esperienza liberale del codice Zanardelli[561], sotto la vigenza del codice del 1930 ha vissuto una storia travagliata, subendo sul proprio tessuto normativo gli strappi derivanti da una prassi sempre più autonoma rispetto ai limiti imposti dal testo[562]. Questa 'libertà ermeneutica', in origine, era giustificata da enunciati normativi 'aperti' e contrassegni di tipicità opachi, come facilmente ricostruibile dallo stesso titolo del reato, denominato "abuso innominato d'ufficio". L'abuso d'ufficio, pertanto, a causa di una serie nutrita di fattori, normativi, socio-economici, criminologici ed infine interpretativi[563], è stato, e rappresenta tuttora, "la breccia più larga per un ingresso del potere di controllo del giudice penale sull'esercizio funzionale pubblico"[564]. Non è un caso, infatti, che l'abuso d'ufficio sia sempre stato accompagnato – e le varie riforme ne sono una testimonianza – da severe critiche, nonché da vere e proprie 'grida di dolore' dei pubblici amministratori, stretti nella morsa del rischio penale nello svolgimento delle proprie funzioni[565]. Tale contesto di forte incertezza veniva fomentato da una assai ampia "forbice

[560] R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 350.
[561] A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, pp. 3 ss.
[562] Offre una ricca ricostruzione delle varie tappe del percorso normativo dell'art. 323 c.p., A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., pp. 1 ss.
[563] G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, cit., p. 592.
[564] F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1615.
[565] Ricorda T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 1 che la riforma avuta con l. 234/1997 è figlia delle critiche sollevate dall'ANCI, "che lamentava l'incontrollabilità del rischio penale sotteso alla dimensione tipica e alla latitudine applicativa del nuovo abuso d'ufficio". Prima di partorire la riforma del '97, sempre a seguito delle spinte novellistiche provienienti dall'ANCI, era stata nominata una

tra legalità offerta dalla norma (e praticata dal p.m. sulla base di una notizia di reato) e quella raggiunta all'esito di un faticoso e tormentato *iter* processuale"[566], protraendosi – per non dire acuendosi – nell'esperienza della norma riformata dalla l. 234/1997, ove la fattispecie ha rinnovato del tutto i propri connotati di tipicità, abbandonando la forma del reato di mera condotta, il cui specchio di offensività si rifletteva nel vuoto contrassegno dell'"abuso" e nel dolo specifico, presentandosi, invece, come reato d'evento, ancorato ad una 'doppia ingiustizia' (quella della condotta alternativa e dell'evento del vantaggio patrimoniale o del danno altrui) qualificata dal dolo intenzionale[567].

La prospettiva politico-criminale volta a trovare maggiore equilibrio tra l'incriminazione degli episodi di torsione dell'agire pubblico e la limitazione del sindacato penale nelle scelte della p.a., in ossequio al principio di divisione dei poteri[568], non ha trovato un fedele corrispondente nella giurisprudenza[569]. È proprio nella prassi applicativa di questa fattispecie, infatti, che essa ha praticato una "riconversione ermeneutica", dando luogo ad una vera e propria "riscrittura" dell'art. 323 c.p.[570], espressione di una *ermeneutica di lotta* che non solo si è tradotta in una certa *entropia giurisprudenziale* rispetto agli indirizzi sorti[571], ma che ha finito per ampliare analogicamente i presidi di tipicità della fattispecie relativi alla condotta e, in particolare, facendo rientrare nel canale della "violazione di norme di legge" anche le violazioni dell'art. 97 Cost., norma generalissima o di principio[572].

---

commissione ministeriale, presieduta dal prof. Giuseppe Morbidelli, che aveva proposto una scomposizione dell'abuso d'ufficio in tre distinte fattispecie. Su questo progetto di riforma, per tutti cfr. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi,* cit., pp. 22 ss. Il tema della responsabilità dei sindaci comunali è rimasto tuttora attuale, come dimostra il ddl *Parrini*, in discussione presso la Commissioni 1 e 2 del Senato nel momento in cui si scrive, volto a dettare uno statuto penale *ad hoc* per questa categoria di pubblici amministratori. In argomento, M. GAMBARDELLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, in *www.Discrimen.it*, 11 novembre 2021, pp. 7 ss.

[566] T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 6.

[567] Sottolinea che la riforma del 1997, passando da una modalità di lesione dell'*abuso di potere* alla *violazione di legge* mirava a garantire il rispetto di esigenze di tipicità del fatto, per tutti, G.A. DE FRANCESCO, *Le fattispecie di abuso: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 5/1999, 1634.

[568] M. PELISSERO, *I delitti di violazione dei doveri funzionali,* in R. BARTOLI-M. PELISSERO-S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, p. 512.

[569] Sulle vicende interpretative dell'abuso d'ufficio *post* riforma del 1997, tra tutti, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., pp. 23 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, pp. 44 ss.

[570] T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 7.

[571] Li segnala A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 675 ss., nonché in *Sist. Pen.*, 20 novembre 2020 (da cui si cita), pp. 2 ss., che distingue tre filoni: il primo contrario a far rientrare nell'area di rilevanza penale dell'art. 323 c.p. le valutazioni su eccesso di potere; il secondo di segno esattamente opposto; il terzo che introduceva una posizione intermedia, ammettendo il cd. eccesso di potere 'estrinseco' ed escludendo la punibilità di quello 'intrinseco'.

[572] Censurano questa pratica ermeneutica, in quanto l'integrazione del precetto di norme generalissime o di principio, come quella *ex* art. 97 Cost., violerebbe il principio di legalità anche nelle disposizioni incriminatrici che rinviano espressamente a clausole aperte che fanno riferimento alla violazione di legge, *ex multis* A.

Queste vicende, fin troppo note per essere riprese nella loro completezza – né questa sarebbe la sede adeguata – avevano dato luogo ad una sorta di "*all catch provision*" dell'abuso d'ufficio. La spada di Damocle che pendeva sui pubblici amministratori, di conseguenza, aveva provocato il fenomeno, già richiamato *supra*, della cd. amministrazione difensiva.

Il discorso torna qui ad intrecciarsi con la *dinamica amministrativa* – nella sequenza composta da discrezionalità e risultato – e con la necessità che essa, sebbene non garantita da uno spazio di non punibilità, sia costretta entro aree di rilevanza penale certe e comprensive del ruolo dell'amministrazione nella nostra impalcatura costituzionale, in quanto è "la tipicità, non la benevolenza del giudice, la prima e basilare forma di garanzia"[573]. Queste ragioni, che a nostro avviso poggiano più su basi ermeneutiche che normative[574], essendo la dorsale di tipicità/offensività dell'art. 323 c.p. nella versione *post* '97 conforme al principio di legalità e ai suoi corollari, hanno giustificato l'ennesima riforma della figura di reato in esame.

Il legislatore, così, è intervenuto nuovamente sul volto normativo dell'abuso d'ufficio con il d.l. 76/2020, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120[575], nell'ambito di una riforma

---

TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, pp. 1 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Le fattispecie di abuso* M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie:«la violazione di norme di legge»*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1761 ss.; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, pp. 332 ss.

[573] F. GIUNTA, *Due colpe in una*, in *www.Discrimen.it*, 9 novembre 2021, p. 4.

[574] Sembrano esprimersi in tal senso anche T. GUERINI, *Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?*, in *Riv. giur. ed.*, 3/2021, p. 965; M. GAMBARDELLA, Simul stabunt simul cadent, cit., pp. 137-138.

[575] In commento alla riforma R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. Pen.*, 9/2021, pp. 43 ss.; M. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*; A. MANNA, *I continui* giri di valzer *tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *Arch. Pen. web*, 1/2021; A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021; A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., pp. 76 ss.; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Arch. Pen. web*, 1/2021; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2021, pp. 71 ss.; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione,* in *Dir. pen. proc.*, 1/2021, pp. 9 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2021, pp. 24 ss.; M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021; B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio,* cit.; G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio tra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen. web*, 3/2021; S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in R. ACQUAROLA-E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), cit., pp. 691 ss.; E. APRILE, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla Spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, pp. 441 ss.; A. MANNA-G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17 dicembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio:* riscrittura *della tipicità* e *giudizio* di colpevolezza, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23 ottobre 2020; A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito*, cit., pp. 501 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020.

relativa all'introduzione di misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale[576]. Spinto, ancora una volta dall'esigenza di sovranizzare l'azione amministrativa, sottraendola alle ingerenze del giudice penale[577], l'ultimo legislatore ha 'saccheggiato' il baricentro modale della fattispecie, sostituendo la locuzione "violazione di legge o di regolamento", con quella di "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" che dovrà essere causa del vantaggio patrimoniale o dell'altrui danno ingiusto[578].

Tale formulazione, definita da Tullio Padovani "un ircocervo dalle fattezze mostruose"[579], è stata al centro di serrate critiche da parte della dottrina e incerti approcci della giurisprudenza, da subito impegnata nel lodevole compito di individuare per via ermeneutica il cuore offensivo di un tipo criminoso tumefatto. Ad essere criticata non è stata solo la tecnica redazionale, ritenuta responsabile di non essere "volta a separare il grano dal loglio, quanto piuttosto a gettare entrambi nel fuoco"[580], bensì anche l'idea stessa "di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa", che "rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza"[581]. Com'è stato notato, infatti, una volta liberata dall'attività discrezionale, quella ove si realizzano le principali distorsioni funzionali e strumentalizzazioni dell'agire amministrativo per utilità proprie, l'abuso d'ufficio rischia di subire un'abrogazione "mascherata"[582].

Per tali ragioni, risulta di fondamentale importanza indagare gli odierni spazi della fattispecie, anche per il forte impatto che i risultati avranno nell'economia del presente lavoro. Non è escluso, invero, che possa verificarsi rispetto a questa novella l'ormai noto

---

[576] Sulle ragioni della riforma, M. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, pp. 136-137, il quale nota come le ragioni che hanno indotto il legislatore del 2020 a riformare l'art. 323 c.p. sono pressoché le stesse che hanno stimolato la riforma del 1997.

[577] S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), cit., p. 286.

[578] Sul nesso di relazione tra la "prima ingiustizia" e l'evento, sebbene rispetto alla precedente formulazione del reato, cfr. A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*., cit., pp. 49 ss.

[579] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 8. Si pronuncia in senso favorevole alla novella, invece, L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 767, ritenendo la formulazione legislativa attuale dell'art. 323 c.p. "più precisa" rispetto alla precedente.

[580] T. PADOVANI, *L'erratica sopravvivenza*, cit., p. 2216.

[581] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9. Critica tale norma in quanto introduce una irragionevole immunità per i detentori del potere discrezionale, altresì A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7. In senso contrario a questa posizione, S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 34.

[582] Tra tutti, A. NISCO, *op. cit.*, p. 10; T. PADOVANI, *L'erratica sopravvivenza*, cit., p. 2217. M. PELISSERO, *I delitti di violazione*, cit., p. 518 critica fortemente la riforma, sostenendo che "il messaggio sottostante trasmesso agli amministratori rischia di essere un pericolo scivolamento nella tenuta dell'etica pubblica, ossia l'idea secondo la quale la semplificazione e lo snellimento delle procedure burocratiche, fondamentale nel nostro Paese, vada perseguito anche a costo dell'esercizio dolosamente distorto dei pubblici poteri". Ritiene, invece, mantengano rilevanza penale le violazioni "esterne" della discrezionalità, B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*, in *Penaledp*, 19 gennaio 2021, §3.

fenomeno di eterogenesi dei fini[583], per cui, nell'intento di raggiungere un risultato politico-criminale, se ne realizza un altro.

A tal proposito, già nelle prime applicazioni del nuovo abuso d'ufficio, la giurisprudenza ha, da un lato, riconosciuto pacificamente l'effetto di *abolitio criminis* delle violazioni di legge attributive del potere discrezionale o dei regolamenti[584], mostrandosi rispettosa così dell'*intentio legis*; dall'altro, però, sembra aver avviato un processo di goffratura interpretativa del reato, consistente nell'imprimere – in una prospettiva apparentemente di supplenza giudiziaria – *significati e segni ulteriori* su un tessuto normativo certamente non lineare, ma la cui direzione di tipicità non può prestarsi a *boomerang* interpretativi che ne ampliano il raggio di azione determinando, dietro espedienti retorici mascherati da interpretazioni tassativizzanti, la reviviscenza di una casistica che a seguito dell'intervento novellistico sarebbe dovuta rimanere all'esterno dell'area di rilevanza del reato[585]. O quantomeno questo esito non potrebbe raggiungersi attraverso il canale offerto dalla condotta della "violazione di legge", ma, al più – come si vedrà – da quello parallelo dell'omessa astensione.

Le 'condotte ribelli' della giurisprudenza, inoltre, sembrano manifestarsi anche nel tentativo di recuperare un minimo spazio di rilevanza per l'uso distorto del potere discrezionale, in

---

[583] Già rispetto alla formulazione coniata nel '97 può dirsi si sia verificato questo fenomeno, come sottolinea T. GUERINI, *Abuso d'ufficio e piani urbanistici*, cit., p. 967.

[584] Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 18592 e n. 7007; Cass., sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442; Cass., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37517. In dottrina, cfr. M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale* abolitio criminis *e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2/2021, pp. 493 ss.; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., pp. 22 ss.; G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sist. Pen.*, 2 dicembre 2020.

[585] È il caso dell'abuso d'ufficio nella casistica del rilascio di titoli abilitativi edilizi in violazione dei piani regolatori urbanistici, la cui rilevanza penale si fa derivare dalla cd. eterointegrazione di legge, cioè dalla violazione mediata di norme di legge interposte. La Corte di Cassazione, cioè, ritiene che la fonte violata non sarebbe affatto il piano regolatore generale, non qualificabile come regolamento bensì come atto amministrativo generale, ma direttamente l'art. 12, comma 1, d.P.R., 6 giugno 2001, n. 380 (TUEL), istitutiva, ma non attuativa, del titolo abilitativo edilizio. In questo senso, Cass., sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873, con nota di T. GUERINI, *Abuso d'ufficio e piani urbanistici*, cit., pp. 964 ss. A tale indirizzo, tuttavia, sembra opporsi una posizione contraria, sebbene venuta in rilievo in un *obiter dictum* della sentenza 442/2021, sempre della sesta sezione. Non è da escludere, pertanto, che già vi sia materiale per un rinvio alle Sezioni Unite rispetto a questa specifica sotto-fattispecie del nuovo abuso d'ufficio. La Cassazione, tuttavia, ha tentato di fornire un'interpretazione 'chiarificatrice' dell'ammissibilità della 'eterointegrazione normativa' e ha specificato che questa è possibile solo laddove la norma primaria sia conforme ai canoni di tipicità e tassatività propri del precetto penale, "atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria che si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria", così Cass., sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33240. Sull'esclusione dei regolamenti e sul problema della eterointegrazione, proprio esaminando la giurisprudenza formatasi rispetto al nuovo abuso d'ufficio, A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., pp. 78 ss. Adotta un approccio problematico rispetto all'ipotesi della violazione mediata di legge, tentando di inquadrare la categoria dell'atto amministrativo generale sul piano della teoria generale del diritto, A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 4/2021, pp. 18-19.

parte ammettendo nell'area di disvalore del nuovo art. 323 le violazioni della cd. discrezionalità tecnica, ed in parte ritenendo integrato l'abuso d'ufficio "nei casi di esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – cd. sviamento di potere o violazione del concreto svolgimento delle funzioni o del servizio – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è stato attribuito"[586].

Tali questioni, di centrale importanza per la tenuta del rapporto tra diritto penale e amministrazione discrezionale, meritano di essere approfondite al fine di condurre la riflessione, *de iure condito*, verso soluzioni interpretative che tengano conto delle categorie amministrative della discrezionalità, provando a differenziare in particolar modo tra discrezionalità tecnica e teoria dell'autolimite[587]. È su questi due concetti, infatti, che sembra essere scivolata la giurisprudenza di legittimità, con la conseguenza di 'aprire' il tipo criminoso a condotte che dovrebbero rimanervi estranee. Sul piano pratico, la confusione di queste due nozioni non si rifletterebbe solo sulle attitudini 'preventive' della figura criminosa, ma frustrerebbe anche lo svolgimento fisiologico dell'attività amministrativa.

Altrettanta attenzione, poi, va dedicata agli eventuali profili di illegittimità costituzionale che potrebbero venire in rilievo rispetto alla mancata incriminazione delle condotte distorsive del potere discrezionale, da cui deriva, come si è detto, una sorta di "immunità" per i suoi detentori.

Proprio da quest'ultimo aspetto appare preferibile prendere le mosse, nell'ottica di proiettare da subito la nuova tipicità criminosa nella sua giusta trama interpretativa.

3.1. *Segue. L'esclusione della rilevanza penale delle distorsioni del potere discrezionale tra interpretazione costituzionalmente conforme e limiti insuperabili*

[586] Cass., sez. VI, 442/2021, cit., §2, con nota di A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., pp. 5 ss.; A. D'AVIRRO, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2021, pp. 930 ss.; M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio*, cit.; B. ROMANO, *Il "nuovo abuso d'ufficio*, cit.; M.G. RUTIGLIANO, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'*abolitio criminis *parziale*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021.

[587] Coglie l'importanza di questa distinzione nella costruzione di un tipo criminoso coerente con la riforma del 2020, GA. SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei cd. autolimiti*, in *Penaledp*, 2/2021, pp. 407 ss.

Da quanto detto, è forse possibile affermare che le problematiche relative all'odierna configurazione dell'abuso d'ufficio toccano, a differenza della versione coniata nel 1997[588], innanzitutto il piano normativo, oltre a quello interpretativo-applicativo.

Un primo, e forse anche più rilevante, profilo censurato ha riguardato l'irragionevolezza del nuovo assetto di disciplina a protezione dell'imparzialità dell'agire pubblico e, più in generale – come è naturale attendersi da una fattispecie posta a chiusura del presente microsistema di reati – della legalità dell'azione amministrativa[589]. Le condivisibili critiche sorgono al momento dell'eliminazione della "violazione di legge o di regolamento", perifrasi sulla quale si condensava il principale disvalore d'azione del tipo criminoso, poiché a questa modalità della condotta veniva collegata la punibilità di soprusi e torsioni funzionali del potere discrezionale rivolte a prospettive di vantaggio privatistico. La predetta locuzione – è bene ripeterlo – è stata sostituita con quella diversa di "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, dalle quali non residuano margini di discrezionalità". Compito delicato dell'interprete consiste nel razionalizzare un dato normativo tortuoso, a tratti indecifrabile, su cui si è scaricata la pretesa di voler risolvere annose e controverse questioni, involgenti i variegati compiti e funzioni dell'amministrazione, risalenti proprio alla natura anfibologica delle categorie, tra cui quella della discrezionalità, con l'apparente chiarezza del linguaggio assertivo; senza, cioè, porsi il problema della ragionevolezza sul piano politico-criminale delle conseguenze del taglio chirurgico della tradizionale portata della fattispecie. Se è vero che l'insindacabilità dell'attività amministrativa, a ben vedere, non è affatto il precipitato necessario della divisione costituzionale dei poteri, in quanto "il controllo del giudice non si esplica nei confronti dell'attività fisiologica dell'amministrazione, ma solo nei confronti di quella patologica"[590], è altrettanto vero che si deve consentire di verificare in concreto qual è stato il comportamento dell'agente, dal momento che oggetto di sindacato penale non è la legittimità dell'atto, bensì la verifica di condotte lesive dei beni giuridici tutelati. Nel caso

---

[588] Secondo G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, cit., p. 584, la riforma del 1997 è stata una delle poche "condivise", anche se "nonostante la chiara dizione normativa, non sono mancate, sia in letteratura sia in giurisprudenza, voci che hanno cercato di recuperare le formidabili prestazioni, in direzione di una interferenza del potere giudiziario nell'ambito della discrezionalità amministrativa, garantite dal vecchio abuso d'ufficio".

[589] Per una ricostruzione del bene giuridico tutelato, con particolare riguardo anche al 'cambio di passo' tra codice Zanardelli, che preferiva una tutela più orientata agli interessi del privato, e codice Rocco, che invece assumeva una posizione statocentrica, cfr. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., pp. 12 ss.

[590] S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 32 che prosegue "la compatibilità di controlli siffatti con il principio di divisione dei poteri è dimostrata dalla esistenza, anche nel nostro ordinamento, di casi di giurisdizione amministrativa estesa al merito, i quali in realtà, con la configurazione del giudizio di ottemperanza come istituto di ordine generale, si presentano come ipotesi potenzialmente idonee a investire tutta l'azione amministrativa".

dell'abuso d'ufficio, peraltro, questa esigenza di garantire la selettività della fattispecie, ancorata al suo effettivo disvalore, si è tradotta, a partire dalla riforma del 1997, nella costruzione di una fattispecie di evento[591].

Da questo punto di vista, non è peregrino sostenere che mantenere una formulazione che consentiva al giudice di 'entrare in contatto' con la norma attributiva del potere e con le modalità di esercizio del potere stesso, a condizione che le tecniche interpretative adottate qualificassero gli atti eventualmente viziati come "sintomo" o un "indizio" di un abuso, da confermare attraverso 'riscontri esterni' pregni di disvalore penale, sarebbe stata una soluzione preferibile, in linea con la ragionevolezza offensiva della fattispecie. Ovviamente, ciò avrebbe richiesto maggiore sensibilità interpretativa, nel senso che così come al giudice non può essere precluso di 'mettere le mani' nel concreto esercizio del potere, allo stesso tempo questi non può sostituirsi all'amministrazione e sindacare scelte di merito[592]. Sarebbe stato questo, insomma, un settore dove la giurisprudenza avrebbe dovuto dimostrare una propria "*etica del limite*", consistente nell'"assunzione di un abito mentale che renda il giudice guardingo nei confronti di ogni operazione interpretativa che abbia il tono dell'azzardo, dell'esorbitanza, dell'eccesso quando si tratta di estendere l'area del penalmente rilevante"[593]. E, allora, è proprio in quest'ottica che può recuperarsi il metodo interpretativo, costituzionalmente conforme, legato alla *funzione* (volendo, "funzionalizzante")[594]: poiché è sul terreno dell'abuso d'ufficio che ricadono le violazioni dei doveri funzionali dell'attività amministrativa, il riferimento alla discrezionalità come 'strumento' per realizzare un risultato può fornire una chiave interpretativa solida, accompagnata da un metodo di valutazione rigoroso da riservare altresì all'evento, di vantaggio o di danno[595], tale da segnare le 'colonne d'Ercole' della punibilità in questa materia.

---

[591] Per un commento al delitto di abuso d'ufficio coniato dalla l. 234/1997, per tutti, A. PAGLIARO, *La nuova riforma del delitto di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 11/1997, pp. 1394 ss.

[592] D'altronde, anche il sindacato del giudice amministrativo "incontra il limite della sfera di riserva della scelta di merito dell'amministrazione, che residua quale valutazione di opportunità all'esito del giudizio di bilanciamento operato dall'ente pubblico nel rispetto delle regole di legittimità, essendo ciò imposto, in ultima analisi, dalla necessaria separazione dei poteri dello Stato", GA. SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., p. 412.

[593] F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., pp. 88-89. Torna sull'etica del giudice, ID., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, pp. 1249 ss.

[594] Questa sarebbe una forma di interpretazione tassativizzante e tipizzante, che ammette di attingere all'"universo extrapenale", così da rifuggire da interpretazioni "puramente intuitive" o altre "astratte e onnivore" che, nella materia dei reati contro la p.a., "vedano nella compresenza di un qualsiasi generico interesse una distorsione funzionale del potere penalmente apprezzabile", così V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente*, cit., p. 14.

[595] Su questi requisiti, cfr. M. GAMBARDELLA, *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 2693 ss.

La mancanza di una sensibilità interpretativa di questo tipo ha dato luogo a tendenze estensivo-analogiche nell'applicazione del reato[596], rispetto alle quali si è avuta una reazione del legislatore. E il profilo di irragionevolezza della riforma emerge immediatamente: essa ha inteso espungere dalla fattispecie "le distorsioni smaccate e conclamate del potere discrezionale a fini di favoritismo indebito o prevaricazione arbitraria", mantenendo, invece, la punibilità di mere violazioni formali, di "bagatelle"[597]. Ciò ha determinato il ribaltamento dell'ordine di significati e valori interno al 'tipo', con la conseguenza di provocare l'irragionevolezza della tutela, accertata utilizzando il principio di offensività in chiave argomentativa[598]. La sola selezione di violazioni formali da parte del nuovo abuso d'ufficio, tra l'altro, non sarebbe espressione di alcuna condotta *abusiva*, distaccandosi definitivamente dal *nomen iuris* della fattispecie[599], mostrando una fisionomia tipica dell'illecito di mera disobbedienza[600]. Oggetto del reato non sarebbe più la condotta dell'agente, ma l'atto difforme rispetto al suo *dover essere*, con la conseguenza di trasformare la norma incriminatrice in un surrogato di tutela rispetto all'atto illegittimo, di per sé censurabile in via amministrativa.

Il congedo dalla sussidiarietà, oltre che da effettive esigenze di prevenzione speciale in senso rieducativo, rappresenterebbe l'infelice epilogo di questa involuta vicenda normativa.

Sullo sfondo, riemerge quella peculiarità dell'amministrazione ad agire in via *informale* e a valutare il *risultato* del proprio complessivo lavoro. Ciò significa che anche la mera irregolarità di un atto o la violazione di regole specifiche di condotta 'perdono quota' offensiva, scaricando tutti i giudizi di disvalore sull'evento, reso più debole dal venir meno del suo antecedente logico-valoriale, costituito dal disvalore d'azione. In altre parole, la nuova fattispecie presenta un rapporto invertito, se non un vero e proprio divorzio, tra un *Verhaltenstypus* sbiadito ed un *Wertverletzungstypus* che dovrebbe rappresentare proprio quel parametro che "la giurisprudenza di merito ha negli anni trascurato, lasciando di fatto inevaso il controllo critico imposto dalla cd. doppia ingiustizia"[601].

---

[596] Reazione altresì illusoria, in quanto come ricorda T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 8 "in tempo di formante giudiziario, che plasma la legalità, è illusorio pensare ancora che la legge possa equiparare *quadrata rotundis* o fare *de albo nigrum*: anzi, più pretende di farlo, più ottiene il contrario".

[597] T. PADOVANI, *L'erratica sopravvivenza*, cit., p. 2216.

[598] Per questo parametro di legittimità costituzionale, cfr., tra le tante, C. cost., 519/1995; 170/1996.

[599] Sulla necessaria corrispondenza tra il *nomen iuris* e il relativo tipo criminoso, anche con un'analisi storica delle "rubriche" dei vari reati, cfr. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, pp. 1346 ss.

[600] Secondo una prospettiva fortemente criticata da Carrara, proprio rispetto alla fattispecie di abuso d'ufficio, cfr. A. GARGANI, *L'"abuso innominato d'ufficio"*, cit., pp. 1232-33.

[601] M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., p. 12.

Nell'economia del nuovo abuso d'ufficio, peraltro, assume centralità la locuzione "dalle quali non residuino margini di discrezionalità", che riveste, come autorevolmente evidenziato, il ruolo di "elemento negativo del fatto, la cui sussistenza viene in radice meno se tale elemento (il potere discrezionale) ricorre"[602]. L'effetto di tale innovazione testuale consiste in una secca restrizione dell'ambito della punibilità nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale, autentico campo dell'azione amministrativa, destinato a promuovere la tutela delle aspettative individuali e collettive coerenti con la strategia di protezione dei diritti rimessa al potere esecutivo. È questo uno dei profili in cui si condensa la portata complessivamente poco ponderata dell'intervento di riforma[603].

Alla luce di ciò, non sembra eccessivo adombrare un aspetto di possibile violazione del canone di ragionevolezza/offensività in rapporto alla prima modalità di condotta: se, sotto il profilo teleologico, l'art. 323 c.p. sembra descrivere una fattispecie "senza bene giuridico", sul piano strutturale, esso definisce un tipo criminoso inafferrabile, per la difficoltà di individuare un *fatto*, collegata all'impossibilità di scindere attività amministrativa e attività discrezionale. Com'è evidente, questa limitazione non integra una norma penale di favore, in quanto esse sono "quelle norme che stabiliscono, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni", quelle cioè che "sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte dall'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva" e non "norme che delimitano l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato" [604], con la conseguenza che sarebbe precluso nei confronti di tale seconda categoria uno scrutinio costituzionale, in ossequio al principio di separazione dei poteri e della appartenenza di tale opzione incriminatrice alle prerogative parlamentari[605].

---

[602] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 10. È stato, inoltre, rilevato, che anche la stessa nozione di discrezionalità risulta "un elemento extra-penale di incerta definizione", quasi "in bianco", rischiando "di far derivare la tassatività del precetto dalla interpretazione giudiziale delle disposizioni extra-penali che attribuiscono e regolano poteri discrezionali connessi alla funzione", A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., p. 16.

[603] Già A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e di corruzione nell'ordinamento italiano*, cit., p. 143 rilevava come l'obiettivo di ridurre sempre più gli spazi di discrezionalità fosse un "compito impossibile rispetto all'attività della pubblica amministrazione, che non può essere ridotta, neppure concettualmente, ad una mera esecuzione delle norme".

[604] C. cost., 23 novembre 2006, n. 394, con note di V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum quad. cost.*

[605] C. cost., 18 gennaio 2022, n. 8, §7 proprio nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma primo, d.l. 76/2020, convertito in l. 120/2020, che ha riformato l'abuso d'ufficio, per violazione del canone di ragionevolezza *ex* artt. 3 e 97 Cost., ha affermato che, a differenza di quanto ritenuto dal rimettente, nel caso di specie non ci si trova dinnanzi a una norma penale di favore, qualifica che rappresenterebbe l'unico modo per ammettere un sindacato costituzionale sul contenuto di una norma penale (e non, invece, per vizio formale, come nel caso della violazione dei presupposti o dei limiti della decretazione d'urgenza *ex* art. 77 Cost.) in quanto questa richiede un raffronto con altra norma "generale"

3.1.1. *L'arduo tentativo di recuperare la rilevanza penale dell'attività discrezionale attraverso l'omessa astensione. Profili di irragionevolezza*

Le criticità della nuova formulazione dell'abuso d'ufficio, a nostro avviso, risultano difficilmente superabili anche provando ad ampliare il raggio selettivo della modalità alternativa della condotta, data dall'omessa astensione del pubblico agente "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti". È stato autorevolmente osservato, infatti, che conseguenza immediata della contrazione della prima condotta tipica rispetto all'attività discrezionale, motivata da esigenze di ragionevolezza, sarebbe la riespansione nei confronti di quest'ultima della modalità della fattispecie non toccata dalla riforma. In particolare, "l'attività deve essere discrezionale, in quanto se così non fosse l'obbligo risulterebbe privo di senso: sarebbe assurdo che un pubblico amministratore dovesse essere tenuto a non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque nelle stesse tassative condizioni, prive di margini di discrezionalità"[606].

Così intesa, l'estensione dell'omessa astensione, sotto le mentite spoglie della soluzione ermeneutica 'di tampone' finalizzata a garantire un minimo spazio applicativo all'abuso d'ufficio, rischierebbe di diventare l'ennesimo esempio di 'creazionismo giudiziario' di forzatura analogica del testo, con il risultato di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta[607].

A tal proposito, è bene osservare che anche rispetto a tale opzione ermeneutica possono essere avanzate censure.

Un primo profilo riguarderebbe un banco di prova essenziale del test di proporzionalità/ragionevolezza, e cioè la omogeneità assiologica interna al tipo

---

sincronicamente vigente mentre "la qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato *in malam partem* non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa dalla Corte".

[606] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 10. Nello stesso senso, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7; G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., §4.2.

[607] Sembra che in questa direzione si ponga la prima sentenza della Cassazione *post* riforma del 2020, sebbene affronti tale prospettiva interpretativa espansionistica solo in un *obiter dictum*. Il riferimento è a Cass., sez. VI, sez, fer., 17 novembre 2020, n. 32174. Di diverso avviso, invece, sembra essere una più recente sentenza della sesta sezione della Corte di Cassazione, 23 febbraio 2021, n. 7007, che chiarisce che la novella del 2020 non esplica alcun effetto nei confronti al segmento di condotta relativo all'inosservanza dell'obbligo di astensione.

criminoso[608]. Essa risulterebbe del tutto sacrificata per fare posto alla 'logica dell'equivalenza delle condizioni' tra due condotte non assimilabili dal punto di vista del relativo disvalore[609]. Ne deriva l'assoggettamento alla medesima cornice edittale di condotte eterogenee[610], ancorché legate inferenzialmente allo stesso tipo di evento, la prima essendo un illecito di mera disobbedienza di regole formali, la seconda, invece, una condotta omissiva causa di gravi torsioni funzionali del potere discrezionale, strumentalizzato per finalità privatistiche.

Dal punto di vista più strettamente letterale, invece, seguendo tale impostazione, l'attività discrezionale, espressamente esclusa dall'area applicativa della prima condotta 'abusiva', recupererebbe implicitamente terreno nel limitrofo ambito dell'omessa astensione. Esso, tuttavia, va comunque riferito "agli altri casi prescritti dalla legge" e, pertanto, vincolato ad un dato positivizzato. Se così non fosse, la fattispecie verrebbe integrata da un 'elemento implicito' della tipicità di fonte interpretativa[611], ammissibile nel solo caso in cui essa serva a conferire più pregnante tassatività alla figura criminosa, rendendone il contesto applicativo maggiormente selettivo, chiuso ad una "ermeneutica incontrollata"[612], da cui potrebbe derivare il rischio di far dire al reato 'tutto e il contrario di tutto'.

Questo modo di interpretare l'omessa astensione, che la sgancia da ogni riferimento ad enunciati normativi, potrebbe produrre effetti ancor più pregiudizievoli delle garanzie di certezza e prevedibilità insite alla funzione di tutela della norma incriminatrice, provocando quello che potrebbe definirsi un '*far west* interpretativo'.

Invero, poiché la fattispecie si pone anche a tutela dell'imparzialità dell'agire amministrativo, una ricostruzione del concetto di omessa astensione nei termini qui criticati, potrebbe aprire la strada al recupero ermeneutico della rilevanza della violazione dell'art.

---

[608] Sull'equilibrio interno al tipo legale, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 265 ss.

[609] Sulla 'logica dell'equivalenza delle condizioni' vd. *Supra* cap. I, par. 3 e apparato bibliografico ivi riportato.

[610] V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., pp. 364 ss. Sulla proporzionalità della pena quale criterio di ragionevolezza valido anche come parametro di legittimità costituzionale, si veda la recente riflessione di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit. Sul principio di proporzionalità in base al quale ponderare le tecniche di incriminazione, in virtù del "diritto fondamentale" sotteso alla norma di condotta, cfr. N. RECCHIA, *La principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 127 ss.

[611] Anche questa d'altronde sarebbe una forma di manifestazione di quell'ermeneutica di lotta che ha caratterizzato anche il settore dei reati contro la p.a. Rileva Massimo Donini che anche "la troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta", in quanto "la giurisprudenza che fa analogia si trova spesso di fronte prassi che suscitano uno «schifo morale». Quando ciò avviene rimane solo il penale a fare da argine all'assenza di etica pubblica: perché «se non è penale si può fare». E la supplenza giudiziaria è espressione di una malattia della società, prima che del sistema giuridico", in questi termini M. DONINI, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto*, cit., p. 20.

[612] M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., p. 1.

97, comma secondo, Cost., riproponendo un metodo interpretativo grazie al quale giurisprudenza ha destrutturato la precedente versione dell'art. 323 c.p.

Inoltre, una disinvolta lettura ermeneutica dell'omessa astensione potrebbe riportare in auge il disvalore dell'interesse privato in atti d'ufficio, fondato sulla presa "di un interesse privato in un atto d'ufficio", poiché la condotta in esso delineata "consentiva di ritenere rilevanti anche una presa di interesse in un atto legittimo della pubblica amministrazione"[613]. Ai fini dell'integrazione di quella fattispecie, infatti, era sufficiente la semplice presenza, anche solamente casuale o astratta, di un interesse privato pur se coincidente con quello pubblico[614].

La vera "anima" offensiva della condotta di omessa astensione dovrebbe allora potersi rinvenire nei risultati di una lettura sinottica, e tassativa, delle tre condizioni a partire dalle quali scatta l'obbligo di astensione, e cioè quello della presenza di "un interesse proprio, di un prossimo congiunto e negli altri casi prescritti dalla legge". Un'interpretazione conforme al principio di tipicità/offensività/ragionevolezza, e a quello di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica, pretenderebbe di equiparare quei presupposti alle situazioni che si correlano a possibili conflitti di interessi – come quelle stabilite dalla disciplina amministrativa in tema di inconferibilità e incompatibilità, chiare espressioni di una tutela preventiva del corretto agire della pubblica amministrazione.

In questo modo, risulterebbe altresì omologato il disvalore di azione delle due condotte alternative. Ciò che di certo rientra nella causa di astensione dell'interesse proprio e di un prossimo congiunto è la stessa ipotesi di astensione prevista per il compimento dell'atto amministrativo cui il funzionario è preposto, così confermandosi che la previsione è posta a tutela del conflitto di interessi.

La conclusione contraria, infatti, aprirebbe il 'tipo criminoso' ad ogni genere di interesse, anche a quelli presenti incidentalmente sulla scena dell'atto pubblico, ancora una volta riesumando l'evanescente e fumoso spettro di disvalore dell'interesse privato in atti d'ufficio[615].

In altre parole, non è attraverso il grimaldello dell'approccio ermeneutico che può trovare una definitiva e convincente via di uscita della consistenza normativa della omessa astensione, soprattutto alla luce delle tecniche e degli stili decisori seguiti in materia da una giurisprudenza che ha preferito all'"etica del limite" approcci interventisti che hanno

[613] T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 3.
[614] Lo ricorda, M. PELISSERO, *I delitti di violazione*, cit., p. 513.
[615] Già F. BRICOLA, *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., p. 47 ne sottolineava "l'alone di mistero e di incertezza in cui essa è avvolta".

fagocitato il tipo criminoso, trasfigurandone il volto definito dalla tassatività della sua doverosa interpretazione.
Sotto questo specifico aspetto, basti osservare i primi tentativi dei giudici di legittimità di "tassativizzazione" della locuzione "dalle quali non residuino margini di discrezionalità", che hanno già ammesso la possibilità di sindacare penalmente la inedita categoria della "discrezionalità in astratto ma vincolata in concreto"[616] o le ipotesi di eccesso di potere, nella forma sintomatica dello sviamento di potere, recuperando così spazi di rilevanza penale alle attività discrezionali.

3.2. *Il rapporto tra nuovo abuso d'ufficio, discrezionalità tecnica e teoria dell'autolimite*

Il nuovo abuso d'ufficio si trova, in conclusione, nel guado di due opposte sponde, oggi ancor più che nelle precedenti stagioni in cui è stato investito da interventi novellistici. Da un lato, il legislatore ha operato un taglio netto del tessuto connettivo tra sindacato penale e discrezionalità amministrativa; dall'altro, occupa la scena una resiliente giurisprudenza, decisa nel reperire scappatoie ermeneutiche pur di non abbandonare del tutto il proprio controllo sull'esercizio dell'attività discrezionale.
Gli spazi residui per quest'ultimo, invero, sembrano definitivamente compromessi: la capacità di indagine del giudice penale oggi si arresta dinnanzi al cancello della norma attributiva di potere discrezionale, con l'effetto che a restare preclusa è la stessa censura delle *offese* provocate dagli eccessi di potere, in quanto non sono più sindacabili le modalità attraverso cui si realizza il danno. A trovare conferma, così, è quell'idea di discrezionalità quale *mezzo* rispetto al risultato-*fine*: essa, tuttavia, continua a spiegare efficacia rispetto alle fattispecie che consentono al giudice di entrare in contatto con la norma amministrativa violata e perde copertura normativa nei casi di vizio emergente solo in un momento successivo, al di fuori di ogni prevedibilità *ex ante*. Come è stato acutamente rilevato in dottrina, lo stesso eccesso di potere – che, seguendo la citata sentenza 442/2021, rappresenterebbe una patologia ancora sussumibile nell'alveo di tutela apprestato dall'art. 323 c.p. – assume tratti indefiniti e "diviene riconoscibile generalmente soltanto dopo l'adozione del provvedimento quando viene rimessa in discussione la sua congruità rispetto

[616] Cass., sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057, con nota di GA. SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit.

agli scopi perseguiti e l'adeguatezza della ponderazione degli interessi pubblici"[617]. Così, esso rischia di prestare il fianco a una critica difficilmente superabile in sede penale, presentandosi "inidoneo ad essere posto alla base di un'incriminazione: la sua enorme duttilità non di rado lo rende poco riconoscibile in una prospettiva *ex ante*, ma leggibile solo retrospettivamente"[618]. Ne deriva che la sua rilevanza penale, poggiando su un disvalore legato al "movente illecito del pubblico funzionario", costituirebbe la "chiave di lettura per ricostruire la torsione finalistica dell'azione amministrativa, trasformando l'accertamento del reato in un autentico «processo alle intenzioni»"[619].

Sembra, dunque, necessario un impegno di categorizzazione e distinzione delle figure di discrezionalità connotate da maggiore problematicità rispetto alla nuova morfologia dell'art. 323 c.p., soprattutto in considerazione della natura flessibile delle molteplici sfumature della nozione stessa di discrezionalità[620]. Al di là del caso di eccezione individuato dalla sentenza 442/2021, consistente "nei casi di esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (cd. sviamento di potere)" – che, com'è stato osservato, si pone integralmente all'esterno del perimetro applicativo consentito – è utile soffermarsi su altri due "sotto-tipi" di discrezionalità, quella tecnica e quella riconducibile alla teoria dell'autolimite. È qui, infatti, che la giurisprudenza ha manifestato, quasi "per effetto di un *tic* ermeneutico"[621], le maggiori resistenze, scivolando talvolta sul loro inquadramento all'interno della più ampia categoria della discrezionalità[622].

La questione, in astratto, non dovrebbe affatto sorgere se si prende come riferimento il dato normativo: appartenendo al mondo dell'attività discrezionale, a prescindere dall'etichetta che queste figure ricevono, esse dovrebbero collocarsi in ogni caso al di fuori dell'area di interesse dell'abuso d'ufficio. La vicenda interpretativa, invece, risulta più complessa e, in vista dei suoi riflessi sullo spettro applicativo dell'istituto, certamente attuale. Volendo

---

[617] A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 82.

[618] A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 83, che prosegue sostenendo che "ci troviamo dunque di fronte ad una forma di riconoscibilità *postuma* del fatto tipico, che si pone in evidente attrito con le esigenze di determinatezza e di prevedibilità dell'illecito. Per riprendere il cd. *thin ice principle* di matrice anglosassone, la situazione del funzionario pubblico esposto al rischio penale può essere assimilata a quella di coloro che pattinano sul ghiaccio sottile: difficilmente essi potranno sperare di trovare un segno che indichi loro il punto preciso dove cadranno in acqua".

[619] *Ibidem*.

[620] V. MANES, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 394 notava già all'epoca dell'entrata in vigore della versione precedente dell'art. 323 c.p. che la confusione è fomentata da una "tendenza alla costruzione e alla descrizione dell'illecito penale mediante segni e concetti non penalistici che, lungi dal realizzare quelle garanzie di certezza che (almeno sulla carta) si propongono, possono provocare clamorosi «effetti collaterali», aprendo il varco a coefficienti di discrezionalità indotta incontrollabili che finiscono per guadagnare terreno vitale proprio nei confronti della legalità e della determinatezza".

[621] A. MERLO, *op. ult. cit.*, p. 80.

[622] GA. SERRA, *La Cassazione e il nuovo abuso d'ufficio*, cit., pp. 410 ss.

garantire massima 'serenità nello svolgimento delle funzioni amministrative' e abbandonare la cd. paura di amministrare, in particolar modo nella fase di elaborazione del risultato da perseguire all'esito della comparazione tra i differenti interessi coinvolti (fase discrezionale), deve ritenersi che il legislatore abbia immunizzato le condotte realizzate in esercizio di potere discrezionale dal rischio di una loro censura ai sensi dell'art. 323 c.p. Il legislatore, in breve, ha inteso eliminare la pressione sulla funzione amministrativa derivante dalla "riconsiderazione giudiziale dell'interesse pubblico"[623], provocato dalla circostanza che il giudice penale finiva per fornire egli stesso un'interpretazione (impropriamente) 'autentica' della norma, spesso generica, istitutiva del potere.

Alla luce di ciò, appare giusto interrogarsi sulla performatività penalistica delle figure, di creazione dottrinale, della discrezionalità tecnica e della teoria dell'autolimite, in quanto esse, pur recando nell'etichetta definitoria il nome di discrezionalità, vincolano l'amministrazione all'utilizzo di criteri tecnico-scientifici (discrezionalità tecnica) o attraverso un atto amministrativo (cd. autolimite). In altre parole, dato che non esiste una definizione normativa di discrezionalità, non può valorizzarsi una sua lettura "nominalistica", ritenendo che ad essere escluse siano tutte le categorie dommatiche di discrezionalità, ma, al contrario, deve patrocinarsi una concezione sostanziale di discrezionalità, secondo la quale essa va intesa come libertà "*nella ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine a un interesse primario*"[624], cioè come "scelta tra più soluzioni possibili". In particolare, "le soluzioni non solo non sono indicate dalla legge (in tal caso, non vi sarebbe quasi più bisogno di amministrazioni pubbliche), ma questa non indica neppure, necessariamente, gli interessi puntuali da prendere in considerazione, lasciando alla amministrazione stessa di sceglierli"[625].

Ciò che continuerebbe a circolare nell'area della rilevanza penale, invece, sarebbero le violazioni nell'ambito dell'attività vincolata, quella in cui "la pubblica amministrazione è, in ogni aspetto, regolata dalla legge, che indica presupposti, fini, contenuto, motivi etc. della decisione da prendere"[626].

---

[623] A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 82.

[624] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* III ed., vol. II, Milano, p. 49.

[625] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 433. Nella dottrina penalistica è stato attentamento osservato come l'attività discrezionale non può godere di una totale "libertà insindacabile", al punto che "l'atto discrezionale come atto assolutamente libero non esiste (…) tant'è che si ritiene la discrezionalità *positiva* ed espressione di una libertà di scelta demandata all'amministrazione per quelle sole parti dei propri atti che non siano predeterminate e vincolate", così R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 109.

[626] S. CASSESE, *Le basi*, cit., p. 432. Lo stesso Autore, invero, precisa che l'attività vincolata costituisce un caso di scuola, valido solo dal punto di vista dommatico, m non anche sul piano della prassi, poiché questi sostiene come anche l'attività vincolata conservi dei momenti di valutazione discrezionale. Questa posizione è stata al

Pertanto, sembra corretto operare talune precisazioni riguardo alle figure di discrezionalità sopra menzionate.

Innanzitutto, è opportuno prendere le mosse da quella che più si avvicina, sul piano degli effetti[627], al concetto di attività vincolata, e cioè la discrezionalità tecnica.

Per molto tempo, quest'ultima ha alimentato intensi dibattiti nella dottrina amministrativista, oscillando tra posizioni estreme, ancorché molto autorevoli, di segno opposto: a quanti facevano rientrare la discrezionalità tecnica nella discrezionalità amministrativa – al fine di estenderne il regime di insindacabilità[628] – si contrapponeva, a partire dallo studio sul *Potere discrezionale* di Giannini, l'idea secondo la quale la discrezionalità tecnica, "errore storico della dottrina"[629], non avesse nulla di discrezionale poiché carente di un momento 'volitivo' dell'esercizio della propria attività[630]. La discrezionalità tecnica, dunque, risultava di problematico inquadramento anche per garantire all'amministrazione uno spazio di manovra al fine di adeguare attività normativamente vincolate alle peculiarità del caso concreto e di una realtà sempre complessa e in continuo mutare[631].

Pur non potendosi assegnare una definizione certa e stabile a questa categoria, ad oggi può ritenersi che essa rappresenti la modalità di esercizio di potere amministrativo che si avvale di criteri tecnico-scientifici 'in senso stretto'. In altri termini, si tratta di strumenti valutativi forniti di oggettiva validità, dotati del crisma di scientificità tipica delle leggi di copertura. Proprio in virtù delle proprietà nomologiche di tali criteri, il ricorso a questa forma di esercizio di potere amministrativo risulta obbligato[632].

---

centro di un fervido dibattito con altri autori che hanno sostenuto una posizione di segno contrario, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/1988, pp. 3 ss. In particolare, l'impostazione della scuola gianniniana è stata criticata da quanti ritengono che l'eccezionalità della attività vincolata non costituisca fondamento dirimente al fine di eliminare dal mondo giuridico la concettualizzazione di tale categoria. Sul punto, appaiono molto efficaci le riflessioni di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, pp. 12-13.

[627] In questo senso, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999, p. 182, secondo il quale l'attività tecnica dell'amministrazione rientrerebbe nell'ambito della vincolatività, determinando così un ridimensionamento della "vasta accezione di merito".

[628] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo,* Padova, 1914 (con ristampa a cura di G. Miele, 1960); E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, pp. 190 ss.

[629] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 49.

[630] Attribuire la paternità dell'attuale concezione di discrezionalità tecnica a Massimo Severo Giannini non è del tutto corretto, poiché lo stesso illustre Autore sosteneva che il concetto stesso di discrezionalità tecnica fosse irrilevante e avesse un impatto solo sul versante processuale. La letteratura sulla discrezionalità tecnica è molto ricca. Tra tutti, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche,* Milano, 1985. Per una ricostruzione critica, cfr. F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit.

[631] D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., pp. 253 ss.

[632] Così, ad esempio, l'amministrazione chiamata a ridurre l'impatto di inquinamento acustico da traffico stradale urbano, per esercitare quel potere potrà utilizzare solo criteri propriamente scientifici.

In questo senso, gli effetti della discrezionalità tecnica presentano tratti di analogia con l'attività vincolata, piuttosto che con i caratteri che connotano la sfera della discrezionalità pura. Per queste ragioni, non sembra scomparsa la prospettiva di inquadrare le distorsioni di questa modalità di esercizio dell'attività amministrativa nello spettro di rilevanza del delitto di abuso d'ufficio.

La discrezionalità tecnica appare anche l'unica figura che può giocare un ruolo nella nuova configurazione di tipicità dell'art. 323 c.p., diversamente da quanto può dirsi rispetto alla diversa teoria dell'autolimite della discrezionalità[633].

Essa non è altro che attribuzione di un potere discrezionale ad un'amministrazione, che solo in un secondo momento decide di individuare i modi di esercizio dello stesso, autovincolandosi ad essi. In breve, in questi casi il potere è pienamente discrezionale, poiché si resta nell'ambito di un alto grado di 'opinabilità' della scelta, al punto che sarebbe preferibile parlare, in luogo di "autolimite", di 'predeterminazione delle decisioni amministrative come anticipazione della scelta discrezionale'[634].

In altri termini, accade qui che, per la peculiarità delle esigenze di potere discrezionale richieste dal caso concreto, l'amministrazione decida di autovincolarsi, attraverso criteri predeterminati, nelle operazioni di comparazione dei valori in gioco, al fine sia di evitare gli usi distorti del potere indotti da una incontrollata discrezionalità[635], sia di garantire la *par condicio* tra i concorrenti[636] e la massima prevedibilità dell'opzione.

In questi casi, quella della "predeterminazione" si pone come la sola strada tramite cui l'amministrazione sceglie di raggiungere il risultato[637].

Nella richiamata pronuncia 8057/2021, la Corte di Cassazione ha intercettato e incluso nel quadro della rilevanza penale anche questa figura di discrezionalità. I supremi giudici hanno ritenuto che "il legislatore della novella, stabilendo che l'abuso d'ufficio sia configurabile solo nel caso di violazione di specifiche regole di condotta […] dalle quali non residuino margini di discrezionalità", abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere

[633] P.M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

[634] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997. L'autore che ha coniato il termine "predeterminazione" in luogo di "autolimite", lo ha fatto poiché riteneva che quest'ultimo termine avesse connotato negativo, mentre il lemma "predeterminazione" è vettore di maggiore determinatezza del momento di anticipazione della ponderazione degli interessi, in senso positivo.

[635] GA. SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., p. 415.

[636] Da ultimo, Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209.

[637] Un'ipotesi esemplare di questo modello di esercizio della discrezionalità si rinviene nel caso dei concorsi universitari, ove la commissione solo successivamente si attribuisce i criteri che dovranno 'guidarla' nelle valutazioni e nelle decisioni.

già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (cioè un potere del quale la legge abbia preordinato l'*an,* il *quomodo*, il *quid* e *quando* dell'azione amministrativa); ma anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio"[638].

La decisione ha subito suscitato attenzione, in quanto rappresenta un tentativo di 'tassativizzazione' della fattispecie. La via percorsa dai giudici di legittimità sembra, però, non collocarsi nella direzione di ragionevolezza offensiva più adeguata.

Da un primo punto di vista, infatti, è opportuno specificare che la teoria della predeterminazione rientra tra le teorie della discrezionalità cd. pura, poiché il vincolo, sorto successivamente, non sarebbe imposto dalla legge ma direttamente dall'amministrazione investita del potere. Basterebbe questo argomento a vincere il tentativo di rendere la predeterminazione suscettibile di essere ricompreso nella proiezione di tutela dell'art. 323 c.p.

In secondo luogo, la Cassazione precisa che il potere, "astrattamente previsto dalla legge come discrezionale", diventa vincolato a seguito delle "scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio". Anche rispetto a questa osservazione è possibile individuare profili critici. Nel paradigma della predeterminazione, infatti, il vincolo viene imposto in forza di atti amministrativi[639], che depauperano l'amministrazione del potere originariamente attribuito, e non sulla base di comportamenti materiali dell'agente pubblico, come, invece, nel caso esaminato dalla Corte.

In conclusione, volendo ricorrere al metodo apagogico[640] di dimostrazione della irriducibilità della teoria della predeterminazione alla riformata formulazione dell'art. 323 c.p., anche nei casi ordinari di 'predeterminazione', le "regole di condotta dalle quali non residuano margini di discrezionalità" non sarebbero "espressamente previste in leggi o atti aventi forza di legge", bensì da atti amministrativi. L'unica possibilità di ritenere penalmente rilevanti le condotte realizzate in violazione dei vincoli previsti da queste fonti sarebbe, il ricorso allo schema della violazione mediata di legge, che sottende un aggiramento della legalità[641], come già osservato in rapporto alla sotto-fattispecie dei "titoli edilizi abilitativi".

---

[638] Cass., sez. VI, n. 8057/2021, cit., §3.
[639] GA. SERRA, *op. cit.*, p. 415.
[640] Su questo metodo interpretativo, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 369.
[641] A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 79, che ritiene che così "si finisce per attribuire al reato di abuso d'ufficio la struttura della norma penale in bianco".

L'opera di tassativizzazione, in conclusione, non può certo passare per un'estensione analogica della fattispecie[642], quando non addirittura per la creazione giudiziaria di un nuovo tipo criminoso, come accadrebbe ove dovesse consolidarsi l'indirizzo favorevole a perpetuare la rilevanza penale dello sviamento di potere o quello che declina, in maniera involuta, la configurabilità dell'abuso d'ufficio sulla casistica della teoria della predeterminazione e nei casi di eterointegrazione.

Le conseguenze – com'è noto – travolgerebbero la tenuta dell'edificio costituzionale dell'illecito penale, sacrificando definitivamente il principio di prevedibilità e il paradigma finalistico della pena, dal momento che, rendendo più ambigui i contrassegni di tipicità, viene alterato in maniera irrecuperabile anche il giudizio di colpevolezza, "che in assenza dei primi perde ogni referente e ogni contenuto"[643].

Tale pratica ermeneutica, infine, va ancor più censurata, se ad essere coinvolte sono funzioni cardine dello Stato costituzionale di diritto, poiché i pregiudizi che ne derivano inciderebbero negativamente sulle possibilità di realizzazione dei beni della vita nei confronti di tutti i consociati.

[642] V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente*, cit., pp. 12 ss. che, nel dettare lo statuto epistemologico dei vari metodi di interpretazioni costituzionalmente conformi, chiarisce che l'interpretazione tassativizzante e tipizzante è idonea per i casi "dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca o persino ambigua e fuorviante, sino a ipotesi in cui il dettato normativo "suscita dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili".

[643] V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 14.

Capitolo IV

Lo statuto penale della pubblica amministrazione costituzionalmente orientato: tra elementi di disvalore 'funzionale' e criteri interpretativi offensivizzanti.

SOMMARIO: 1. La tutela della *funzione amministrativa* come unica prospettiva costituzionalmente imposta. Ancora sulla valorizzazione ermeneutica della *funzione*. – 1.1. La poliedrica presenza della *funzione*, anche come bene 'mediato'. L'esempio dell'interpretazione tassativa dell'appropriazione peculativa e i riflessi sulla tutela 'immediata' del patrimonio. – 2. L'emersione di un fattore di frattura rispetto a questo modello di tutela: l'*ermeneutica di lotta* nel settore dei reati contro la p.a. Il caso dell'abuso d'ufficio. – 3. La censura di pratiche interpretative analogiche da parte della Corte costituzionale. L'importanza della sentenza costituzionale 98/2021 nelle vicende ermeneutiche dei reati contro la p.a. – 3.1. Alla ricerca degli elementi di pericolo concreto come baricentro offensivo delle singole fattispecie incriminatrici. L'esempio degli accordi corruttivi. – 3.2. La proiezione offensiva della "mediazione illecita" nel traffico di influenze cd. oneroso. – 3.3. Il caso della "gara" nelle turbative d'asta. – 4. Una vicenda esemplare. L'oltraggio a pubblico ufficiale da fattispecie del *prestigio* della p.a. a grimaldello di una lettura 'funzionale' dei reati contro la p.a. nella sentenza costituzionale 241/2019.

1. *La tutela della* funzione amministrativa *come unica prospettiva costituzionalmente imposta. Ancora sulla valorizzazione ermeneutica della* funzione.

Il modello deontico di amministrazione ricavato nel corso della trattazione, nel tentativo di fare i conti con i principi costituzionali fondativi l'edificio amministrativo, analizzati attraverso la lente di ingrandimento del diritto amministrativo stesso, esige di porre al centro delle riflessioni in materia l'elemento della *funzione*. Essa va intesa come il concentrato dei vari momenti che segnano l'azione amministrativa, dalla scelta discrezionale – sia nella individuazione del bene da realizzare, sia nelle modalità attraverso cui realizzarlo – alla concretizzazione del risultato. In questo concetto, in altre parole, si riassume l'essenza della

buona amministrazione, cioè, il precipitato oggettivo della integrazione dei principi di buon andamento e imparzialità, illuminati altresì dagli articoli 2 e 3 Cost.

Tali profili – già peraltro diffusamente segnalati – servono a individuare anche l'oggetto penalistico di tutela di riferimento[644].

È per tale ragione che lo studio di questo peculiare settore di parte speciale deve muoversi in una duplice prospettiva, da un lato individuando gli elementi di disvalore delle singole fattispecie, impliciti o espressi, che le connotano sotto l'aspetto modale e forieri di esporre a pericolo in concreto la dinamicità funzionale della p.a.[645]; dall'altro, sfruttando tali elementi ai fini interpretativi e protagonizzando, dunque, il giudice rispetto alle istanze di recupero dei canoni minimi di tipicità e offensività, nonché proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica, che, grazie ad una gemmazione dell'interpretazione costituzionalmente conforme, consistente nei moduli interpretativi di tipo tassativizzante (o funzionalizzante), può restituire nuova carica vitale a fattispecie umbratili sotto il versante della descrizione tipica e dell'offesa[646].

La conclusione sarebbe, dunque, quella di una forte commistione tra il piano della tipicità e quello della interpretazione.

È ben chiaro che questo modo di argomentare, in attesa di interventi normativi di riordino del titolo II del libro di parte speciale[647], scarica anche sul formante giurisprudenziale aspettative di garanzia dei predicati essenziali di prevedibilità della fattispecie[648], in un tessuto normativo di parte speciale che non sempre si lascia apprezzare per la precisione

---

[644] Approfondisce il tema del fondamento costituzionale di tutela nei reati contro la p.a., F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 2396-2398.

[645] Questi rappresenterebbero dei "limiti esegetici" della fattispecie, "che tengano conto della mobilità di taluni valori" e consentirebbero di adeguare la tipicità dei singoli reati alla eterogeneità delle 'funzioni amministrative', P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, II ed., Padova, 1972, p. 28.

[646] Tale intervento della giurisprudenza in funzione di integrazione tipicizzante dei reati contro la p.a. è auspicato altresì da V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., pp. 1126 ss.

[647] G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., p. 1430 evidenzia come non tutto il peso della tenuta dei principi di garanzia della materia penale possa essere affidato all'interpretazione conforme del giudice, grazie alla quale questi ottiene ampia discrezionalità, che ha inevitabilmente inciso sul principio di determinatezza, non più rivolto al legislatore nella fase genetica di produzione normativa, bensì agli interpreti. D'altronde, è innegabile l'importanza del contributo giurisprudenziale alla co-definizione di determinati tipi criminosi, messo in luce da V. MANES, *"*Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, pp. 955 ss.

[648] A. SANTANGELO, *Ai confini tra* common law *e* civil law: *la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, p. 343, che ricorda come "la sussistenza dei requisiti qualitativi del principio di legalità dipende, ai sensi dell'art. 7 CEDU, da chiarezza e precisione sia del testo legislativo sia dell'attività ermeneutica posta in essere dai giudici", innestando, anche negli ordinamenti di *civil law*, nell'ambito di un rapporto circolare le tensioni tra legge e giudice, sul presupposto che "il principio di legalità non può certo escludere il potere dei giudici di chiarire la portata applicativa di una determinata norma incriminatrice (…) purchè tale evoluzione sia in linea con la *ratio* del singolo reato e ragionevolmente prevedibile". Sul principio di prevedibilità, approfonditamente, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

delle singole opzioni incriminatrici, complice anche la circostanza, consustanziale al fenomeno che si intende disciplinare, di fare riferimento ad un oggetto di tutela ampio, variabile e sempre in divenire. Quest'ultima è dovuta al fatto che nucleo di tutela di questo *corpus* normativo è offerto da principi che recuperano materialità attraverso l'elemento della *funzione*. Essa risulta sempre presente sullo sfondo offensivo delle varie disposizioni, talvolta in via immediata, come nelle ipotesi di corruzione, talaltra in via mediata, come nella ricostruzione che si offre del peculato; ugualmente, tale elemento *funzionale*, talvolta è espressamente previsto tra gli elementi della fattispecie, come nel caso del nuovo oltraggio a pubblico ufficiale, altre volte è un elemento immanente[649], come accade rispetto alla concussione, in quanto esso rappresenta di certo l'oggetto della "speciale tutela predisposta in questo delicato settore del codice penale – mediante il ricorso alla modellistica del *Sonderdelikt*"[650]. Al fine di definire in maniera quanto più certa possibile il perimetro operativo di queste fattispecie e di renderlo compatibile con lo svolgimento fisiologico dell'attività amministrativa, è necessario, pertanto, saldare le condizioni stipulative essenziali che guidano le operazioni interpretative in argomento[651]. L'esigenza di un'ermeneutica prescrittiva, infatti, sarebbe in grado di ridurre la forbice applicativa interna ad uno stesso tipo criminoso, orientando di conseguenza anche le scelte del funzionario pubblico chiamato ad intervenire nella dinamica amministrativa tendente al risultato[652], dal momento che il riferimento alla *funzione* nella trama offensiva del tipo non rappresenterebbe

---

[649] N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 136 richiede che il requisito che si individua sia collegato agli interessi tutelati. Sull'immanenza di determinati requisiti in ogni reato, cfr. N. MAZZACUVA, *ult. op. cit.*, p. 141. Da un punto di vista ermeneutico, è stato specificato che "la determinatezza del precetto penale dipende anche dalla determinatezza di criteri di valutazione esterni al precetto", D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 52. Tale elemento della *funzione* dovrebbe rappresentare il punto di riferimento valoriale delle fattispecie a tutela della p.a., al fine di garantire maggiore tassatività ai tipi criminosi.

[650] V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., p. 183.

[651] Il discorso, invero, potrebbe arricchirsi di un ulteriore elemento 'di garanzia' attraverso il quale canalizzare la discrezionalità interpretativa del giudice al momento della decisione. Questo sarebbe offerto da uno stretto vincolo del giudice alla motivazione rafforzata rispetto a quegli elementi dell'offesa dei beni di pertinenza della p.a., laddove non espressamente previsti dalla fattispecie, stante lo stretto legame tra obbligo di motivazione e principio di legalità. In tal modo, si riuscirebbe a offrire prevedibilità oggettiva ai singoli elementi, formali e sostanziali, della fattispecie, che sarebbero oggetto di una più profonda opera di tassativizzazione. Adotta una prospettiva di recupero della legalità, sostanziale e processuale, in crisi attraverso l'utilizzo della motivazione rafforzata, in un freschissimo e ricco studio, M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di* stilus curiae, Milano, 2021, *passim*.

[652] Sull'individuazione di regole ermeneutiche capaci di guidare il giudice, tra tutti, F. CONSULICH, *Così è (se vi pare)*, cit., pp. 69 ss., che propone uno statuto giustiziabile dell'interpretazione, individuando sia regole interpretative, come il rispetto del principio di precisione, l'obbligo di astenersi dalle ridefinizioni, la prevalenza dell'interpretazione favorevole; sia "regole istituzionali", tra le quali indica anche l'onere di motivazione rafforzata, nei casi in cui il giudice intenda discostarsi da un precedente. Offre un paradigma *deontologico* di ermeneutica, soprattutto con riguardo ai moduli costituzionalmente conformi e dei relativi principi cardine, V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente*, cit., pp. 6 ss., che, condivisibilmente, avvia la sua indagine con "la difesa del senso letterale". Torna sul concetto di *deontologia ermeneutica*, V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale*, cit., pp. 1240 ss.

un elemento abbandonato alle precomprensioni, naturali e inevitabili componenti soggettive che si sviluppano nel bagaglio di esperienza del singolo interprete[653], ma un argomento oggettivo.

Con l'abbandono di questo rigore nell'accertamento di taluni elementi e con l'ammissione di un profilo offensivo delle fattispecie appiattito su oggetti giuridici sbiaditi, nel senso di non universalmente accettati o non più adesivi alla realtà sociale, come nell'ipotesi di una reviviscenza di declinazioni moralistiche di beni giuridici spiritualizzati, "si rischia di aprire la strada a pericolosi ed inaccettabili soggettivismi da parte del giudice"[654] e di foggiare un assetto normativo estraneo ai suoi presupposti stessi di tutela, fondato su mere violazioni di doveri formali privi di sfondo valoriale. Questa è la strada maestra, a ben vedere, per tornare ad una concezione sanzionatoria dell'illecito penale[655], ove, il fatto tipico, "essendo privo di ogni contenuto qualificato di disvalore, assumeva connotati di neutralità", nel senso che "non presentava requisiti sostanziali differenziali da altri tipi di illecito"[656]. Il diritto penale viene piegato, così, a una funzione di controllo della regolarità amministrativa[657] e abbandona definitivamente le proprie funzioni, preventive e teleologiche[658], che rappresentavano la vera via di fuga da una visione autoritaria della politica criminale.

Tale concezione trovava, invero, terreno fertile nel settore dei reati contro la p.a. in virtù del modello originario di pubblica amministrazione, costretto nelle maglie formalistiche dei doveri di adempimento di istanze di legalità formale. Al contempo, è proprio in questo campo d'indagine che il diritto penale doveva dimostrare il proprio elemento differenziale

---

[653] È attraverso le precomprensioni che l'attività del giudice finisce per assumere connotati inevitabilmente creativi in quanto questi foggia le fattispecie nel diritto vivente, G. FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, pp. 15-16. Nello stesso senso, sulle precomprensioni, cfr. altresì D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 49 che afferma che queste "riflettono l'immagine del mondo propria della nostra cultura, dal punto di vista dell'esperienza quotidiana, pre-scientifica, del vivere e dell'agire degli uomini: il mondo della storia".

[654] R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 224.

[655] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, *passim* e spec. p. 359.

[656] A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 23-24.

[657] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 356.

[658] A. SESSA, *Infedeltà e oggetto*, cit., p. 30 osserva come "il pericolo che a tutto ciò poteva conseguire restava, però, quello di legittimare, così argomentando, costruzioni dommatiche ideologicamente strumentalizzabili in termini politico-criminali a conferma, da un lato, di una chiara opzione volta alla accentuazione di istanze di difesa della collettività mediante la attrazione nel diritto penale di fatti indifferenti rispetto ai principi fondamentali dell'etica sociale e, dunque, della convivenza civile, ed a testimonianza, dall'altro, di una diffusa tendenza all'amministrativizzazione del diritto penale postmoderno. Pertanto, alla luce di quanto evidenziato, se si continuasse ad individuare nella semplice particolarità nominalistica della sanzione penale il criterio delimitante il diritto penale 'oggettivo', si dovrebbe prendere atto della sua strumentale ineffettività rispetto allo scopo. Infatti, pur nella consapevolezza della sua funzione preventiva, la sanzione penale non può e non deve sottrarsi a quel processo di umanizzazione del diritto penale, che passa attraverso una chiara interazione tra funzioni della pena e struttura dell'illecito (…). Si possono rinvenire, allora, nei postulati antiformalisti a base teleologica i criteri guida per fuggire l'incidenza di apporti precettivi esterni che, eliminando la primarietà del precetto penale, si rivelano strumentali al permanere di una funzione essenzialmente sanzionatoria del diritto penale".

rispetto agli altri illeciti, di natura disciplinare, amministrativa e civile, offerto da una proiezione di tutela di beni più significativi[659], che s'intrecciavano con le condizioni del "civil consesso"[660]. In altre parole, poiché l'ambito amministrativo-burocratico era ricco di illeciti di altro genere per violazioni di doveri formali, la sanzione criminale, il ricorso alla "immoralità necessaria"[661] della coercizione statale, andavano giustificati su fondamenti più profondi di tutela e su disvalori realmente 'meritevoli di pena' all'esito di un giudizio che, com'è noto, investa gli aspetti della materialità/offensività, della colpevolezza, delle funzioni della pena e della *extrema ratio*[662]. La soluzione contraria è "la vanificazione sostanziale di ogni proclama di parte generale a causa di fattispecie senza evento, di natura sanzionatoria e dai risvolti di tutela evanescenti"[663], che sottopongono il diritto penale a "meccanismi normativizzati, autoritativamente gestiti, sulla base di logiche tecnocratiche e specialistiche, refrattarie ad ogni percepibilità da parte dei destinatari, perché incidenti su attività tutt'altro che devianti, ma anzi comuni, addirittura socialmente essenziali"[664]. Conseguenze immediate si riflettono inevitabilmente anche sul piano dell'elemento soggettivo, ove trova spazio un'idea di colpevolezza normativa formale, nell'ambito della quale il rimprovero si fonda esclusivamente sulla mera violazione del dovere[665], al punto che si definisce la rimproverabilità come semplice "contrarietà della volontà al dovere"[666].

In questo modo, si finivano per assecondare quelle posizioni formalistiche, che rappresentavano il modo ordinario di 'leggere' le fattispecie di questo corpo normativo, che, ad esempio, attribuivano rilevanza penale ai sensi dell'art. 328 c.p. alla semplice violazione del dovere, anche in caso di rifiuto, ritardo od omissione di atto meramente interno all'ufficio[667]. In tali ipotesi, il reato coincideva con la ingenua "mancanza di zelo

---

[659] A. SESSA, *ult. op. cit.*, p. 22 chiarisce che "l'appiattimento del diritto penale sulla regola dell'indissolubilità del binomio precetto-sanzione evidenzia una chiara incapacità di assicurare al 'fatto' quelle funzioni di garanzia che gli sono proprie e che, oltre alla mera legalità formale, esigono la sostanziale individuazione di disvalori meritevoli di pena".
[660] A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., p. 5.
[661] M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009.
[662] Per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit.
[663] A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., p. 4,
[664] A. VALLINI, *ult. op. cit.*, p. 5.
[665] R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., p. 49.
[666] *Ibidem*. L'Autore, invero, critica l'appartenenza di questa concezione alla sua categoria "normativa". Egli osserva (p. 51) che "essa, infatti, a ben vedere, non attiene tanto alla "categoria" della colpevolezza, vale a dire alla relazione psichica tra il soggetto e la legge che, a grandi linee, costituisce il nucleo essenziale attraverso il quale il soggetto entra in contatto con i valori dell'ordinamento, bensì riguarda ancora l'elemento psicologico, e cioè la relazione psichica che intercorre tra il soggetto agente e l'elemento oggettivo del fatto tipico. E ciò è dimostrato dalla circostanza che (…) questa relazione è meramente estrinseca, formale, non essendo necessario che il soggetto abbia agito in modo consapevole contro la norma".
[667] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 360.

nell'assolvimento di doveri funzionali"[668], in maniera del tutto adesiva ad una dimensione disciplinare del diritto penale[669], con il rischio di appiattire quest'ultimo su funzioni repressive di condotte in violazione di norme ricavate da altre branche dell'ordinamento[670] e annichilendo l'elemento soggettivo su paradigmi di responsabilità simili a quelli della responsabilità oggettiva[671]. Com'è stato acutamente osservato, secondo questa visione, "non è il fatto di per sé ad interessare; è il fatto *in quanto, e solo in quanto, contrario alla disciplina*" ad essere portatore di disvalore meritevole di sanzione criminale[672].

Una riconversione ermeneutica delle fattispecie, orientata ai nuovi beni costituzionali di pertinenza della p.a., impone di considerare oggetto di tutela il buon andamento, inteso quale forma di estrinsecazione oggettiva della 'buona amministrazione'. È rispetto a queste forme evolutive di letture penalistiche del materiale normativo che trova spazio la massima sinergia tra tipicità e interpretazione, al fine di far vivere quelle disposizioni al 'passo coi tempi', in modo più conforme all'ordinamento[673].

Accade così che l'omissione di atti d'ufficio, concepita nell'ambito del modello di amministrazione "per atti"[674] e dunque strumentale a rispondere ad esigenze di garanzia della legalità procedurale dell'amministrazione[675], di per sé idonea a realizzare anche l'efficienza dell'azione amministrativa, passa da illecito di mera disobbedienza a tutela della fedeltà e probità del funzionario, a reato di danno in quanto punisce il mancato compimento di una condotta che realizza l'interesse pubblico[676]. In breve, a causa di questa violazione

---

[668] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 364.
[669] A. VALLINI, *ult. op. cit.*, pp. 89 ss.
[670] A. SESSA, *ult. op. cit.*, p. 22.
[671] N. MAZZACUVA, *ult. op. cit.*, pp. 151-152, che riferisce questo rischio ai reati omissivi propri.
[672] A. VALLINI, *ult. op. cit.*, p. 89.
[673] Questa integrazione tra fonte legale e ruolo del giudice è alla base della "nuova legalità", lumeggiata da R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 145, ove sottolinea che "un giudice che relazionandosi direttamente alla Costituzione guarda di riflesso la legge e che quindi si svincola dalla subordinazione alla legge, per subordinarsi alla legge cosituzionalmente conforme". Sia chiaro, tuttavia, che nella prospettiva della presente indagine, lo spazio di "creazionismo" che si concede al giudice, nelle vicende relative ai reati contro la p.a., che hanno scopi di tutela malleabili, è quello cd. "debole o descrittivo", che attesta il dato della partecipazione dell'interprete alle vicende del diritto, come evidenziato da F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., p. 77 e non, invece, quello "di una vera e propria legalità giurisprudenziale, vale a dire di una legalità dove l'attività interpretativa del giudice si fa talmente significativa e preponderante che ciò che rileva è l'esito interpretativo, la norma, a prescindere dalla relazione che quest'ultima ha o mantiene con la disposizione, con la conseguenza che assume rilevanza e legittimità anche quella norma che ha perso i contatti o addirittura disattende, tradisce, contraddice la disposizione" (così, R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, p. 145).
[674] Vd. *Supra* cap. I, par. 2.1.
[675] M. ROMANO, *I delitti di rifiuto*, cit., p. 19, che spiega: "predisposta in linea di principio a reprimere così la semplice violazione di un dovere funzionale interno all'ufficio o al servizio (…), la disposizione veniva ad apprestare alla pubblica amministrazione una tutela ampia e indifferenziata, sotto l'aspetto della sua essenziale funzione di servizio per il cittadino e i terzi ma anche della sua organizzazione interna".
[676] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 373; M. ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 19. Sulla possibilità di individuare eventi di danno all'interno di reati omissivi propri, cfr. N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 152, in quanto una simile operazione risulta "indispensabile" così da garantire il rispetto del principio di materialità.

l'amministrazione non ha raggiunto i propri obiettivi di risultato,[677] in quanto l'atto dell'ufficio omesso o ritardato non è "un atto del pubblico ufficiale verso la pubblica amministrazione, ma un atto della pubblica amministrazione verso l'ordinamento"[678]. Attraverso questo snodo interpretativo, si riesce ad assegnare anche maggiore offensività a condotte sbiadite sotto il profilo della materialità dell'evento di lesione[679].

L'emersione interpretativa del danno quale elemento implicito del tipo, grazie al quale si ottiene un ambito applicativo più certo e uno sfondo di tutela più vivo, è frutto del contributo fornito da una forma di interpretazione tassativizzante, che consente di individuare elementi di disvalore interni al tipo, in funzione di garanzia dell'autore del fatto[680]. Ne è conseguito il superamento di una concezione metodologica del bene giuridico nel caso di specie, finalizzato a offrire tutela allo scopo della norma stessa. Invertendo i termini del ragionamento, si rischia di riesumare beni spiritualizzati, come il prestigio della p.a. o il dovere di fedeltà, che, com'è stato attentamente osservato, "è un dovere e non un bene meritevole di protezione"[681]. Si restituisce, dunque, dignità al processo di "progressiva enfatizzazione del prestigio della p.a. a scapito dell'interesse, generico ed esangue, al suo buon andamento che trova il suo naturale esito nella codificazione del 1930"[682], ove venivano esaltati i "doveri di zelo, lealtà, fedeltà del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio verso la pubblica amministrazione"[683].

---

[677] Una simile ricostruzione potrebbe aderire a quelle posizioni che intendevano riconoscere la sussistenza di elementi di evento anche rispetto ai tipi omissivi propri, N. MAZZACUVA, *ult. op. cit.*, p. 152-153, ove riconosce che, secondo queste teorie, "qualsiasi reato omissivo proprio «si presenta sempre come mancata realizzazione di un risultato utile (di un evento): sia che la norma penale comandi la produzione di uno stato di fatto valutato positivamente, sia che comandi la eliminazione di uno stato di fatto preesistente dannoso o pericoloso. Il passo verso l'individuazione di un evento naturalistico anche all'interno delle fattispecie omissive proprie viene, a questo punto, agevolmente compiuto".

[678] M. ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 22.

[679] N. MAZZACUVA, *ult. op. cit.*, p. 140 che osserva che "non sembra potersi dubitare che, anche nel caso di «offesa» ad un bene immateriale, questa rappresenti proprio il «risultato» (l'evento) tipico dell'azione, anche se non vi è stata una modificazione del mondo esteriore". Continua l'Autore (p. 141) sostenendo che "non pare, altresì, del tutto soddisfacente il criterio basato sull'esistenza di una vera e propria «successione» cronologica tra azione ed evento, ben potendosi ipotizzare, invece, tra i due concetti un nesso consistente «in una conseguenzialità e in una distinzione logica»: ben può accadere, infatti, che «il risultato tipico… sia inscindibilmente contestuale all'azione, pur costituendo l'effetto dell'azione stessa, e questo, naturalmente, riferito sia ai beni materiali che a quelli immateriali»". L'Autore elabora un ragionamento finalizzato a ricercare "una nota esteriore della pura omissione che, similmente al ruolo che svolge l'evento in relazione agli altri reati, garantisca il rispetto del principio di materialità del fatto" (p. 152).

[680] N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., pp. 144-145 e, rispetto alle fattispecie omissive proprie anche pp. 157-158. Sulla funzione di garanzia del tipo legale, per tutti, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, pp. 1254 ss.

[681] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 279.

[682] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, p. 367. Rileva F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 2416 che "la nuova configurazione costituzionale della burocrazia pone in luce la necessità di una contrazione della tutela del prestigio del funzionario entro limiti più circoscritti".

[683] M. ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 18.

1.1.La poliedrica presenza della funzione*, anche come bene 'mediato'. L'esempio dell'interpretazione tassativa dell'appropriazione peculativa e i riflessi sulla tutela 'immediata' del patrimonio*

Il ruolo assegnato alla *funzione* all'interno delle fattispecie contro la p.a. impone un approfondimento rispetto a singoli tipi criminosi, così da dimostrarne anche la diversa posizione che essa può ricoprire. Si è visto, ad esempio, l'impatto di questo elemento all'interno dell'omissione di atti d'ufficio, ove la *funzione* viene attentata in via immediata, dalla cui assenza nel "sostrato di fatto dell'offesa" può ricavarsi la carenza di materialità e, di conseguenza, l'inoffensività del fatto stesso, a seguito della "insufficienza del mero disvalore di azione a riempire di contenuto lesivo il comportamento incriminato"[684].

Un ulteriore banco di prova per testare il ruolo ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante, rispetto agli scopi di tutela di una disposizione incriminatrice, è offerto dalla condotta di appropriazione che racchiude il centro di disvalore del delitto di peculato. In questo caso, ciò che si intende dimostrare è la aggressione diretta della condotta in parola ad un bene diverso da quello della funzione, dato dal patrimonio dell'ente pubblico, che, tuttavia, canalizza (media) l'offesa ai beni di più stretta pertinenza della p.a. In assenza di questo 'passaggio patrimoniale obbligato', rispetto alla configurazione di questa fattispecie difficilmente potrà configurarsi il tipo.

Nella condotta di appropriazione, infatti, viene in rilievo il rapporto patrimoniale-funzionale tra il bene e l'ente pubblico proprietario, alterato dall''abuso di fiducia'[685] del pubblico agente e tale da "illuminare l'attitudine offensiva della condotta"[686]. La rilevanza penale del fatto risiede nell'aggressione – allo stesso modo di fattispecie imperniate sulla medesima scansione strutturale, quali l'appropriazione indebita e il furto – a quella situazione patrimoniale nella sua fase statica*,* attraverso un comportamento che non è altro che "la realizzazione della volontà di appropriarsi" della cosa[687], impeditiva al titolare del diritto di proprietà di esercitare le proprie facoltà. Ciò si verifica all'interno di una struttura di tipicità

[684] N. MAZZACUVA, *ult. op. cit.*, p. 145.
[685] Con questo lemma, depurato da sfumature eticizzanti, si intende rappresentare la strumentalizzazione del bene "affidato" al pubblico agente.
[686] C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio,* cit., p. 11.
[687] A. PAGLIARO, *Appropriazione indebita,* cit., pp. 225 ss.

la cui spina dorsale si sviluppa per intero sul rapporto economico-funzionale tra pubblico agente e p.a., modificato da un'usurpazione unilaterale del primo.

La dinamica offensiva che sta dietro le aggressioni unilaterali, tipicizzate nei delitti contro il patrimonio, sembra segnare i termini della ricostruzione lesiva anche della condotta di peculato, con la precisazione che in tale fattispecie l'alterazione del rapporto di signoria sulla cosa si accompagna anche a ricadute sul piano funzionale della tutela.

Partendo da questo assunto, ci si potrà ora interrogare sui limiti della condotta di appropriazione che vanno ricavati dal riferimento al tipo criminoso[688]. Emergeranno, così, le differenze tra i fatti riportabili nel tipo appropriativo rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p. e condotte distrattive in senso stretto, appartenenti al *genus* di quelle che il legislatore ha inteso mantenere fuori dal perimetro del peculato a seguito dell'intervento di riforma della l. 86/1990[689].

L'interesse pratico di questa operazione interpretativa si collega al fatto che nella nozione di appropriazione confluisce una nutrita casistica di sotto-fattispecie. È necessario perciò delineare una nozione dai solidi contorni che possa favorire la sussunzione in essa di condotte omogenee sul piano del disvalore.

A tal proposito, è opportuno osservare che la cd. distrazione appropriativa rappresenta una forma di appropriazione[690], in considerazione della circostanza che "la volontà storica del

---

[688] Solo per il tramite di un'attività interpretativa, che si fonda non solo sulla struttura linguistica della disposizione, ma anche sul connesso profilo valutativo complessa, si può cogliere il disvalore indiziato dalla fattispecie pietra d'angolo del 'tipo criminoso' e della 'sostanza dell'incriminazione'; così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale',* in *Quad. fior.*, 2007, pp. 1310-1311. Accoglie una nozione di 'tipo criminoso' e di 'sostanza dell'incriminazione' anche M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., 2011, pp. 115 ss., sebbene in una prospettiva parzialmente diversa, che assegna al *testo* non già una funzione rigorosamente denotativa, bensì un valore solo "esemplificativo del tipo criminoso". Una simile concezione ridimensiona significativamente il canone della determinatezza della disposizione incriminatrice, in quanto "se si intendesse obiettare che una formulazione aperta aggraverebbe il procedimento interpretativo a causa dell'estensione delle possibilità interpretative, allora si sarebbero fraintesi i compiti dell'interprete, i quali non consistono affatto nell'applicazione di qualcosa di già preformato, ma nella formazione tramite l'applicazione".

[689] Prima della riforma del '90, infatti, non si dubitava che nell'ampia formulazione dell'art. 314 c.p. rientrassero tanto condotte lesive del patrimonio – quelle, per l'appunto, appropriative – quanto condotte offensive del solo buon andamento – riconducibili al *genus* delle distrazioni. Le modifiche degli articoli 314 e 323 c.p. perseguivano l'obiettivo di distribuire tra diversi titoli di reato le condotte prima sussumibili nell'area di disvalore del solo peculato: mentre a quest'ultimo si riservava la punibilità delle condotte di appropriazione, all'abuso d'ufficio si attribuiva la funzione di reprimere le distrazioni idonee ad alterare l'imparzialità e il buon andamento e produttive di vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, o di danno ingiusto. Lo spostamento delle condotte distrattive non impropriative nell'abuso d'ufficio ha privato il peculato della specifica funzione di protezione del buon andamento, il quale viene in rilievo in via mediata sia quale conseguenza indiretta della lesione del patrimonio della p.a., sia quale bene giuridico sempre presente nel titolo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a

[690] In questo senso, G. COCCO, *Il peculato come delitto di evento. Dalla dogmatica alla pratica,* in *Resp. civ. Prev.,* 2019, pp. 374 ss. e giurisprudenza *ivi* riportata; C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione,* cit., p. 86; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione,* in AA.VV., VII ed., Milano, 2016, pp. 123 ss.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto*, cit., pp. 373-375; C. CUPELLI, *I delitti di peculato*,

legislatore di «spostare» i fatti distrattivi nell'area applicativa dell'art. 323 c.p. non può pretendere un ossequio tale da paralizzare una propria, logica e coerente, capacità estensiva della nozione di appropriazione"[691].

La soluzione qui considerata permette di valorizzare la dimensione offensiva delle fattispecie suscettibili di sussunzione. Sarebbe, pertanto, per niente privo di ragionevolezza equiparare, nella medesima cornice di tipicità, tanto il fatto di chi si appropria di una somma di denaro o di un bene in proprietà aliena (pubblica o privata), sempreché nel suo possesso per ragioni di ufficio[692], quanto quello di chi se ne appropria attraverso un suo utilizzo diretto, come nel caso di colui che paghi un viaggio con strumenti solutori intestati all'ente pubblico di appartenenza o una cena con denaro pubblico[693]. In queste seconde ipotesi, infatti, ricorrerebbe la situazione tipica dell'appropriazione qualificata del pubblico agente: egli, avendo la disponibilità immediata della *res* per ragioni dell'ufficio rivestito, realizza in via definitiva, attraverso il pagamento diretto, i due momenti della fattispecie appropriativa – espropriativo e impropriativo. In questo caso, il comportamento *uti dominus* del pubblico agente appare idoneo a perfezionare il tipo del peculato, inclusivo del danno patrimoniale e, in via mediata, di quello funzionale alla p.a.

La sottrazione del bene alla sua finalità istituzionale, dunque, rappresenta una forma di distrazione suscettibile di inquadramento nel peculato solo se ad essa segue la condotta di

---

cit., p. 56; R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale,* in *Dir. pen. proc.,* 2001, p. 1140; S. CAGLI, *Peculato e malversazione,* in *Dig. Disc. Pen.,* XI, 1995, pp. 334 ss.; F. PALAZZO-E. TARQUINI, *Peculato,* in *Enc. Giur. Treccani,* XXII,1995, p. 3; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive,* in *Ind. Pen.,* 1993, pp. 699 ss. Anche Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2012-3 maggio 2019, n. 19054. Per l'esclusione dall'area della punibilità a titolo di peculato delle condotte di distrazione a profitto proprio, cfr. A. DE LIA, *Riflessioni sul tema della configurabilità del peculato mediante distrazione, Cass. pen.,* 2018, pp. 4168 ss.; F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, cit., p. 2817. Secondo V. MANES, *La Cassazione davanti alle sfide*, cit., p. 393, attraverso il concetto di distrazione appropriativa si aggirerebbe "tanto la *littera* quanto la *voluntas legis*"; mentre nella prospettiva di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* cit., p. 190 "far rivivere sottoforma di appropriazione la distrazione a profitto proprio equivarrebbe a far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore ha cacciato dalla porta".

[691] F. PALAZZO, *Peculato,* cit., p. 22.

[692] Dall'appropriazione andrebbe, infatti, estromessa la condotta di chi consegua un rimborso di spese per le quali era intervenuta l'autorizzazione dall'ente erogatore. In questo caso, infatti, quella condotta avrebbe natura 'ottenitiva' e non 'appropriativa'. La diversità tra le due situazioni è strutturale: nell'azione ottenitiva difetta sia il presupposto della fattispecie oggettiva, cioè il possesso della cosa per ragioni di ufficio, sia il dolo di impropriazione, cioè la volontà di appropriarsi della somma attraverso le fasi che caratterizzano il tipico procedimento di interversione. Mette ben in luce questi aspetti differenziali tra condotta appropriativa e condotta ottenitiva, anche rispetto alle diverse forme di responsabilità in cui può incorrere il pubblico agente, come quella erariale, Cass., sez. VI, 2 marzo 2021, n. 40595.

[693] Ai fini della ricomprensione di questa classe di condotte nelle maglie dell'appropriazione rilevante nel contesto dell'art. 314 c.p., "sarà indispensabile guardare oltre e individuare il beneficiario dell'utilizzo" proprio per valutare il suo atteggiamento come *uti dominus*: se l'interessato finale si identificherà con il proprietario originario della somma di denaro, non potrà dirsi realizzata la condotta appropriativa né sotto il profilo oggettivo dell'alterazione del rapporto patrimoniale né sotto quello soggettivo; per questo insegnamento, cfr. C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'appropriazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444.

utilizzo del bene *animo domini* produttiva dell'*interversio possessionis*, e quindi tale da provocare un conflitto intersoggettivo che rende definitiva l'alterazione dell'originario rapporto di proprietà. Questa ricostruzione evidenzia un'ulteriore distinzione tra appropriazione-distrazione rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p. e distrazione punibile – al più – ai sensi dell'art. 323 c.p. Essa non può essere disgiunta da un richiamo alle modalità casistiche di verificazione dei fenomeni, stante la sottigliezza delle sfumature riguardanti in special modo il momento negativo della condotta, che sul piano strutturale appare quello maggiormente affine ai due tipi di fatti. Si fa riferimento a micro-situazioni in cui il soggetto agente ha fatto uso solo momentaneo del bene altrui, realizzando una rottura solo funzionale del vincolo tra proprietario e cosa[694], che, non producendo alcuna vera e propria espropriazione[695], non rileva anche sulla stabilità del rapporto patrimoniale[696]. A ciò sarebbe inevitabilmente collegata la diversità della fase c.d. positiva[697]: nella predetta ipotesi, questa non completa il procedimento impropriativo ma si traduce in una mera differente destinazione del bene pubbico[698]. L'eterogeneità degli sviluppi fattuali non può che incidere anche sul tipo di lesione arrecata[699].

---

[694] F. PALAZZO, *Peculato,* cit., p. 23, evidenzia che è proprio il carattere definitivo della fase negativa a distinguere l'appropriazione dalla distrazione, al quale si accompagna quello impropriativo della fase positiva. Così anche A. PAGLIARO, *Appropriazione indebita,* cit., pp. 225 ss.

[695] "Il che spiega come sia possibile parlare di distrazione anche da parte dello stesso proprietario, come in materia di bancarotta, poiché l'aggressione distrattiva non implica necessariamente un risultato in termini di «espropriazione»", così F. PALAZZO, *Peculato,* p. 23, al quale si rinvia anche per una panoramica delle teorie che qualificavano come peculato le appropriazioni "sia pure per un momento".

[696] Anche la dottrina che vede nel peculato un reato a tutela del solo buon andamento della p.a., assume che l'elemento del danno patrimoniale correlato al fatto di impropriazione induce a qualificarlo come delitto di evento; in tal senso, G. COCCO, *Il peculato come delitto di evento,* cit., pp. 374 ss.

[697] Ben evidenzia la diversa centralità che la fase positiva della condotta distrattiva ricoprirerebbe se posta all'interno del peculato o dell'abuso d'ufficio L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* cit., pp. 707 ss.

[698] Pare corretto, pertanto, escludere la rilevanza penale a titolo di peculato della distrazione a profitto pubblico, in cui attraverso l'atto di disposizione si realizza una finalità pubblica e non risulta compromesso il rapporto patrimoniale tra bene ed ente pubblico; in questo senso, PALAZZO, *Peculato,* p. 27.

[699] Questa impostazione escluderebbe dall'area di rilevanza a titolo di peculato le condotte di distrazione che non producono l'estromissione in via definitiva del bene della p.a. e il conseguente danno patrimoniale ad essa. Un esempio potrebbe essere quello del medico che utilizzi isolatamente l'apparecchiatura di un ospedale pubblico, al di fuori del contratto di *intra moenia*: tale ipotesi andrebbe sussunta nella fattispecie meno grave dell'abuso d'ufficio, maggiormente orientata alla tutela del buon andamento della p.a., dell'abuso d'ufficio. La condotta del medico, infatti, realizzerebbe l'evento del vantaggio patrimoniale, senza provocare la rottura irreversibile della relazione tra proprietario (ospedale) e bene (apparecchiatura), né alcun altro apprezzabile pregiudizio patrimoniale. In argomento, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 39; G. AMARELLI, *I delitti di peculato*, cit., p. 51; C. CUPELLI, *I delitti di peculato,* cit., p. 56; R. BARTOLI, *La distinzione,* cit., pp. 1141-1143; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione,* cit., pp. 711 ss. Nel senso della configurabilità dell'abuso d'ufficio in caso di condotte distrattive causative di un vantaggio patrimoniale per il pubblico agente, ma non dell'espropriazione definitiva del bene rispetto alla p.a., dell'impropriazione del bene e del danno patrimoniale alla medesima, cfr. Cass., sez. VI, 17 febbraio 2015, n. 18465; Cass., sez. VI, 11 maggio 2011, n. 30280; Cass., sez. VI, 9 giugno 2010, n. 35150.

Simmetricamente, ogni altra ipotesi distrattiva sarà collocabile nel campo di applicazione degli artt. 323 o 314, secondo comma, c.p. Tra esse possono essere annoverate quelle, poc'anzi richiamate, che si caratterizzano per il carattere squisitamente abusivo-funzionale della condotta dell'agente[700].

Un concetto di appropriazione così ristrutturato, sotto il profilo linguistico-lessicale e assiologico-valutativo, tassativizza la figura criminosa nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi. La centralità che acquisisce il momento impropriativo, anche quando consegue a una condotta *ab origine* distrattiva, appare in sintonia con il canone costituzionale della determinatezza del tipo legale. La proposta interpretazione, infatti, realizza una convergenza dei significati linguistici della locuzione "si appropria" e degli elementi extratestuali con esso compatibili, quali gli scopi di tutela e le valutazioni legislative legate al disvalore del fatto appropriativo, garantendo, anche se "nel difficile ascolto di tutte le pretese e di tutti gli interessi", l''equilibrio' della decisione giuridica[701]. Proprio l'individuazione in questi termini del tipo criminoso abbassa il rischio di applicazioni analogiche della fattispecie, attualizzando i principi di tipicità e prevedibilità e il carattere frammentario della tutela penale[702].

Sembrano questi, peraltro, i moduli giuridico-argomentativi che la Corte di Cassazione ha utilizzato in due recenti e importanti decisioni – le sentenze *Marino*[703] e *Bernardini*[704] – relative alla sotto-fattispecie peculativa dell'appropriazione delle cd. spese di rappresentanza da parre di soggetti politici. La Corte in tali vicende, seppur in un contesto riflessivo più ampio, che si è spinto fino alla trattazione di questioni legate ai rapporti tra diritto penale sostanziale e processuale e, in particolare, della ripartizione dell'onere della prova tra le parti, ha cesellato un concetto tassativo di appropriazione.

Ai profili relativi alla fisionomia della condotta appropriativa – necessaria per conferire il dovuto rilievo al disvalore delle modalità di lesione[705] – deve seguire l'inquadramento della

---

[700] Cass., sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484.

[701] Se il legalismo classico supportava l'idea della decisione 'certa', espressione "di onnipotenza del diritto e della decisione giuridica che s'impone sempre identica quale che sia la fattispecie concreta decisa", la crisi della sua dimensione 'filosofica' favorisce un modello di decisione ispirato all''equilibrio', dove prevale la *ratio* rispetto all'*auctoritas*. Tale 'rottura' trova origine nell'apertura del pensiero Occidentale, di tipo "ordinante e razionalizzante", al confronto con il "dirompente vitalismo che viene dall'Oriente ed in cui il fondamentalismo dei dogmi si unisce ad un ridimensionamento dell'individuo razionale e della sua pretesa di tutto comprendere", così F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1287-1289.

[702] F. PALAZZO, *Legalità penale,* cit., pp. 1310-1311.

[703] Cass., sez. VI, 15 maggio 2019, n. 21166.

[704] Cass., sez. VI, 2 marzo 2021, n. 40595.

[705] C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore,* cit., pp. 2 ss.

componente del disvalore di evento[706], spesso lasciata in secondo piano nella prassi applicativa dei reati contro la p.a.[707]. Questo elemento, che nel peculato esprime connotazioni di tipo giuridico, si colora di graduazioni diverse e peculiari rispetto agli altri reati contro la p.a. e, soprattutto, a quello del limitrofo abuso d'ufficio, nei confronti del quale inverte l'ordine dei rapporti tra i beni giuridici tutelati: in via 'immediata' il patrimonio, in via 'mediata' il buon andamento.

La plausibilità di tale affermazione discende, ancora una volta, guardando con attenzione alla condotta di appropriazione, dal momento che "è nella concretezza dell'episodio lesivo che l'interpretazione patrimoniale prende forma e dimensione"[708]. La componente patrimoniale-funzionale del peculato è immanente alla condotta stessa di appropriazione, che non può non avere, in una prospettiva che guarda al principio di offensività come "canone interpretativo universalmente accettato", un significativo spessore valoriale, a dimostrazione che l'attitudine lesiva della *funzione*, e nel caso del peculato anche del patrimonio, di un reato non implica necessariamente la previsione espressa del relativo danno tra i suoi elementi costitutivi.

2. *L'emersione di un fattore di frattura rispetto a questo modello di tutela: l'ermeneutica di lotta nel settore dei reati contro la p.a. L'esempio dell'abuso d'ufficio*

Le vicende pretorie che hanno interessato il campo dei reati contro la p.a., tuttavia, non sempre hanno seguito modelli decisori ossequiosi dei limiti imposti dalle fattispecie, manifestando un atteggiamento "di lotta", di reazione, cioè, verso fenomeni ritenuti offensivi della legalità dell'azione amministrativa, anche se si collocavano al di fuori dell'area di tipicità delle varie norme incriminatrici poste a presidio di quei determinati beni giuridici. L'arsenale a disposizione degli interpreti per realizzare le accennate forzature del testo – giustificate dall'esigenza di 'aprirlo alla realtà che muta'[709] a causa della "ineffettività del

[706] In giurisprudenza sovente queste due componenti del fatto tipico vengono sminuite, sia sotto il profilo oggettivo che sul versante soggettivo. Emblematiche le decisioni che riconducono al peculato le distrazioni a profitto pubblico, cfr. Cass., sez. VI, 16 settembre 2019, n. 38260; Cass., sez. VI, 23 gennaio 2018; Cass., sez. VI, 2 febbraio 2017, n. 14580; Cass., sez. VI, 17 luglio 2013, n. 1247. In dottrina, sulla rilevanza di questo elemento all'interno della costruzione tipica della fattispecie penale, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, pp. 135 ss.

[707] V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., p. 1129.

[708] C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore,* cit., p. 75.

[709] Questa, ad esempio, la giustificazione criminologica dei casi, già affrontati, della "smaterializzazione" dell'atto d'ufficio o dell'emersione giurisprudenziale del tipo della "concussione ambientale", che è stata

sistema" normativo[710] – era composto soprattutto dal grimaldello dell'analogia, frustrando così i connotati essenziali dell'illecito penale quale illecito di modalità di lesione, espressione del principio di frammentarietà[711].

In secondo luogo, dinnanzi ad una modulazione malleabile del perimetro delle fattispecie, veniva meno altresì la possibilità del soggetto di conoscere il precetto penale, inteso quale "condizione soggettiva della colpevolezza, secondo aspetto del principio di legalità"[712]. Questa conseguenza si riverberava sulla libertà del pubblico agente di svolgere le proprie *funzioni* orientandole liberamente al *risultato*: la giurisprudenza, reinterpretando gli schemi di funzionamento della p.a. in una prospettiva di massimizzazione della tutela della legalità dell'azione amministrativa, abbandonava il riferimento alla *funzione*, assecondando una "tendenziale diversificazione e distribuzione della risposta punitiva non secondo la scala di disvalore stabilita dal codice, ma secondo una diversa prospettiva valoriale"[713].

Questo movimento interpretativo "d'assalto", frutto pur sempre di una "eticizzazione della risposta punitiva"[714], ha coinvolto diverse fattispecie[715].

Quella che più di tutte attiene allo svolgimento dell'azione amministrativa nella sua fase *fisiologica*, però, è rappresentata dall'abuso d'ufficio.

Com'è noto, la riforma del '97 ha ristrutturato il reato *ex* art. 323 c.p. nelle sue componenti di tipicità, arricchendolo di elementi che avrebbero dovuto foggiare una maschera dotata di maggiore chiarezza e tassatività: esso veniva integrato del requisito della cd. *doppia*

---

qualificata come "ambientale", appunto, "perché lo stesso fatto non può essere inquadrato nella fattispecie di concussione, tipicizzata dal nostro codice", V. MANES, *La «concussione ambientale»*, cit., p. 646. Sui profili criminologici della corruzione, con particolare attenzione alla stagione di "Mani Pulite", per tutti, i contributi presenti nel volume G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003; su quelli della concussione ambientale, cfr. G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto concussione-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/1996, pp. 476 ss.

[710] V. MANES, *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. pen.*, 1/2009, p. 457.

[711] Osserva F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1222, che "bisogna riconoscere senza infingimenti che l'esperienza mostra come anche il nostro massimo organo di nomofilachia non raramente avalli, accrediti o addirittura promuova interpretazioni in violazione del divieto di cui all'art. 25, comma 2, Cost.".

[712] D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 47.

[713] V. MANES, *Manifesto e latente nella repressione*, cit., p. 456. Sul ruolo della prospettiva valoriale di tutela che si adotta, quale forma di "precomprensione" del giudice, rispetto alle "fenomenologie criminose emergenti dalla prassi giudiziaria", cfr. G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2000, pp. 883 ss., che evidenzia come "la ricostruzione empirico-criminologica delle prassi corruttive (…) può essere influenzata dalla chiave di lettura che di volta in volta si adotta; per cui la stessa realtà criminologica non si dà come dato oggettivo e neutrale, ma è essa stessa risultato dell'applicazione di schemi interpretativo-ricostruttivi che possono variare".

[714] *Ibidem*, che formula questo giudizio rispetto alle interpretazioni che hanno portato alla "estinzione della specie normativa tipizzata nella fattispecie della corruzione impropria, verosimilmente sulla scorta di un livellamento in termini di riprovevolezza tra le contrapposte ipotesi di corruzione (propria e impropria)".

[715] Sulle vicende interpretative delle fattispecie di corruzione, cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.

ingiustizia, consistente nella "violazione di norme di legge o di regolamento ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti" che "intenzionalmente" provocavano un "ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o un altrui danno ingiusto".

Un primo banco di prova della tipicità del nuovo reato era dato proprio dall'ampiezza semantico-applicativa che la giurisprudenza avrebbe assegnato alla perifrasi "violazione di norme di legge o di regolamento", in quanto era da questo canale semantico che la giurisprudenza avrebbe potuto veicolare la permanente rilevanza penale dell'eccesso di potere, che, invece, la riforma intendeva estromettere dall'alveo di disvalore dell'abuso di ufficio. A tal proposito, sono sorte varie correnti interpretative, alcune fin da subito intenzionate ad affermare ragioni di stretta legalità nell'applicazione del delitto in parola; altre, mosse da finalità di garantire una più ampia tutela ai beni funzionali coinvolti, anche a costo di neutralizzare la portata innovatrice della riforma, attraverso un'estensione forzata di tale locuzione.

Un primo filone, inaugurato dalla nota sentenza *Tosches*, ha stabilito che per integrare il requisito della violazione di norme di legge o di regolamento "occorre che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio; pertanto sono irrilevanti le violazioni di norme a carattere meramente procedimentale, ovvero le violazioni di norme generalissime o di principio"[716]. Tale indirizzo era in grado di offrire stabilità ad un tipo normativo che, rispetto all'elemento della condotta, adesso in esame, richiedeva di essere contenuto entro confini certi. Non a caso alcuni autori lo avevano qualificato come norma penale (o parzialmente) in bianco[717], in quanto rinviava alle "norme di legge o di regolamento" la definizione della regola di condotta violata, cioè l'individuazione della parte più densa di significato del *Verhaltenstypus*[718].

---

[716] Cass., sez. II, 4 dicembre 1997, ric. *Tosches*, con nota di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 9/1998, pp. 2232 ss. e di A. TESAURO, in *Foro it.*, 2/1998, pp. 258 ss.

[717] A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., pp. 261 ss. Riassume le diverse posizioni sorte in dottrina, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»*, in *Cass. pen.*, 3/2001, pp. 1031-1032, che pure pare propendere per la soluzione della norma parzialmente in bianco.

[718] Come evidenziato da C. Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti*, cit., p. 1034, "nella nuova tipicità la violazione della norma di legge (…) precisa la condotta, delineandone i confini. La norma di legge ha il fondamentale compito di indicare il precetto, o meglio il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio deve (o meno) tenere; talchè è indispensabile che essa rispetti i canoni di tipicità e tassatività propri di un precetto penale, ponendo in tal modo un vincolo per l'interprete". Ritiene, invece, che la novella del 1997, nella "esigenza di raggiungere un più forte livello nella tassatività della fattispecie", abbia condotto "ad una formalizzazione, forse eccessiva, della condotta penalmente rilevante", M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 1769.

Com'è stato condivisibilmente osservato, la sentenza *Tosches* tenta di reagire al rischio che "un'interpretazione formalisticamente orientata del requisito della violazione di norme di legge o di regolamento possa, per una sorta di eterogenesi dei fini, tradire le ragioni politico criminali della riforma e consentire al magistrato penale un impiego troppo disinvolto, se non addirittura improprio o anomalo, del reato in questione"[719].

A questo indirizzo si sono, tuttavia, avvicendate molte pronunce, sia di merito sia di legittimità, che hanno fatto strame del principio affermato in *Tosches*.

In primo luogo, pur nel formale ossequio al segnalato principio di diritto circa l'esclusione della attitudine precettiva dell'art. 97 Cost., la giurisprudenza di merito è giunta ad affermare che l'elemento oggettivo del reato "non deve necessariamente consistere nella violazione diretta ed immediata di un precetto, ma può anche consistere nella violazione di un sistema di norme"[720]. Tale interpretazione, in questo modo, finisce "per frustrare quella funzione di conoscibilità sottesa al vincolo di determinatezza e tassatività della legge penale"[721].

Anche attraverso pronunce di questo tipo è possibile ricavare una sorta di ritorno delle concezioni sanzionatorie dell'illecito penale, strumentalizzando quest'ultimo per realizzare prospettive di tutela a sfondo moraleggiante, più "funzionale", poiché non ci si interessa di indagare in concreto i fenomeni distorsivi dell'agire pubblico attraverso la violazione di un precetto chiaro e determinato, ma si declassa il reato a illecito di mera disobbedienza.

Un'altra lettura 'distorta' della *Tosches*, dal momento che quest'ultima viene rispettata solo nominalmente, salvo poi sostanzialmente discostarsi dal suo principio di diritto, è quella ove si equipara alla violazione di norme di legge o di regolamento la "condotta che si pone fuori dallo schema di legalità", dimenticando l'indicazione della norma violata[722]. Secondo questa giurisprudenza, infatti, è sufficiente ad integrare il tipo "qualunque condotta non conforme al presupposto stesso da cui trae origine il potere", intendendo così far riemergere la rilevanza penale dell'eccesso di potere, pur formalmente adeguandosi al principio di diritto espresso da quella sentenza che, invece, intendeva escluderlo.

---

[719] A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., p. 3, che prosegue "la sentenza si fa, cioè, portavoce del timore che l'art. 323 c.p., per come è stato congegnato dal legislatore del 1997, possa continuare a legittimare, in termini forse ancora più allarmanti che in passato, indebite forme di interventismo giudiziario in contrasto col principio costituzionale della divisione dei poteri e si propone pertanto il compito di individuare idonei parametri selettivi in grado di contenere le presumibili spinte estensive della giurisprudenza futura".

[720] Trib. Napoli, sez. IX, 30 novembre 1999, con nota critica di C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti*, cit.

[721] C. CUPELLI, *ult. op. cit.*, p. 1038, in quanto "appare utopico e fuorviante pretendere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio una *piena* capacità ricognitiva (e *riconoscitiva*) di interi sistemi normativi che, di volta in volta si volessero individuare con l'effetto, tra l'altro (…), della necessità per lui di possedere una non comune qualità di *premonizzare* sulla nascita di nuovi *precetti* in sede interpretativa".

[722] Cass., sez. VI, 9 febbraio 1998, n. 5820; Cass., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229; Cass., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196.

L'indirizzo che più di tutti, però, è stato espressione di quella *ermeneutica di lotta* di cui si è fatto cenno, è offerto da quel filone che prende definitivamente le distanze da *Tosches*, anche da un punto di vista formale. Ed infatti, attribuendo rilevanza immediata alla violazione dell'art. 97 Cost., i giudici abbracciano un'idea di ermeneutica mossa da giudizi di natura politico-criminale, orientati ad apprestare una più serrata protezione ai beni funzionali di pertinenza della p.a., sul presupposto di una presunta lacuna normativa nella difesa degli stessi[723]. Attraverso il ricorso a moduli interpretativi analogici, la giurisprudenza, andando oltre "il senso del testo"[724], intende ricomprendere all'interno della violazione di norme di legge anche la violazione dell'art. 97 Cost., in quanto dotato di efficacia precettiva, fissando quest'ultimo il dovere di imparzialità al quale si sarebbero dovuti attenere i pubblici agenti[725]. Così si è stabilito che l'art. 97 Cost. può essere violato "nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionalmente vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni"[726].

Il pericolo insito in una simile lettura, che ammette l'integrazione del tipo attraverso la violazione diretta di norme generalissime o di principio, come quella individuata all'art. 97 Cost., consiste nell'abbandono definitivo delle geometrie applicative del nuovo reato alle "precomprensioni" del singolo giudice nel caso concreto circa il modo di intendere l'aggiramento di formule di principio, inidonee a prescrivere modelli di condotta[727]. Le conseguenze negative di queste pronunce si riflettono immediatamente sul sacrificio del principio di prevedibilità, oggettiva e soggettiva, della fattispecie[728], a causa di una

---

[723] Cass., sez. VI, 17 novembre 2009, n. 4979; Cass., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453; Cass., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Cass., sez. VI, 23 giugno 2015, n. 40320. Ricorda che in diritto penale quelli che possono sembrare "lacune di punibilità", sono, invero, scelte di mantenere "uno spazio libero dal diritto penale", riprendendo il pensiero di Tiedemann, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata"*, cit., p. 1244.

[724] D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 52, ove riconosce "l'irrinunciabilità del divieto di analogia", che "significa prendere sul serio il principio di legalità come vincolo per l'interprete". Tale vincolo è dato dal "senso del testo e distinguere in base ad esso se una data occorrenza stia dentro o fuori il suo campo di riferimento".

[725] C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 282, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, sottolinea che in questo modo la giurisprudenza ha avuto l'occasione di poter sindacare l'eccesso di potere.

[726] Cass., sez. II, 20 novembre 2015, n. 46096. Sul punto osserva S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 284 che risulta "impossibile condurre un'attenta verifica sull'esistenza di una relazione causale tra la violazione e il vantaggio o il danno, che risulterebbe abbastanza velleitaria ed in ogni caso esposta ad un elevato livello di opinabilità". Appartengono a questo filone giurisprudenziale, tra le tante, Cass., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 22871; Cass., sez. VI, 29 ottobre 2018, n. 49549.

[727] M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 1766.

[728] Sul duplice e autonomo profilo del principio di prevedibilità, cfr. A. SANTANGELO, *Ai confini tra* common law *e* civil law, cit., pp. 345 ss.

indeterminatezza insanabile[729] dovuta alla confusione della natura precettiva o meno tra regole e principi[730]. In altre parole, si aprono le porte del tipo criminoso ad un'incontrollabile "*judicial making law*" in quanto sarebbe rimessa integralmente al giudice l'individuazione della regola violata, ricavata da una norma di principio consistente in una disposizione teleologicamente orientata, che assegna al buon andamento e all'imparzialità la direzione finalistica dell'attività amministrativa: il bene giuridico tutelato, cioè, assumerebbe un diverso 'sostrato di materialità' in base alla situazione che viene in rilievo, affidando, poi, al singolo giudice penale la valutazione circa la conformità o meno al modello legale di quell'azione amministrativa, con il risultato di confondere anche il piano dell'irregolarità amministrativa (ma liceità penale) e illiceità penale[731].

I tentativi di forzatura ermeneutica dell'abuso d'ufficio, in conclusione, non si sono arrestati alla precedente formulazione del testo, ma, già nelle prime applicazioni della nuova versione del reato, si sono avute reazioni giurisprudenziali alla esclusione espressa dell'attività discrezionale dal controllo del giudice penale[732]. In particolare, massima espressione di questo filone è stata la già segnalata sentenza 442/2021 che, sebbene in un *obiter dictum*, ha ritenuto ancora configurabile l'abuso d'ufficio "nei casi di esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (cd. sviamento di potere)"[733].

---

[729] A. TESAURO, *ult. op. cit.*, p. 9 spiega che "il passaggio da una prospettiva *testualmente orientata* ad una prospettiva *costituzionalmente orientata* del requisito della violazione di norme dovrebbe imporre l'adozione di soluzioni interpretative in linea con le direttive fissate dall'art. 25, secondo comma, Cost.". Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto la configurabilità del delitto di abuso d'ufficio attraverso la violazione dell'art. 97 Cost., cfr. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 279 dando prevalenza ad esigenze di rispetto del *testo*. Ed infatti, quest'ultimo ha sostenuto che "occorre tener conto dell'art. 12 disp. Prel. C.c. comma 1, il quale, com'è noto, disciplina positivamente l'interpretazione della legge, prescrivendo che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal *significato proprio delle parole*, secondo la connessione di esse, e dalla *intenzione del legislatore*. E solo quando «il significato proprio delle parole» sia oscuro o qualche termine presenti uno spazio semantico «aperto» si può ricorrere all'«intenzione del legislatore». Qui le parole usate dal legislatore sono viceversa molto chiare e univoche, esse si riferiscono alle norme di legge *tout court*: e dunque a tutte le norme di legge senza alcuna eccezione" e, pertanto, "il giudice penale può ricondurre al concetto di «norma di legge» i parametri costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione al fine di sanzionare l'uso distorto della discrezionalità amministrativa". In questo senso altresì A. PAGLIARO, *La nuova riforma*, cit., p. 1399.

[730] Sulla differenza tra regole e principi e sulla loro differente capacità di produrre effetti giuridici rispetto ai singoli casi concreti, rispetto alla specifica area di applicazione dell'abuso d'ufficio, A. TESAURO, *ult. op. cit.*, pp. 10 ss. In generale, su questi diversi concetti, M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 26 ss.

[731] Critici sulla capacità prescrittiva dell'art. 97 Cost., *ex multis*, S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 284; C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 279; V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e* fast law *ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018, pp. 19 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Le fattispecie di abuso*, cit., p. 1636; V. MANES, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 392.

[732] Gli aspetti interpretativi relativi alla nuova fattispecie di abuso d'ufficio sono stati affrontati *supra*, cap. III, parr. 3 ss.

[733] Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442.

3. *La censura di pratiche interpretative analogiche da parte della Corte costituzionale. L'importanza della sentenza costituzionale 98/2021 nelle vicende ermeneutiche dei reati contro la p.a.*

È opportuno segnalare un recente 'presa di posizione' della Corte costituzionale diretta a mettere al bando talune pratiche interpretative "finalisticamente orientate" a garantire una massima tutela ai valori in gioco e tali da legittimare il dissolvimento della funzione di barriera del testo[734].

Questo filone costituzionale, inaugurato con la sentenza 115 del 2018 e proseguito con le 'sentenze gemelle' 24 e 25 del 2019, ha trovato espressione ancora più esplicita nella freschissima pronuncia 98 del 2021, che ha censurato, sebbene all'interno di una declaratoria di inammissibilità, operazioni pretorie così ardite, e decisamente al di là del "senso del testo", da violare il "divieto di analogia".

Nella sentenza 115/2018, quella che ha messo un punto fermo alla cd. *saga Taricco*, i giudici della Consulta, al celebre §11, hanno specificato che "perlomeno nei Paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo".

La pronuncia che, invero, desta maggiormente interesse in questa sede è l'ultima del richiamato orientamento, e cioè la 98/2021. In tale decisione, la Corte costituzionale prosegue in maniera ancor più incisiva, penetrando in profondità e arrivando a toccare le radici del principio di stretta legalità[735]. Essa, al §2.4, chiarisce che "il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò – continua la Corte – nella prospettiva culturale nel cui segno è germogliato lo stesso principio di legalità

[734] Testimonia, spiegandone le cause, le prime manifestazioni di 'giurisprudenza analogica', apparentemente giustificata dalla "inerzia del legislatore", volta ad "estendere a casi non preveduti dalla legge norme penali dettate con altre finalità", P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pp. 14 ss.

[735] La definisce "un felice caso di serendipità giuridica" L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività*, cit., p. 207.

in materia penale, è il testo di legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicchè non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. (…) Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito all'art. 25, secondo comma, Cost. e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale: corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti (…) sia della garanzia soggettiva, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione".

Dalla lettura dei passi più significativi delle citate sentenze, emerge una decisa e consapevole riabilitazione della perentorietà del vincolo del testo e dunque del tipo legale tassativo, non solo rispolverando dalla soffitta un convitato di pietra del principio di legalità quasi mai preso in considerazione, ma dando prova, sebbene in una forma "indiretta", della natura giustiziabile del divieto di analogia, in quanto la Corte lo ha utilizzato per censurare il presupposto giuridico della questione di legittimità costituzionale, fondato su una qualificazione giuridica del fatto viziata da un'estensione analogica della fattispecie[736].

Sotto questo profilo, i giudici costituzionali dimostrano un 'cambio di passo', che non sembra "frutto di un reflusso di semplicismo ingenuo o, peggio, di un legalismo

[736] La questione concerneva la legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., "nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare un contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio". Il presupposto giuridico su cui si innesta tale questione è la riqualificazione giuridica del fatto, rimasto immutato nei suoi estremi materiali: all'imputato originariamente veniva mossa una contestazione per atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p. All'esito del dibattimento, il rimettente ha modificato l'imputazione nella diversa e più grave fattispecie di maltrattamenti in famiglia prevista all'art. 572 c.p., ritenendo di poter qualificare la donna offesa come "una persona della famiglia o comunque convivente", nonostante il rapporto affettivo tra i due soggetti durasse da un tempo relativamente breve, circa quattro mesi e non fosse incardinato all'interno di una convivenza *more uxorio*. La persona offesa, infatti, era semplicemente "solita frequentare la casa ove l'uomo viveva con la madre e la sorella, e nella quale lei stessa talvolta si tratteneva". La ricomprensione del fatto nella diversa fattispecie di maltrattamenti in famiglia, che ha condizionato l'applicazione nel giudizio *a quo* della disposizione della cui legittimità il giudice dubita, dunque, poggiava sulla attitudine, ricavata da una consolidata giurisprudenza di legittimità, di considerare come rapporto di convivenza o di appartenenza familiare una relazione di fidanzamento di breve durata, purchè stabile, e non caratterizzata peraltro da una stabile convivenza. Sul rapporto tra analogia.e interpretazione estensiva rispetto al concetto di "convivenza", cfr. L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività*, cit., p. 208 ss.

fetiscistico"[737]. Esso, invero, può avere importanti riflessi sul piano della legislazione[738] ma, soprattutto, su quello dell'attività di *ius dicere*[739]. Questi, infatti, rivolgono un monito diretto ai giudici, di legittimità e di merito, ai quali viene lanciato un "robusto richiamo, affinchè esercitino il loro controllo sui risultati interpretativi delle norme che applicano, fossero pure risultati raggiunti dal massimo organo di nomofilachia, in tutti i casi in cui possa venire in discussione il divieto d'analogia sfavorevole"[740].

A seguito di questa pronuncia, assegnando al divieto d'analogia compreso nell'art. 25, comma secondo, Cost., forza "dimostrativa", riconosce di poterlo utilizzare per sindacare la legittimità costituzionale di filoni interpretativi consolidati, rispetto ai quali viene sollevata questione di legittimità costituzionale[741]. Il 'diritto vivente', infatti, ha assunto una posizione sempre più centrale anche nell'incidente di costituzionalità: non a caso la possibilità di sindacare indirizzi giurisprudenziali monolitici può ricavarsi da un'altra recente pronuncia della Consulta, la 32 del 2020[742]. In questo modo, la Corte riuscirebbe ad eliminare un'altra

---

[737] V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale*, cit., p. 1252.

[738] La Corte costituzione, infatti, chiarisce che "per altro verso, il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce l'ovvio *pendant* dell'imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità dei termini impiegati». Tale imperativo mira anch'esso a «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito», nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato". Critica sul rispetto del principio di determinatezza da parte del legislatore nella formulazione delle disposizioni penali, L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività*, cit., pp. 210 ss. e spec. 215, la quale, dopo aver rilevato un approccio "bulimico" del legislatore alla materia penale, spiega che questo si è tradotto innanzitutto in una "tendenza a neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi (il clandestino, il corrotto, il terrorista, il pedofilo etc.) secondo modelli evocativi del diritto penale del nemico e del tipo d'autore, a scapito del diritto penale del fatto, e poi in un ricorso sempre più frequente agli elementi "emotivi di fattispecie", come il grave turbamento".

[739] C. CUPELLI, *Divieto di analogia* in malam partem, cit., p. 1814.

[740] F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., p. 1222, che ritiene che tale monito abbia come destinatario privilegiato i giudici di merito.

[741] C. CUPELLI, *Divieto di analogia* in malam partem, cit., p. 1815. F. PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 1223 ammette tale possibilità, riconoscendo come "ferma" e "pacifica" la "possibilità, per la Corte, di sindacare la costituzionalità di una *interpretazione* sufficientemente consolidata". L'illustre maestro osserva, tuttavia, "che la stringenza del divieto d'analogia è tale che – paradossalmente – può praticamente rendere molto rara la possibilità per la Corte di pronunciarsi in materia. Si consideri, infatti, che il giudice comune, dinanzi ad un'eccezione di analogia sfavorevole, qualora fosse convinto che invece si tratti semplicemente di interpretazione estensiva, non aprirebbe mai i cancelli della Corte costituzionale dichiarando la questione manifestamente infondata. Se, invece, si convincesse che l'opzione interpretativa contestata è realmente analogica, avrebbe il dovere di scegliere un'altra possibile soluzione ermeneutica all'interno dei confini dell'interpretazione consentita, senza bisogno dunque di adire la Corte costituzionale. Anzi, è da mettere in conto che, ove il giudice comune ritenesse comunque di rinviare alla Corte la questione, quest'ultima potrebbe dichiararla inammissibile per non avere compiuto il giudice comune il suo elementare e basilare dovere interpretativo di cercare il significato normativo entro i confini del testo legale: cosa, questa, sempre possibile, salvo i casi di norma radicalmente non interpretabile".

[742] Al diritto vivente, o meglio, alla sua fisionomia di interpretazione costituzionalmente conforme, è collegato, non solo, il vaglio di amminissibilità della *quaestio legitimatis*. Così, F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia (a proposito di un recente volume*), in *www.legislazionepenale.eu*, 18 marzo 2020, per il quale "questa tensione verso il risultato costituzionalmente conforme diventa ancora più impellente allorché il giudice *a quo* esitante dinanzi alle resistenze opposte dal

"zona franca" al suo sindacato di legittimità, in una prospettiva di rafforzamento della "democrazia penale"[743] operando, stavolta, quasi in qualità di giudice di legittimità 'rafforzata'[744]. Oggetto del sindacato della Corte, cioè, sarebbe un'operazione nomofilattica "mascherata", che, in realtà, in virtù della propria natura creativa, nasconde un tradimento del primato della legge[745]. Attraverso le luci accese su questo profilo del principio di legalità restato nell'ombra della giurisprudenza costituzionale per la sua prevalente operatività all'interno del circuito giurisprudenziale, i giudici costituzionali ristabiliscono la 'legalità violata', attraverso l'utilizzo dello schema della doppia negazione: l'operazione interpretativa ha negato la legge; la Corte ha negato l'operazione interpretativa e, pertanto, ha riaffermato la legge.

La *vis* più dirompente della sentenza che chiude questo filone, sembra, come segnalato, risiedere proprio nel monito di stretta osservanza del precetto legale rivolto innanzitutto ai giudici[746], che abbandona così la propria condizione di "*wishful thinking*"[747]: ciò non avviene in un'ottica di mortificazione dell'attività dei giudici, ai quali, anzi, viene rinnovato, "per un verso, l'impegno ad esercitarla vincolandola (soltanto) alla legge", precludendo letture finalizzate a realizzare obiettivi di politica-criminale; per altro verso, gli viene rammentata "la doverosa interpretazione selettiva, e restrittiva, della fattispecie penale"[748].

---

testo legale, e che pertanto sollevi la questione, viene in qualche modo redarguito da una pronuncia di inammissibilità"; ma, tra le decisioni più recenti, vi è anche una che investe direttamente la dimensione ermeneutica di una disposizione che si è consolidata nella giurisprudenza di legittimità, cfr. C. cost., 4 marzo 2020, n. 32, con nota di V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. Pen.*, 23 marzo 2020, ove la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. *B*) della legge *spazzacorrotti*, che integrava il catalogo dei reati ostativi di I fascia, di cui all'art. 4*bis* ord. Pen., per come interpretato nel *diritto vivente.*

[743] F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale*, cit., p. 16.

[744] In questa prospettiva di rafforzamento degli *standard* di tutela della legalità penale e dei diritti fondamentali, al fine di prevedere un meccanismo di censura diretta di violazioni dell'analogia *in malam partem,* alcuni autori hanno avanzato la proposta di introdurre una forma di *recurso de amparo*, la cui competenza potrebbe essere affidata ad un organo *ad hoc* diverso dalla Corte costituzionale. Da ultimo, V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 50 ss. Esprime una posizione di diffidenza verso questo strumento, F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., p. 1222, che sostiene che "conoscendo l'esperienza italiana, infatti, è molto probabile che la Corte costituzionale verrebbe inondata da una massa enorme di ricorsi diretti, con una duplice conseguenza nefasta per la corretta sopravvivenza dell'ordinamento: da un lato, il numero dei ricorsi diretti comporterebbe probabilmente l'esigenza di allargare l'organico della Corte, facendole perdere una delle sue caratteristiche fisiognomiche più rilevanti e qualificanti; dall'altro lato, non è affatto escluso che, sotto la parvenza di ricorsi per "violazione costituzionale", questi si moltiplicherebbero a dismisura finendo per fare della Corte costituzionale un organo di quarta istanza giurisdizionale".

[745] La linea di demarcazione tra analogia e interpretazione estensiva è, da ultimo, delineata da L. RISICATO, *op. cit.*, p. 209, che specifica come nel caso in cui "si tenti di applicare la proposizione normativa ad un determinato caso concreto che *non rientri* nell'ambito di uno dei suoi possibili significati *lessicali*: in questa ipotesi non c'è più interpretazione, ma *creazione* di una nuova sottofattispecie non espressamente prevista dal legislatore. L'analogia inizia dove finisce l'interpretazione: essa è un processo di *integrazione* dei contenuti di una norma *al di fuori* di ogni sua possibile portata semantica".

[746] Era già la prospettiva di D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche*, cit., p. 52.

[747] V. MANES, *Sui vincoli costituzionali*, cit., p. 1234.

[748] V. MANES*, ult. op. cit.*, p. 1252.

Tale modello di legalità ben potrebbe coniugarsi, nello specifico ambito dei reati contro la p.a., con il parametro interpretativo qui proposto, in quanto esso andrebbe a ricoprire un ruolo di garanzia, di restringimento dell'area di punibilità in base ad un contenuto offensivizzante e, inoltre, anche più corrispondente al principio di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica, poiché valorizzerebbe un elemento di maggiore disvalore giustificando, così, anche le severe cornici edittali previste dai reati contenuti nel titolo II del libro di parte speciale del codice. La *funzione* sarebbe ricavabile guardando alla 'anima del testo' e agevolerebbe "le prestazioni selettive del canone di offensività", tese "a scongiurare applicazioni iperformalistiche del tipo, inespressive di alcuna concreta lesività"[749].

Anche gli stessi moduli interpretativi conformi a Costituzione, dunque, sarebbero salvi, dal momento che questi, come ha osservato di recente Francesco Palazzo, non integrano "un procedimento interpretativo più libero degli altri (…) ma una scelta tra più possibili significati, tutti interni però al perimetro semantico della disposizione" [750]. Anzi, la Corte sembra aver individuato nel criterio lessicale "il punto di riferimento dell'interpretazione costituzionalmente orientata"[751], dal momento che, altrimenti, il risultato sarebbe "una interpretazione sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico (…) ma comunque preclusa dall'art. 25, comma secondo, Cost."[752].

La prevalenza del testo, e, dunque, del ventaglio dei suoi legittimi e prevedibili significati non esprime la sua "portata innovativa" solo nei suoi riflessi garantistici legati a "istanze di protezione del singolo", ma anche in quanto espressione di "una chiara gerarchizzazione tra i criteri interpretativi, che come ben noto contano ormai un novero amplissimo e, soprattutto, sono frequentemente invocati dall'interprete senza precise regole di prevalenza dell'uno sull'altro"[753].

---

[749] V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 1250 e a p. 1245 osserva, a tal proposito che questa *novelle vague* non presenta elementi di novità "solo sul versante dei limiti testualisti", ma anche per la valorizzazione, proveniente da un'altra recente pronuncia, la 150/2021, delle "potenzialità orientative e selettive del principio di proporzionalità (…) avviando questo fortunato principio ad iscriversi nella platea dei «canoni interpretativi unanimemente accettati» come riconosciuto – da una giurisprudenza ormai sedimentata – tanto con riferimento al principio di offensività quanto con riferimento al principio di colpevolezza".

[750] F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., p. 1222 che, a p. 1224, raffigura i significati linguistici delle parole con l'immagine di tre cerchi concentrici: "il primo, quello più interno, è costituito dall'area semantica in cui sono ricompresi i dati di realtà *sicuramente* denotati dal termine in questione; il secondo è quello in cui si trovano quei dati di realtà affetti da *incertezza* in quanto possono come non possono essere ricondotti all'area semantica del termine a seconda delle considerazioni teleologiche e valoriali di volta in volta prevalenti; il terzo è quello della *certezza negativa*, cioè dei dati di realtà che sicuramente non possono – almeno allo stato – essere ricondotti all'area semantica del termine in questione".

[751] V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 1234.

[752] C. cost., 98/2021, §2.4.

[753] V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 1238, "quasi prendendo atto che i diversi criteri interpretativi disegnano ormai un Pantheon dove nessun dio domina sull'altro, la Corte – in particolare nella sentenza n. 98 del 2021 – ribadisce la primazia del criterio letterale tanto rispetto al criterio teleologico quanto rispetto al criterio sistematico".

E le pronunce richiamate, allora, assumono ancor più valore perché 'blindano' il ruolo del testo dopo una stagione in cui la Corte aveva manifestato tentennamenti: essa, invero, in una pronuncia 172 del 2014, ove era chiamata a sindacare la legittimità costituzionale della fattispecie di stalking al metro del principio di determinatezza, avrebbe potuto inaugurare un periodo di soccombenza del dato testuale rispetto ad altri parametri ermeneutici, rischio prontamente stoppato dalla sentenza 115/2018. La Consulta, infatti, nella pronuncia 172/2014 aveva privilegiato un criterio sistematico o teleologico, sostenendo che "il principio di determinatezza non esclude l'ammissibilità di formule elastiche" e che "per verificare il rispetto del principio di determinatezza, occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce", dal momento che "attraverso l'interpretazione integrata, sistematica e teleologica" si possa pervenire "alla individuazione di un significato chiaro, intellegibile e preciso dell'enunciato"[754].
La riaffermazione netta delle ragioni della prevalenza del dato testuale, in conclusione, deve essere colta in tutta la sua esplosività e dirompenza, come occasione per riconsiderare la legge, nella sua dimensione costituzionale, l'unica vera forma di garanzia del cittadino rispetto al potere coercitivo statale[755].

3.1. Alla ricerca degli elementi di pericolo concreto come baricentro offensivo delle singole fattispecie incriminatrici. L'esempio degli accordi corruttivi

I moniti della Corte costituzionale, dunque, possono produrre effetti rilevanti anche in questo specifico settore di parte speciale, spesso coinvolto in vicende giurisprudenziali tali da 'alterare' la tipicità di alcune fattispecie centrali nell'assetto penalistico a tutela dei beni di pertinenza della p.a.: su tutte, si è fatto l'esempio dei reati di corruzione e di abuso d'ufficio.
Le segnalate pronunce costituzionali, pertanto, hanno il proposito di rinfocolare l'impegno non solo a costruire dispositivi penali chiari, che rendano direttamente intellegibile il disvalore che esprimono, ma soprattutto a promuovere interpretazioni coerenti con i tipi criminosi legali delle singole fattispecie. Una 'lettura' tassativa – come si legge in filigrana nei recenti tracciati della Corte costituzionale – deve beneficiare dell'ausilio interpretativo

[754] C. cost., 11 giugno 2014, n. 172.
[755] D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 56.

di altri strumenti che discendono sempre dai vincoli testuali, tra cui quelli forniti dalle capacità performanti dell'offensività e della proporzionalità[756].

Volendo scendere sul piano ermeneutico delle singole fattispecie, al fine di 'testare' l'idoneità epistemologica di tali arnesi concettuali, viene subito in rilievo il ruolo dell'accordo corruttivo all'interno della struttura di tipicità e offensività delle ipotesi di corruzione[757].

L'accordo corruttivo è il momento di concentrazione della messa a repentaglio delle funzioni della pubblica amministrazione, attraendo su di sé l'intero disvalore di azione: se così non fosse, si scivolerebbe nuovamente verso concezioni autoritarie dell'illecito penale, ove assumeva disvalore la refrattarietà del pubblico funzionario a obbedire a doveri di fedeltà, intesi in senso formalistico. Di recente, tale elemento costitutivo delle fattispecie di corruzione è stato valorizzato da altre perspicue sentenze della sesta sezione, che si muovono nel solco di *Mafia Capitale*[758], ove si legge chiaramente che "è l'accordo che si punisce"[759]. Ed è così centrale l'accordo della dinamica offensiva della corruzione che esso rileva "anche se intervenuto successivamente all'adozione dell'atto – legittimo o illegittimo che sia – ovvero all'esercizio della funzione"[760].

L'accordo, si è osservato, assume disvalore in virtù del suo contenuto, dal quale, peraltro, dipende anche la sua collocazione all'interno della corruzione *propria* o *funzionale*. In questo decisivo frangente gioca un ruolo decisivo la funzione amministrativa, quale 'pennarello' che "colora" il patto. Tale assunto è confermato da quelle pronunce che non accettano ricostruzioni presuntive del patto corruttivo dalla semplice "stretta correlazione temporale" tra la promessa/dazione dell'utilità e l'atto/comportamento del pubblico agente. Si legge nella sentenza 7007/2021, ad esempio, che, ai fini dell'integrazione delle fattispecie di corruzione, "non basta la sola correlazione temporale ma è richiesto che le condotte del pubblico dipendente e del privato si inseriscano in un rapporto sinallagmatico fra parti contrapposte, poiché la corrispettività funzionale di ciascuna di esse resta un elemento necessario per l'integrazione del reato di corruzione, tanto di quella propria quanto di quella impropria"[761]. La Cassazione, in questo modo, arriva a ritenere l'accertamento diretto del

[756] V. MANES, *ult. op. cit.*, pp. 1245 ss.
[757] Sul punto, da ultimo F. CINGARI, *Il tipo criminoso dei delitti di corruzione*, cit., p. 84.
[758] Affrontata *supra*, cap. III, par. 2.2, in alcuni suoi enunciati rilevanti. Tale pronuncia ha attribuito importanza essenziale, nell'architettura criminosa degli articoli 318 e 319 c.p., all'accordo e al suo "colore", cioè al suo oggetto specifico.
[759] Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 10084; Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 7007; Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 17600; Cass., sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927.
[760] Cass., sent. 35927/2021, §2.2.
[761] Cass., sent. 7007/2021, §7.

contenuto dell'accordo così importante da non accontentarsi, ai fini della sua prova, di elementi indiziari, come la stretta correlazione temporale e la proporzionalità tra le prestazioni[762].

Il riferimento all'oggetto del patto è ineliminabile altresì perché è da questo elemento che si ricava la diversa natura delle due tipologie di corruzione, di pericolo dell'art. 318 e di danno dell'art. 319 c.p., secondo la modulazione offerta da *Mafia Capitale*. D'altro canto, se a rilevare fosse la sola dazione/ricezione dell'utilità, senza indagare la natura sinallagmatica delle prestazioni che esprimono le modalità di aggressione alla funzione, si ritornerebbe ad assegnare dignità di bene giuridico alla probità del funzionario o, volendo mantenere l'asse offensivo sui beni funzionali della p.a., si favorirebbe un ulteriore arretramento alla fase del pericolo astratto di questi beni, che non sarebbero in concreto oggetto di rischio di aggressione, ma solo contaminati dalla 'disonestà' del titolare degli stessi. Un modello di tutela così arretrato avrebbe una scarsa base di giustificazione rispetto alla tutela dell'attività amministrativa poiché, da un lato anticipa eccessivamente il momento della rilevanza penale con il rischio di paralizzare la pubblica amministrazione negli stadi antecedenti quelli dell'esecuzione dell'attività (che coincidono con la fase in cui viene posto in essere il comportamento umano oggetto di giudizio penale), e cioè quelli di decisione su *come* e *per cosa* agire (si tratta, cioè, delle fasi dell'individuazione del *risultato* da raggiungere); dall'altro, tale modello di tutela non sarebbe legittimo in quanto, com'è stato attentamente osservato, "la rivalutazione dei moduli presuntivi muove dal riconoscimento che vi sono attività connesse allo sviluppo tecnologico o alla produzione di massa", di cui non si conoscono ancora in maniera certa le leggi che governano i relativi processi causali[763]. Ne deriva che la legittimità costituzionale delle tecniche di incriminazione dipende dalle peculiarità dei settori da tutelare[764]. In altre parole, un intervento penale anticipato, rispetto all'attività amministrativa che, come si è tentato di dimostrare, per il proprio 'modo di essere' richiede godimento di ampi spazi di manovra, quantomeno nella fase della decisione, finirebbe per risultare addirittura dannoso (*chilling effect*).

[762] In questo senso, Cass., 7007/2021 e 10084/2021.

[763] A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 183. Sulle tecniche di tutela nell'ambito di settori caratterizzati da procedimenti scientifici complessi, per tutti, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 515 ss.

[764] A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 184.

È grazie alla presenza di un pericolo concreto della funzione, d'altronde, che le elevate cornici edittali dell'armamentario normativo di contrasto alla corruzione assumono un barlume di ragionevolezza[765].

Ed infatti, la previsione normativa del pericolo "pare legata alla decisione o consapevolezza del legislatore di non volere o potere predeterminare in formule tipizzate e astratte il pericolo, cosicchè l'accertamento è affidato al giudice, al fine di garantire una maggiore aderenza alla multiformità delle situazioni concrete. (…) Epperò se non si vuole abdicare a una situazione in cui le decisioni giudiziali siano di fatto arbitrarie o incontrollabili (…) occorre assolutamente che siano trovati e vengano osservati criteri di orientamento non generici dotati di verificabilità empirica"[766].

A tal riguardo, un primo criterio di completamento di tassatività/offensività/proporzionalità, dunque, può essere certamente offerto dalla *funzione* come "colore" del patto: essa intercetterebbe l'anticipazione del momento di messa in pericolo del bene, ad uno stadio in cui non è possibile saggiarne il grado di offensività da un punto di vista empirico-meccanicistico, sul presupposto che in campo giuridico vengono regolate "relazioni di comportamento umano che esulano dal campo puramente logico"[767]. Il riferimento alla messa in pericolo della *funzione*, apparentemente più sbiadito nella corruzione *ex* art. 318 c.p., è essenziale proprio per qualificare il reato come illecito di pericolo concreto, in quanto se esso "non si riferisce anche a qualcos'altro oltre l'entità di cui è attributo", resterebbe concetto privo di contenuto[768], dal momento che il patto appartiene a quella categoria di "entità che sono pericolose solo nei confronti di qualcos'altro e che in quanto tali possono produrre effetti negativi"[769].

Solo seguendo queste sequenze di ragionamento, dunque, si ritiene si possa valorizzare il profilo offensivo di tali fattispecie e confrontarlo con "la ragionevolezza *delle tecniche* e *dei gradi di anticipazione della tutela* penale"[770].

---

[765] Assume una posizione di forte critica verso l'attuale severità sanzionatoria che caratterizza il titolo dei reati contro la p.a., V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2020, p. 987, che sostiene che "sul piano teleologico l'odierno diritto penale anticorruzione (…) è caratterizzato da un'esasperazione delle componenti negative della prevenzione sia generale che speciale", con il conseguente "annientamento della proporzionalità".

[766] F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*. *La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994, p. 4, che prosegue "il primo obiettivo che la dottrina deve raggiungere è allora quello della riduzione entro limiti tollerabili dei margini di indeterminatezza dell'elemento del pericolo nella sua essenza e struttura, e conseguentemente nel suo concreto accertamento".

[767] F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 12.

[768] F. ANGIONI, *ult. op. cit.*, p. 18.

[769] F. ANGIONI, *ult. op. cit.*, p. 19.

[770] V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 287 e p. 290 in quanto "il grado di pericolosità è determinato non dalla forma della fattispecie ma dai contenuti che il legislatore abbia tipizzato (…). Da questa prospettiva non è detto che il modello del pericolo concreto costituisca *sempre* uno strumento di posticipazione della soglia

Da tali considerazioni, pertanto, si ricava la rilevanza dell'accordo e del suo contenuto nell'economia offensiva dei reati di corruzione, tale da censurare tentativi di processualizzazione di questo elemento. Proprio sotto quest'ultimo profilo, è opportuno segnalare un passaggio poco chiaro di *Mafia Capitale*, ove si ammette che l'accordo *ex* art. 318 c.p. possa essere "probatoriamente muto"[771]. Successivamente, in una pronuncia, che pare essere per il momento rimasta isolata, da tale affermazione si è ricavato che "deve ritenersi del tutto fisiologica l'evenienza in cui non sia accertato il contenuto dell'accordo" e, consequenzialmente, che "non venga descritto l'oggetto dell'accordo corruttivo, rientrando tale evenienza, fisiologicamente, nel perimetro del fatto tipico della corruzione per l'esercizio della funzione"[772].

I risvolti negativi di questa vicenda sono di immediata percezione.

Innanzitutto, dinnanzi ad una fattispecie della quale a più riprese è stata rilevata l'eccessiva "ampiezza", al punto che è stata ribattezzata "con onestà intellettuale, corruzione innominata o, forse con maggiore schiettezza, corruzione atipica"[773], è richiesto uno sforzo ermeneutico che – andando nella direzione più volte auspicata – ne valorizzi il tipo criminoso legale e si preoccupi anche dei suoi corollari processuali[774], salvaguardando l'aspetto processuale del principio di legalità, dato dal diritto di difesa e dalla garanzia dell'*in dubio pro reo*[775]. Accettando questa formula dell'accordo 'probatoriamente muto', che introdurrebbe uno statuto probatorio differenziato, tutto a detrimento delle istanze di garanzia individuali, si rischia di provocare un netto scompenso tra la fattispecie sostanziale e quella processuale: esso consisterebbe nell'inaccettabile conseguenza di ritenere configurato un reato del quale non si riesce a provare l'elemento di più acuto disvalore[776]. Inteso in questi termini, "il lavorio creativo a livello interpretativo viene a consistere in un impoverimento ulteriore, una riduzione del fatto-reato; da un lato, nella dazione di una utilità da parte del privato; dall'altro, nella pura e semplice qualità di pubblico funzionario di chi quell'utilità

---

di intervento penale, ovvero una tecnica di configurazione di un pericolo per il bene giuridico maggiore che il pericolo astratto".

[771] Cass., sent. 18125/2020, p. 128.

[772] GUP Perugia, cit., p. 8.

[773] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit, p. 1140.

[774] Secondo V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione*, cit., p. 999, "ogni sottosistema di diritto penale emergenziale si propone la semplificazione dell'accertamento poiché ciò complica la difesa e agevola le condanne. La semplificazione agognata – prosegue l'autore – è ottenuta, ad esempio, mediante l'espunzione dalla fattispecie degli elementi costitutivi più ostici sul piano probatorio-processuale".

[775] M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, pp. 9 ss. Definisce, invece, le garanzie processuali "strumentali rispetto alle garanzie e alle norme penali sostanziali", L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*. *Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, pp. 546 ss.

[776] Sul punto, ampiamente R. RAMPIONI, *La giurisprudenza e i fuochi fatui*, cit. e V. Mongillo, *Il contrasto alla corruzione*, cit., pp. 999 ss.

accetta"[777]: il tipo legale, già debole di per sé, si smaterializzerebbe "in fattispecie ampie e malleabili nelle mani del giudice"[778]. A tal proposito, la piena ascrizione dei reati di corruzione alla categoria dei reati propri funzionali, pacificamente condivisa dalla giurisprudenza[779], è giustificata proprio dal mercimonio di determinate competenze funzionali del proprio ufficio e non dalla semplice qualifica soggettiva del pubblico agente[780]: un ragionamento inverso, convertirebbe il tipo legale in tipo d'autore, perdendo la propria base di ragionevolezza e offensività[781].

Nell'ipotesi della corruzione funzionale, peraltro, l'oggetto dell'accordo serve a dare consistenza anche al dolo specifico, che determina la proiezione offensiva del patto. Con riguardo a tale elemento della fattispecie, infatti, vanno condivise quelle interpretazioni oggettivistiche che, nel tentativo di attribuire all'evento ulteriore voluto ma non realizzato un significato coerente con i principi costituzionali che fondano il modello di reato come offesa ad un bene giuridico, qualificano il reato a dolo specifico come *reato di pericolo concreto con dolo di danno*[782]. Il dolo specifico, è stato osservato, "oltre ad assolvere alla tipica funzione selettiva rispetto alle diverse forme di corruzione, qui assolve alla fondamentale funzione «limitativa» della sfera di applicazione della fattispecie incriminatrice. Ed in tal senso si dovrà tenere a mente che lo «scopo» normativamente richiesto, non consiste puramente e semplicemente nella motivazione che sottende la condotta, ma al contempo nell'idoneità della condotta medesima a raggiungere il fine che i soggetti agenti perseguono"[783].

In assenza della prova di tutti questi elementi che, invero, ruotano tutti attorno all'accordo e al suo oggetto, svuotando, dunque, la fattispecie di tutti gli elementi più pregni di disvalore,

---

[777] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, §5.

[778] V. MONGILLO, *ult. op. cit.*, p. 1000.

[779] La qualifica di reato proprio funzionale veniva, invero, assegnata dalla giurisprudenza già da prima dell'introduzione dell'art. 318 c.p. Cass., sez. VI, 14 luglio 1993, n. 2390; Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435; Cass., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 20502; Cass., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38762; Cass., sez. VI, 28 novembre 2014, n. 51688; Cass., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 7731.

[780] A tal proposito, osserva S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., p. 1237 che l'introduzione dell'art. 318 c.p. "comporta un modesto alleggerimento probatorio per l'accusa: è vero che non sarebbe più necessario dimostrare il legame tra compenso e uno specifico atto di ufficio, ma rimarrebbe ferma l'esigenza di provare la proiezione dell'utilità su un esercizio delle funzioni o dei poteri favorevole al privato, così da dimostrare appunto un asservimento".

[781] Sul punto, ampiamente V. MONGILLO, *ult. op. cit.,* pp. 968 ss.

[782] Per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale,* cit., p. 576. Sul dolo specifico, ampiamente, L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

[783] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, §7.

si arretra nuovamente verso concezioni sanzionatorie dell'illecito penale, smarrendo il bene giuridico il proprio ruolo selettivo[784].

La contrarietà della segnalata semplificazione processuale, e di tutte le evidenti ricadute in termini di rispetto delle basi costituzionali dell'edificio penalistico poste a garanzia del singolo, è offerta dal fatto che essa porterebbe "a dire che nel processo penale è sufficiente contestare la formula del tipo legale, senza descrivere il fatto storico (che la integra) nella sua materialità"[785].

Nella giurisprudenza ancor più recente, tuttavia, è possibile individuare una 'precisazione', per non dire una 'correzione del tiro', di tale posizione. La sentenza 35927/2021, infatti, ha affermato che il patto "solo apparentemente è muto, ma in realtà il suo oggetto è ricostruibile nel senso che l'impegno da parte del pubblico ufficiale sia quello di compiere uno o più specifici atti contrari ai doveri d'ufficio; non importa che l'atto sia successivamente compiuto, quanto, piuttosto, la esatta ricostruzione del contenuto del programma obbligatorio che il pubblico ufficiale assume". Cioè, "deve essere accertato il «colore» del patto corruttivo, il suo oggetto specifico, la sua riferibilità o meno al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio; se il contenuto del patto non attiene al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, la condotta è riconducibile all'art. 318 c.p.".

Grazie a questa correzione, che vivacizza l'importanza dell'accordo quale asse portante della struttura offensiva delle ipotesi di corruzione, si impedisce la regressione di tali reati verso illeciti di mera obbedienza e, per contro, si attesta fedeltà a quella richiesta di tassativizzazione dei tipi criminosi proveniente dal più recente corso della giurisprudenza costituzionale.

3.2. La proiezione offensiva della "mediazione illecita" nel traffico di influenze cd. oneroso

Nell'universo normativo riservato alla punibilità degli accordi corruttivi e paracorruttivi, si ritiene opportuno indagare un'ulteriore disposizione incriminatrice, quella del traffico di influenze illecite, bisognosa di approfondimento di alcuni elementi cardine dello specchio di penetrazione offensiva nei beni funzionali della p.a. Il proposito di utilizzare paradigmi interpretativi costituzionalmente conformi al principio di determinatezza/tassatività e ai

[784] V. MONGILLO, *ult. op. cit.*, p. 998. L'autore, poi, (p. 988) parla di "surrettizio slittamento dell'oggettività giuridica della fattispecie dal bene giuridico alla *ratio* di tutela".
[785] R. RAMPIONI, *ult. op. cit.*, §8.

relativi corollari, dunque, non può abdicare all'impegno di estendere i propri frutti virtuosi anche rispetto a questa fattispecie nebulosa, definita a "tipicità sintomatica"[786], che, proprio per la fragilità descrittiva e prescrittiva del dettato normativo[787], dovuta anche alla vaghezza del fenomeno criminale che intende prevenire[788], richiede una maggiore attenzione nella

---

[786] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., pp. 1134-1135.

[787] Il delitto di traffico di influenze illecite è stato introdotto nell'ordinamento italiano all'art. 346-*bis* c.p. nel capo dei delitti dei privati contro la p.a. dalla l. 190/2012 ed è stato oggetto di una incisiva riforma ad opera della l. 3/2019. La formulazione originaria dell'art. 346-*bis* c.p. agganciava il disvalore ad una serie di contrassegni di tipicità che volevano assicurare presa selettiva al delitto già nella sua dimensione astratta, su cui F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda,* in *Dir. pen. cont. – riv. Trim.,* 1/2012, p. 229. Ciò che ha prestato il fianco alle critiche maggiori, tuttavia, è stata la scelta legislativa di lasciare in vita la limitrofa figura del millantato credito. Essa ha fatto sorgere problemi di interferenza, diacronica e sincronica, fra i due reati, con la conseguenza di rimettere alla giurisprudenza la relativa, e non agevole, *actio finium regundorum*, G. LOSAPPIO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.,* 2015, pp. 1036 ss.; V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), cit., pp. 419 ss.; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, pp. 5 ss.
Il testo puniva "*chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319*-ter *c.p., sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio"*.
I cardini offensivi della fattispecie, che le conferivano una ragionevolezza diversa da quella del millantato credito, erano lo sfruttamento di "relazioni esistenti" e la proiezione di scopo dell'accordo illecito, volto al "compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio". Grazie a questi elementi, anche le clausole di antigiuridicità speciale "indebitamente" e "mediazione illecita" acquistavano maggiore spessore offensivo e potevano distinguersi dalle attività lecite di rappresentanza di interessi, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione,* in *Dir. pen. proc.,* 1/2013, p. 11. L'elemento che più degli altri segnava la linea di demarcazione tra gli artt. 346 e 346-*bis* c.p. consisteva nelle "relazioni esistenti", V. MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi*, cit., p. 95.
In questo contesto di magma ermeneutico che avvolge le due figure criminose e sotto la spinta ansiogena di sublimare esigenze di prevenzione e contrasto della corruzione, è intervenuta la legge cd. *spazzacorrotti*, che, all'art. 1, comma 1, lett. *s*) e *t*), ha riscritto il piano dei rapporti tra millantato credito e traffico di influenze illecite, abrogando il primo ed estendendo la portata del secondo fino a ricomprendere, quantomeno nelle intenzioni del legislatore storico, le condotte di millanteria. Ad oggi, dunque, risulta punita la condotta di chi "*sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis c.p., indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis c.p., ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*".

[788] Com'è noto, attraverso tale figura di reato, si intendeva neutralizzare le condotte di coloro che, grazie a reti di conoscenza opache che si riproducevano all'interno di quella fenomenologia ormai sistemica del ricorso a faccendieri e facilitatori come strumento di intermediazione illecita rispetto ai pubblici agenti, occupavano quel 'mondo di mezzo' politico-amministrativo, operante come cerniera tra pubblico e privato, mettendo a repentaglio la legalità dell'azione amministrativa. Sulle ragioni politico-criminali che hanno giustificato l'introduzione dell'art. 346-*bis* c.p. e sulla eventuale esistenza di un obbligo di incriminazione imposto a livello pattizio, cfr., per tutti, V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite*, cit., pp. 265 ss.
In ogni caso, la previsione di una simile fattispecie è stata agevolata dal fatto che voci autorevoli della dottrina penalistica si erano da tempo espresse sulla necessità, non più procrastinabile, di colmare questa lacuna normativa. Era stato Cesare Pedrazzi a proporre, quale surrogato del mancato intervento legislativo, (con opzione ermeneutica di supplenza ritenuta da M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite,* in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 2013, p. 1399 "di per sé non preclusa dalla dizione testuale"), di estendere la portata incriminatrice del delitto di millantato credito includendovi l'esercizio di influenze realmente capaci di incidere sul pubblico agente, attraverso un ampliamento del canale semantico offerto dal verbo "millantare", C. PEDRAZZI, *Millantato credito,* trafic d'influence, influence peddling, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 1968, p. 929. Questa soluzione interpretativa, oltre ad aver trovato seguito in dottrina (per tutti R.

attività di cesellatura giurisprudenziale. Ciò sempre al fine di garantire una più solida stabilità a quel rapporto trilaterale tra legge-giudice-cittadino, a fondamento dello Stato di diritto e delle ragioni di giustificazione della coercizione pubblica, seguendo un invito promosso dalla Corte costituzionale nelle sue recenti pronunce. L'intervento dell'interprete all'interno di questo rapporto ha natura di fisarmonica: quanto più sono deficitari in punto di determinatezza i contrassegni di tipicità della disposizione, tanto più sarà affidato alla giurisprudenza il compito di tassativizzarne il tipo, secondo gli schemi ermeneutici già segnalati, evitando, in questo modo, di mascherare forme di applicazione analogica e rispettando la direzione di ragionevolezza offensiva imposta dalla norma. In altre parole, il rischio che una dimensione linguistica del testo non caratterizzata da spiccata presa selettiva autorizzi interpretazioni estensivo-analogiche aumenta, ma la forza espressiva della *deontologia ermeneutica* che si cela dietro le sentenze costituzionali esaminate impone di far sì che tale rischio non si concretizzi.

È bene, allora, procedere con qualche precisazione, al fine di canalizzare sin da subito la figura in esame entro un ragionevole ambito di operatività.

Gli elementi testuali, ai quali il legislatore ha inteso vincolare il giudizio di meritevolezza e bisogno di pena, sono dati dalla connotazione "indebita" della dazione/promessa dell'utilità al pubblico agente e dalla conseguente "mediazione illecita" oggetto di pattuizione. È attorno alla combinazione di tali ingredienti di tipicità che, pertanto, dovrà cimentarsi l'attività interpretativa, al fine di evitare una deflagrazione del tipo criminoso. Si vuole escludere, cioè, che a seguito della intrinseca 'debolezza selettiva' di tali contrassegni, tale fattispecie disperda i propri scopi preventivi di tutela. Il traffico di influenze illecite, infatti, sembra doversi riportare all'ambito di una dinamica criminologica tipicamente corruttiva[789], che parte dall'interesse del privato, si sviluppa nell'accordo con il faccendiere e si chiude con il *pactum sceleris* con il pubblico agente.

A tal proposito, è stato correttamente osservato, che l'illiceità della mediazione, cioè l'elemento che più di tutti traina il disvalore del patto di influenze, si lega indissolubilmente

---

RAMPIONI, *Millantato credito,* in *Dig. Disc. Pen.,* VII, 1993, pp. 688 ss.; F. TAGLIARINI, *Millantato credito,* in *Enc. Dir.,* XXVI, 1976, p. 318), era stata accolta anche dalla giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 34827; Cass., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39932. Quando intervenne la riforma del 2012, il discorso penalistico era, pertanto, pronto ad accogliere una figura che sanzionasse penalmente la condotta di chi "trafficava" relazioni idonee a costruire corsie preferenziali di avvicinamento dei privati ai pubblici agenti, secondo accordi che costituivano dei veri e propri avamposto di patti corruttivi, lesivi della legalità dell'azione amministrativa. Le ragioni politico-criminali della novella si fondavano sull'opportunità di predisporre un'azione di contrasto ad ampio raggio del fenomeno corruttivo, colpendolo sin dalle sue prime fasi di gestazione e riecheggiavano un'istanza del dibattito internazionale ove si fa riferimento ad un "*corrupt intent*".

[789] F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite,* in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), cit., p. 623; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 11.

alla natura (illecita) degli *scopi* e non ai *mezzi* attraverso cui essa viene esercitata, in quanto in un ordinamento nel quale è assente la disciplina della mediazione *lecita* (*lobbying*), l'individuazione della distinzione da cui dipenderebbe la rilevanza penale del fatto sarebbe affidata a criteri indeterminati[790]. Occorre dunque indagare la prospettiva finalistica del patto, in base alla quale esso assume profili di lesività dei beni di pertinenza della p.a.[791]. Anche in questo caso emerge, dunque, l'elemento della *funzione*, sebbene in un momento ancor antecedente quello degli accordi corruttivi, che vengono stretti, invece, con chi di quella *funzione* è titolare. Senza aver ben chiaro, cioè, in quali termini la *funzione amministrativa* possa essere aggredita, non potrà aversi rilevanza penale del patto di influenze, in quanto è dal *modo* in cui essa viene messa in pericolo che dipende la configurabilità del tipo legale. In altre parole, proprio l'esperienza criminologica nel cui ambito si innesta il traffico di influenze illecite, dunque, consiglia una lettura restrittiva della sua tipicità sostanziale orientata ai soli interessi protetti dalle fattispecie di corruzione, rispetto alle quali deve perciò ritenersi circoscritta la "mediazione illecita".

---

[790] F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, cit., p. 753. In questo senso, di recente Cass., sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 1182, §3.6.

[791] In questa direzione si colloca quel perspicuo orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto la discontinuità normativa tra l'attuale versione dell'art. 346-*bis* c.p., come riformato dalla l. 3/2019, e la millanteria corruttiva, abrogata dalla novella del 2019, sul presupposto che quest'ultima integrava un'ipotesi speciale di truffa del mediatore ai danni del cd. compratore di fumo, nell'ambito della quale lo sfondo di tutela, prevalentemente riservato ai beni patrimoniali del privato truffato, che infatti era soggetto passivo del reato e non concorrente necessario, al più era in grado di proteggere beni di matrice formale come il prestigio della p.a Il traffico di influenze illecite, invece, è un'ipotesi incriminatrice che punisce gli accordi paracorruttivi, richiedendo una reale e concreta capacità di intermediazione del trafficante con il pubblico agente, tale da attentare i beni funzionali della pubblica amministrazione e per tale motivo è imperniata su una struttura a concorso necessario ove è punito anche il privato che ricorre alla mediazione. La figura del traffico di influenze illecite, in altre parole, diverge strutturalmente dalla truffa, rendendo impraticabile una vicenda di successione normativa. Vero è che tale reato mette al centro "scopi e moventi, che finiscono per fissare nel foro interno il confine tra il traffico innocente e quello corruttivo", ma lo fa nell'ambito di una disposizione che, sebbene viziata da una congenita "tassatività debole", è nata per perseguire "il *Tätertyp* del faccendiere", profondamente diverso da quello del truffatore, cfr. V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, p. 1135. Segnala che il traffico di influenze illecite presenta differenze ontologiche con la truffa, F. PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali*", cit., p. 18. Le modalità realizzative della condotta di millantato credito *ex* art. 346, secondo comma, c.p., poi, si basavano sull'inganno di una parte a danno dell'altra, escludendo così l'esistenza di un rapporto negoziale, costitutivo, invece, del tipo legale del traffico di influenze, cfr. I. MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, p. 184.
L'indirizzo menzionato fa capo a Cass., sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221 con nota di P. ASTORINA MARINO, *L'unificazione di traffico di influenze illecite e millantato credito: una crasi mal riuscita,* in *Dir. Pen. cont. – riv. Trim.,* 1/2020, pp. 188 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa,* in *Cass. Pen.,* 4/2020, pp. 1539 ss.; A. MERLO, *Traffico di influenze illecite e millantato credito: successione di leggi o abrogazione parziale*?, in *Foro it.*, 2020, pp. 662 ss.; G. PONTEPRINO, *L'incerta qualificazione giuridica della* venditio fumi. *Conseguenze (in)attese dell'abrogazione del millantato credito,* in *Sist. Pen.,* 6/2020, pp. 229 ss.; S. PRANDI, *Questioni di diritto intertemporale e continuità normativa tra millantato credito e "nuovo" traffico di influenze illecite,* in *Dir. Pen. proc.,* 9/2020, pp. 1237 ss.; e, volendo, N.M. MAIELLO, *Sulla discontinuità normativa*, cit., pp. 1501 ss. Una conferma di tale indirizzo sembra potersi rinvenire in Cass., sez. VI, 8 giugno 2021, n. 26437.

Si vuole escludere così che il traffico di influenze sia posto a protezione di un'accezione ampia di buon andamento e imparzialità, comprensiva delle modulazioni che tali beni assumono nel contesto di altre fattispecie, quali l'abuso d'ufficio, la rivelazione di segreti d'ufficio o l'omissione di atti d'ufficio, poiché in questo modo si illanguidirebbe il profilo offensivo della fattispecie e, di conseguenza, si amplierebbe eccessivamente il suo raggio applicativo.

Sul punto, è opportuno osservare che la legge cd. *spazzacorrotti*, nel riformare l'art. 346-*bis* c.p., ha integrato la clausola di riserva con il riferimento agli articoli 318 e 322-*bis* c.p., che si aggiungono a quelli già presenti nella formulazione originaria della fattispecie degli articoli 319 e 319-*ter* c.p., completando così l'applicazione del principio di assorbimento risolutivo di un eventuale concorso apparente con tutte le ipotesi di corruzione.

L'effettività di tale innovazione, tuttavia, ha richiesto una differente perimetrazione di segmenti importanti del fatto tipico. In particolare, è stato necessario intervenire nella parte finale del primo comma, quella dedicata all'oggetto della mediazione illecita. Questa nella versione originaria, coerentemente con i reati inseriti nella clausola di riserva (artt. 319 e 319-*ter* c.p.), stabiliva che il prezzo della mediazione, sia nel caso in cui esso fosse servito a remunerare l'attività del *trader* (traffico cd. oneroso), sia se esso fosse stato destinato a corrompere il pubblico agente (traffico cd. gratuito), dovesse oliare il meccanismo che avrebbe portato a compiere "*un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*". Questa formula aveva grande capacità selettiva del fatto tipico e, nello specifico della mediazione illecita, perché, nell'economia sintattica della fattispecie, occupava una posizione tale da riferirsi tanto al traffico cd. oneroso, quanto al traffico cd. gratuito[792]. A seguito dell'intervento di riforma, però, tale proiezione finalistica della mediazione non sarebbe stata più adeguata, dal momento che il traffico di influenze aveva assunto il ruolo di avamposto anche della corruzione funzionale. Così, il legislatore, utilizzando la medesima tecnica descrittiva già utilizzata nel 2012, per concepire una fattispecie coerente con le prospettive di tutela e per incanalarla in una tipica dinamica pre-corruttiva, ha indirizzato la mediazione "*all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*", secondo una proposizione generica, ma coerente con l'oggetto del divieto contenuto nella corruzione per l'esercizio della funzione. Il vero dubbio interpretativo, nondimeno, riguarda la relazione di connessione di questa proiezione finalistica con entrambe le forme di traffico ovvero solo con quello gratuito. A ben vedere, alla stregua di una impostazione strettamente

[792] P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze,* in *Dir. pen. proc. – spec. Corruzione,* 1/2013, p. 35.

esegetico-letterale, mentre nella formulazione originaria la destinazione dell'accordo illecito poteva riguardare entrambi i traffici perché vi era una virgola che separava la descrizione della mediazione illecita dalla finalità della stessa, con la conseguenza che la disposizione era così enunciata "*come prezzo della propria mediazione illecita verso il p.u. o i.p.s. ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento* (…)"; nel dettato partorito dalla legge *spazzacorrotti* quella virgola, che, come osservato, aveva una certa importanza sul piano logico e sintattico della fattispecie, è scomparsa.

Queste vicende interpretative hanno nuovamente animato l'impegno della dottrina, che già rispetto alla prima versione del reato in parola si era interrogata sulla portata finalistica della mediazione onerosa e gratuita, facendo scivolare l'*argumentum litterae* appena passato in rassegna in una posizione secondaria.

La soluzione condivisa da buona parte degli autori distingueva i due tipi di traffico e sembra si possa recuperare anche in rapporto all'odierna formulazione[793]. E, dunque, da un lato, il traffico cd. gratuito, quello cioè in cui il prezzo serviva a remunerare il p.a., non suscitava particolari problematiche, perché sfociava in un patto corruttivo; dall'altro, il traffico cd. oneroso, ossia quello in cui il cliente paga la mediazione illecita del trafficante, concentrava l'intero disvalore sui due termini di antigiuridicità speciale "indebitamente", che qualifica la dazione o la promessa, e "illecita", che connota la mediazione. Trattandosi di due elementi caratterizzati da debole capacità descrittiva, non in grado di conferire materialità al messaggio normativo espresso dalla norma, e in assenza di una disciplina extrapenale del *lobbying*, è stata prospettata una interpretazione teleologicamente orientata, in virtù della quale dovrebbe qualificarsi come mediazione illecita quella finalizzata a procurare indebiti vantaggi al cliente[794]. L'esito sarebbe la criminalizzazione anche delle condotte di mediazione finalizzate ad abusi d'ufficio, omissione di atti d'ufficio e rivelazione di segreti d'ufficio, rispetto alle quali potrebbe operare il principio di consunzione considerando come antefatto non punibile l'accordo illecito[795].

---

[793] F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, cit., pp. 753-754.

[794] V. MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi*, cit., p. 97; V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, cit., p. 426; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 14. Da ultimo, tale posizione sembra condivisa anche da A. APOLLONIO, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze: un bilancio esegetico due anni dopo l'introduzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 19 febbraio 2021.

[795] V. MAIELLO, *ult. op. cit.*, pp. 425-426 ritiene che sulla premessa che una mediazione preordinata ad una corruzione è intrinsecamente ed irriducibilmente illecita, la proposta di circoscrivere l'ambito della tipicità a quell'unico genere di pattuizioni (quelle presenti nella clausola di riserva espressa) fa perdere ogni senso al sintagma «mediazione illecita», al punto che l'interprete dovrebbe reputare il referente qualificativo un semplice orpello lessicale". Da ciò deriva che "si potrebbe interpretare il termine «illecita», riferendolo alla mediazione col pubblico funzionario per indurlo a commettere un reato produttivo di indebiti vantaggi in favore dell'istigatore iniziale dell'atto e coautore dell'accordo. Sarebbero, così, attratti nel fascio di operatività della

Tale posizione interpretativa di matrice dottrinale è stata poi accolta in una recente e importante pronuncia della Cassazione, che, forse per la prima volta, si è cimentata nella individuazione di una proiezione offensiva della perifrasi "mediazione illecita". Nella sentenza 40518/2021, infatti, si legge che, in aderenza all'indirizzo dottrinale maggioritario, "l'unica lettura della norma che soddisfi il principio di legalità sia quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un fatto di reato idoneo a produrre vantaggi per il privato committente"[796].

L'assunto ha il pregio di irrobustire i compiti di tutela preventiva esercitati dal traffico di influenze in relazione allo svolgimento legale delle funzioni amministrative *tout court*.

La tesi presta, tuttavia, il fianco a obiezioni critiche, che trovano fondamento proprio nell'esigenza di superare interpretazioni che compromettono istanze di garanzia del tipo e, sotto questo aspetto, laddove dovesse consolidarsi nella giurisprudenza di legittimità, potrebbe esporsi a rischi di censura sul piano costituzionale.

Essa, infatti, solo in apparenza tassativizza l'area di operatività della mediazione illecita, dal momento che introduce in via analogica l'elemento dell'indebito vantaggio, del quale non si rinviene alcun aggancio testuale e che è elemento non strumentale al restringimento del campo operativo della fattispecie, bensì alla sua estensione oltre l'orizzonte di ragionevolezza offensiva. In primo luogo, la tipizzazione di questo "indebito vantaggio" sarebbe rimessa al giudice, cui viene affidato un potere interpretativo incontrollabile di co-integrazione del tipo, in quanto non vincolato a nessun requisito testuale di fattispecie, rischiando, così, di ampliare ingiustificatamente i confini di illiceità della mediazione.

Una prima conseguenza di questa lettura sarebbe il sacrificio del principio di prevedibilità, non solo ai sensi dell'art. 7 CEDU, ma anche 25, comma 2, Cost., dal momento che tale interpretazione provoca l'aggiramento dei limiti di tipicità e determinatezza imposti dal vincolo testuale della disposizione[797].

In secondo luogo, l'operazione ermeneutica pregiudicherebbe l'esigenza di rendere "particolare" il bene giuridico *macrodimensionato*, poiché ammetterebbe una concezione generalizzata dei beni giuridici di pertinenza della p.a. Ne deriverebbe una fattispecie capace di presidiare tanti beni giuridici quanti sono quelli protetti dalle singole fattispecie di

---

fattispecie gli accordi per esercitare pressioni sui pubblici agenti allo scopo di far loro compiere favoritismi rilevanti a titolo di abuso d'ufficio, turbativa d'asta, rivelazione di segreti di ufficio, omissioni di atti d'ufficio".

[796] Cass., sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518, §4.1.

[797] Il rischio sarebbe quello di assegnare al testo un valore solo "esemplificativo del tipo criminoso" e non, invece, strettamente denotativo, come proposto da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., p. 115.

"indebito vantaggio per il privato". La *funzione*, cioè, non verrebbe intesa in termini concreti e definiti, ma sarebbe utilizzata quale vuota formula di stile adatta a colmare ogni tipo di patto di influenze: il "colore" del patto di influenze sarebbe così ampio da assumere qualsiasi tonalità, accordando massima tutela, e andando decisamente oltre la soglia della stretta necessità che giustifica l'illecito penale costituzionalmente orientato, ai beni contemplati all'art. 97, secondo comma, Cost. Il risultato potrebbe essere l'attrazione nella sfera penale delle "più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza", che si annidano in "quel sottobosco di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici"[798].

A questi problemi si aggiunge, infine, l'irragionevolezza di un traffico di influenze finalizzato alla commissione di un reato con un tetto sanzionatorio di gran lunga inferiore alle forbici edittali del delitto *avamposto*, come accadrebbe nel caso dell'omissione di atti d'ufficio o della rivelazione di segreti d'ufficio – ma, invero, il profilo di ragionevolezza verrebbe meno anche con riguardo al patto di influenze destinato a confluire nell'abuso d'ufficio, stante l'inferiore cornice edittale massima di quest'ultimo rispetto al traffico di influenze illecite – cui seguirebbe un ribaltamento della gerarchia assiologica tra il bene giuridico intermedio e quello finale. A ben vedere, le rilevate incoerenze sul piano del trattamento sanzionatorio tradiscono il principio di proporzionalità di tipo "ordinale", relativo cioè alla corretta scalarità delle pene all'interno dell'ordinamento[799], da intendere quale "condizione minima di razionalità" e "criterio ordinatore di valutazioni politiche sulla gravità dei reati e sulla traduzione in tipi e misure di pena"[800].

Una tecnica di incriminazione coerente con i canoni di offensività e di proporzionalità del diritto penale esige che il ricorso a forme di *Vorfeldkriminalisierung* sia giustificato da una "relazione di connessione" precisa rispetto alle proiezioni future di lesione del bene tutelato: il traffico di influenze illecite presenta una duplice struttura, da un lato integra lo schema del reato di pericolo di pericolo, o anche di pericolo indiretto[801], in quanto anticipa il pericolo della corruzione *funzionale*; dall'altro lo schema del pericolo concreto rispetto al danno che deriverebbe dalla corruzione *propria*. Tale modello di tutela sarebbe giustificato non solo dalla omogeneità dei beni finali tutelati dalle ipotesi di corruzione, ormai confermata anche dalle cornici edittali livellate su piani sanzionatori di simile severità, ma anche dal fatto che

[798] Cass., 40518/2021.
[799] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 160.
[800] D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2/2017, p. 50.
[801] Sulla categoria dei reati di pericolo indiretto, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 302.

esse riguardano una dinamica fattuale sovrapponibile, che si differenzia solo per l'oggetto dell'accordo corruttivo. In questo modo, il traffico di influenze svolgerebbe un ruolo ermetico rispetto a quegli episodi criminosi. Viceversa, laddove si dovessero aprire le porte del tipo anche ad altre fattispecie meno gravi e caratterizzate da una penetrazione meno profonda in aspetti diversi dei beni di pertinenza della p.a., come dimostrato dalle cornici sanzionatorie di gran lunga meno severe, si dovrebbe implicitamente riconoscere, per assurdo, che la fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio e le ipotesi di corruzione, espressione di disvalori del tutto diversi, assumano lo stesso spessore di riprovevolezza se oggetto del patto di influenze.

Una ricostruzione che terrebbe in maggiore considerazione le istanze di prevenzione generale e speciale potrebbe legittimare il concorso criminoso in questi reati-fine dei protagonisti del patto di influenze[802]. L'anticipazione dello *ius terribile* ad uno stadio anteriore ai momenti consumativi e, addirittura, ad un accordo solo pericoloso rispetto a figure di reato segnate da un disvalore non particolarmente elevato, suscita perplessità sul piano di una valutazione politico-criminale che metta al centro le funzioni costituzionali della pena.

Alla luce di queste osservazioni critiche, sembra più corretto far coincidere la rilevanza penale del traffico oneroso con la sua destinazione verso i patti corruttivi, in piena coerenza con il testo della clausola di riserva, che svolgerebbe una funzione di orientamento teleologico della "mediazione illecita". Se così non fosse, peraltro, risulterebbe anche 'eccessivo' il recente e laborioso impegno della Cassazione volto a descrivere con sempre maggiore certezza i confini tra il patto di influenze e gli accordi corruttivi, che non solo viene individuato nella connotazione causale del prezzo[803], ma anche nelle specifiche competenze

[802] Nel caso in cui l'accordo trovi esecuzione, esso potrebbe essere trattato alla stregua del criterio generale dell'assorbimento, per il quale l'accordo integrerebbe un *antefatto non punibile* consunto dalla progressione criminosa dei fatti. Ma questa soluzione incontra un limite nel fatto che la giurisprudenza impiega solo criteri strutturali ai fini della risoluzione delle interferenze apparenti tra fattispecie. In tali casi, tra i quali il concorso tra traffico di influenze e abuso d'ufficio oppure tra traffico di influenze e turbativa d'asta, ad essere integrato è l'ipotesi di un concorso materiale eterogeneo, disciplinato dall'art. 81, primo comma. In vicende simili, al fine di rendere proporzionato il trattamento sanzionatorio, C. SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.,* in *Giur. It.,* 1/2020, pp. 189 ss. propone di fare ricorso ad un criterio c.d. di "concorso materiale apparente". Il chiaro autore sostiene che, qualora due fattispecie si pongano al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 15 c.p., sia possibile recuperare gli effetti dell'assorbimento non al momento del rapporto tra le fattispecie, che può valutarsi solo in base a parametri logico-formali, bensì all'atto della commisurazione giudiziale della pena, ritenendo non obbligatorio, ai sensi dell'art. 81 c.p., l'aumento di pena per ciascuno dei reati in concorso.

[803] Cass., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 12095; Cass., sez. VI, 6 agosto 2020, n. 23602 con nota di C. CUCINOTTA, *Traffico di influenze illecite, corruzione e dintorni*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2021, pp. 239 ss.

funzionali del pubblico agente, la cui identificazione deve essere oggetto di patto e del relativo accertamento[804].

Questa interpretazione, inoltre, troverebbe conferma dal parallelismo con la fisionomia del traffico cd. gratuito e dalla sua proiezione finalistica, volta a prevenire accordi di corruzione. Risulterebbe intrinsecamente irragionevole, infatti, una fattispecie che presenta una condizione di equivalenza tra due condotte dal disvalore diverso, nell'ambito, peraltro, di un reato-contratto espressivo di un disvalore agganciato alla soglia del mero pericolo.

Grazie a questi argomenti, si può restituire un volto chiaro e preciso ad una fattispecie dalla tassatività debole.

3.3. Il caso della "gara" nelle turbative d'asta

Un assetto normativo che vive sulla propria pelle vicende di incertezza interpretativa, necessitando così dell'intervento di moduli ermeneutici costituzionalmente orientati ai canoni di tassatività, offensività e, anche con riguardo a questa fattispecie, di rispetto della *funzione amministrativa* sottostante, è offerto dal microcosmo delle turbative d'asta[805].

L'ombra di tali dispositivi sanzionatori, infatti, incombe in un momento molto delicato della dinamica amministrativa, coincidendo esso con quello nel quale l'amministrazione è chiamata a realizzare l'interesse pubblico (il *risultato*) attraverso scelte che non solo risentono molto del contesto storico-politico-sociale nel quale vengono assunte[806], ma che

[804] Cass., sez. VI, 8 giugno 2021, n. 26437; Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 17600.

[805] Riconosce l'imprescindibilità di moduli ermeneutici costituzionalmente orientati, valorizzati dal recente corso della giurisprudenza della Consulta, una recente sentenza della Corte App. Milano, 17 novembre 2021, n. 4090, p. 39.

[806] La citata sentenza dei giudici di appello milanesi mette in luce proprio come grazie al dialogo con un soggetto privato, espressione di una realtà economica locale, l'amministrazione sia riuscita a perseguire l'interesse pubblico osservando criteri dettati dalla legge regionale. La vicenda, al centro di un noto caso di cronaca giudiziaria che ha avuto risonanza nazionale, vedeva imputati il sindaco del comune di Lodi e altri soggetti, pubblici e privati, ai quali veniva contestato di aver turbato la gara per l'assegnazione della gestione delle piscine comunali, introducendo requisiti di partecipazione, fissati in coerenza con la legge regionale, che di fatto avrebbero estromesso dal bando alcune società che operavano sul territorio. Si legge nella sentenza (p. 32) che "può affermarsi la coerenza degli obiettivi perseguiti da Uggetti (il sindaco), con la consulenza dell'avv. Marini (il consigliere della società poi risultata assegnataria), in fase di predisposizione del bando, con i criteri dettati dalla legge regionale – riassumibili in 1) radicamento sul territorio nel bacino di utenza dell'impianto; 2) esperienza maturata nella gestione di impianti sportivi corrispondenti; 3) numero di tesserati o iscritti; 4) modalità di gestione integrata tra diversi soggetti; 5) l'ammissibilità alla selezione per la gestione di impianti sportivi di raggruppamenti temporanei, come pure la possibilità, riconosciuta all'ente territoriale dall'art. 3, comma secondo, della legge regionale e di fatto praticata sempre in tale legittima direzione, di individuare «ulteriori elementi oggettivi di valutazione», espressione invero equivalente ad un legittimo intento di orientare la procedura da adottare nel senso di una selezione atta a discernere «soggetti estemporanei»".

richiedono (impongono quasi) una preventiva interlocuzione con le parti private[807]. Una lettura formalistica di tali ipotesi criminose, pertanto, retrodaterebbe le lancette dell'orologio indietro al tempo in cui dominava una concezione verticistica del rapporto tra Autorità e Individuo, ove l'amministrazione decideva *ex auctoritate* senza mai scendere a dialogare con i privati interessati, dal momento che l'interesse pubblico stesso veniva inquadrato in chiave formalistica.

Le fattispecie di turbativa, invece, vanno interpretate calandosi nella dimensione amministrativa di una data realtà: esse sono caratterizzate, sul piano teleologico, da una forte integrazione tra la tutela dei beni funzionali della pubblica amministrazione e quelli a carattere marcatamente privatistico della libertà di concorrenza, connessa a quella di iniziativa economica, in una prospettiva plurioffensiva[808]. In questa proiezione offensiva, che rischia di essere illanguidita dal paradigma della plurioffensività, è bene dotare di un robusto statuto di tipicità, debitamente coadiuvato dai criteri dell'offensività e della *funzione*, alcuni elementi della fattispecie, come la nozione di gara[809] o il 'modo' attraverso cui questa viene turbata o impedita[810], nel caso dello spazio applicativo dell'art. 353 c.p.; o come quella del "bando o altro atto equipollente", espressione di un evidente clausola ad "analogia implicita"[811], nell'ipotesi disciplinata all'art. 353-*bis* c.p.[812].

La materia delle turbative, dunque, deve confrontarsi, da un lato, con fatti che vedono coinvolta l'amministrazione nella fase nella quale è maggiormente esposta, trattandosi del momento in cui convergono scelta dell'amministrazione e interesse dei privati; dall'altro,

---

[807] Non è un caso che, come rileva M. PELISSERO, *I delitti contro la regolarità delle gare ad evidenza pubblica*, in R. BARTOLI-M. PELISSERO-S. SEMINARA, cit., p. 602, queste fattispecie abbiano un "ampio riscontro in sede giudiziaria, spesso in concorso con i reati di corruzione".

[808] M. PELISSERO, *I delitti contro la regolarità*, cit., p. 603; L. DELLA RAGIONE, *Non c'è turbativa senza gara. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2009, p. 1502. Sembra assumere una prospettiva monoffensiva, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 426. Offre un'ampia panoramica sulle diverse posizioni in dottrina, N. MADÍA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, pp. 18 ss.

[809] L'art. 353 c.p. fa riferimento a "gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni". Osserva M. PELISSERO, *ult. op. cit.*, p. 603 che "è in relazione a questo profilo che l'art. 353 mostra lo scollamento tra norma penale, rimasta ferma al 1930, e disciplina amministrativa che ha visto la proliferazione delle procedure attraverso le quali la p.a. individua i contraenti".

[810] Al punto che M. PELISSERO, *ult. op. cit.*, p. 604 ne mette in discussione la struttura di reato a forma vincolata a causa della "genericità di alcune delle modalità indicate". Sulle singole modalità di realizzazione della condotta, N. MADÍA, *La tutela penale*, cit., pp. 92 ss.; A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, pp. 427 ss.

[811] V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale*, cit., p. 1242.

[812] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., pp. 1144-1145 che censura tale fattispecie sul piano della determinatezza, osservando come il riferimento alle "collusioni" e al "bando di gara o di altro atto equipollente" siano "formule elastiche o più esattamente vaghe, che solo la proverbiale indulgenza della Corte costituzionale – per vero non più così scontata – consente di considerare al riparo da censure di legittimità; formule che avvicinano le turbative a ipotesi di «frodi atipiche», quasi a farne la riedizione contemporanea del crimine di «stellionato», un *crimen extraordinarium* molto vivo nell'età intermedia e volto a reprimere genericamente ogni atto «doloso» non tipizzato sotto una speciale figura di reato, applicabile a chiunque realizzasse qualcosa con malizia".

deve fare i conti con una "congenita indeterminatezza" delle due fattispecie a presidio della materia degli appalti pubblici, impostate anch'esse sul modello di pericolo, "connotate da una tipicità precaria e umbratile, che del resto ha sempre esposto i reati volti a presidio delle gare pubbliche – ed anzitutto la turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p. – ad escursioni interpretative al bivio tra analogia e interpretazione estensiva"[813]. Anche rispetto a tali fattispecie, dunque, affiora il rischio di un "effetto congelamento dei diritti sottostanti" e della serenità dei pubblici uffici che dovrebbe prevenire l'ansia da burocrazia cd. difensiva, dovuta all'*overbreadth* dei tipi criminosi[814], che s'intrecciano con settori, come quello dell'amministrazione, che, nella loro attività fisiologica, curano e promuovono lo sviluppo di altri diritti[815].

La presenza di elementi di fattispecie vaghi determina l'aumento di "falsi positivi": situazioni ove apparentemente si maschera una collusione volta a favorire un operatore economico, ma che, in realtà, rappresentano semplicemente la scelta dell'amministrazione. A seconda dell'impostazione soggettiva che si assume, cioè, si può attribuire un disvalore "meritevole di pena" alla procedura individuata dall'amministrazione per l'assegnazione di un determinato appalto o ritenerla, di contro, coerente con il programma politico-amministrativo della *governance* di un ente pubblico[816]. In altre parole, l'imprevedibilità di una contestazione per turbativa d'asta, sia ai sensi dell'art. 353 che 353-*bis* c.p., ad esclusione dei cd. casi facili, dipenderà da come si valuta la scelta di procedere con un affidamento diretto dei lavori o dei servizi anziché con bando di gara pubblica, aperta o ristretta, o, viceversa, la scelta di rivolgere l'invito a presentare domanda ad alcuni operatori economici e non ad altri[817].

---

[813] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, p. 1143. Sul punto, osserva N. MADÍA, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare" nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 4/2015, p. 1364 che si è finiti per ripiegare "su una ricostruzione sin troppo esangue del concetto di gare pubbliche", che poi continua (p. 1372) "in sostanza nella giurisprudenza, e in parte della dottrina, è prevalso e continua a prevalere un concetto lato di gara, nel quale converge ogni situazione in cui si debba sviluppare la libera attività di concorrenza, con l'effetto che all'ipotesi criminosa immortalata all'art. 353 c.p. viene acconsentito di amplificare il proprio campo operativo, al di là di sistemi che la pubblica amministrazione può impiegare per cooptare le proprie controparti contrattuali. E questo, tutte le volte in cui alla scelta del contraente finale preluda un congegno di matrice competitiva".

[814] V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 1145.

[815] Lo evidenzia anche C. cost., 8/2021, §2.4

[816] Sottolinea il carattere "squisitamente politico della scelta", L. DELLA RAGIONE, *Non c'è turbativa senza gara*, cit., p. 1498.

[817] D'altronde, è su simili interrogativi che si fondava la contestazione di turbata libertà degli incanti nella già citata vicenda a carico del sindaco di Lodi e di altri componenti del consiglio comunale e di dirigenti di società, che dopo essere stati condannati in primo grado, sono stati assolti dalla corte di appello milanese perché il "fatto non sussiste". Ad avviso dei giudici del gravame, l'istruttoria dibattimentale ha dimostrato la assoluta regolarità della procedura, evidenziando come sia stato perseguito sempre l'interesse pubblico e garantito appieno il diritto di concorrenza, laddove il Comune aveva preferito bandire una gara anziché procedere con l'affidamento *in house*. Gli stringenti requisiti di partecipazione al bando e il fatto che l'invito a partecipare

In quest'ottica, si può senz'altro ammettere che rappresenterebbe un'estensione analogica vietata alla direzione semantica e offensiva dell'art. 353-*bis* c.p. la ricomprensione nel sintagma "bando o altro atto equipollente" dei casi di utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, disciplinata ai sensi dell'art. 63 d.lgs. 50/2016, così come questo dovrebbe rimanere all'esterno della nozione di "gara"[818] rilevante ai sensi dell'art. 353 c.p.[819]. Di recente, è stata proprio un'illuminante pronuncia della Cassazione a 'mettere un punto fermo' alla ricomprensione nell'alveo di tutela dell'art. 353-*bis* c.p. il turbamento di un procedimento amministrativo che non presenti al suo interno (o sia finalizzato ad) alcuna procedura selettivo-comparativa tra più operatori economici, "sia pure informale" [820]. La Corte, aderendo espressamente al 'nuovo corso della giurisprudenza costituzionale', coglie l'occasione per chiarire che la direzione di significato della fattispecie, in particolare con riguardo al canale semantico del "contenuto del bando di gara o altro atto equipollente", deve essere individuata attraverso un'interpretazione conforme al principio di stretta legalità, censurando ricostruzioni ermeneutiche che, "attraverso la evocazione della *eadem ratio*, valorizza(no) la necessità, da una parte, di colmare un vuoto di tutela e, dall'altra, di attribuire rilevanza penale a condotte "sostanzialmente" sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice attraverso una interpretazione

---

fosse stato rivolto solo a una società, elementi giudicati come sintomatici di un turbamento della gara da parte dei giudici di primo grado, erano dovuti, invero, al fatto che il contratto, tutt'altro che vantaggioso economicamente per chi l'avrebbe ottenuto, richiedeva determinate caratteristiche, assolutamente coerenti con la legge regionale, detenute solo da un operatore economico della zona.

[818] A. DI MARTINO, *op. cit.*, pp. 430-431 valuta l'esclusione dall'applicazione della fattispecie delle trattative private "una grave lacuna della repressione penale" che, tuttavia, "non pare colmabile per via interpretativa. (…) D'altronde, si tratta di una scelta che seppure – come detto – censurabile da un punto di vista politico-criminale non è di per sé incompatibile con il principio di frammentarietà del diritto penale, se si considera che queste due procedure sono quelle adottabili in via principale dall'amministrazione nel settore, particolarmente significativo, degli appalti di lavori pubblici", paventando una possibile violazione dell'art. 3 Cost. dell'esclusione di trattative private e appalto-concorso. La giurisprudenza, tuttavia, ha esteso il concetto di "gara" anche a tali fattispecie concorsuali, come rilevato sempre da A. DI MARTINO, *op. cit.*, al quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

[819] Cass., sez. VI, 12 marzo 2009, n. 11005 con nota di L. DELLA RAGIONE, *op. cit.*, pp. 1497 ss. e di N. MADÍA, *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 5/2010, pp. 174 ss. Tale sentenza assegna particolare rilevanza all'esistenza della gara, quale presupposto oggettivo del reato, escludendo anche la rilevanza a titolo di tentativo di condotte collusive poste in essere in assenza della gara. La centralità di quest'ultima è data dalla sua diretta incidenza sul disvalore della fattispecie e "l'asserto secondo cui l'assenza della gara non rende configurabile il reato di turbativa d'asta appare il solo coerente con il modello del *diritto penale del fatto*", così L. DELLA RAGIONE, *op. cit.*, p. 1502 In senso contrario V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, pp. 152 ss., che ammette come sia la trattativa privata la principale fonte di rischio di collusioni e abusi.
In senso estensivo-analogico della nozione di "gara", Cass., sez. VI, 21 luglio 2014, n. 32237 con nota critica di N. MADÍA, *I "nebulosi" confini*, cit., p. 1363-1364 che osserva come "il richiamo al principio di tassatività e al connesso divieto di analogia *in malam partem* non ha funzionato da deterrente ad una lettura fagocitante della locuzione "gara nei pubblici incanti e nelle licitazioni private", viceversa estesa a procedure di cooptazione delle controparti contrattuali con la pubblica amministrazione ulteriori rispetto a quelle indicate nel testo dell'art. 353 c.p.".

[820] Cass., sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5536, §3.2.

extratestuale – considerata meramente estensiva – della stessa"[821]. I giudici hanno così ritenuto che "le uniche situazioni che si sottraggono all'applicazione della fattispecie sono quelle in cui la ricerca del contraente sia sganciata da ogni giudizio comparativo, anche di tipo informale, ed in cui, quindi, non si può riscontrare alcuna spinta agonistica tra le parti, venendo meno in radice la possibilità stessa che il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità per gli appalti pubblici subisca un nocumento"[822].

La modalità di procedura per affidamento diretto, infatti, non solo non presenta un bando di gara[823], ma soprattutto rischierebbe di essere una spia fissa di turbamento del procedimento di scelta del contraente in quanto, fondandosi sull'esclusione degli altri operatori concorrenti, sarebbe intrinsecamente un procedimento frutto di "collusioni" perché volto a favorire il soggetto economico aggiudicatario[824]. Tale argomento, peraltro, si scontra con una recente riforma ad opera del già menzionato "decreto semplificazioni", d.l. 76/2020, convertito in legge 120/2020, che, nell'intento di rendere più fluide e veloci le procedure di assegnazioni di lavori e forniture, ha innalzato sensibilmente le soglie *ex* art. 36, comma

[821] Cass., 5536/2022, §3.1. Sono espressione di questo filone giurisprudenziale, Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 1016; Cass., sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431.

[822] Cass., 5536/2022, §3.2. In tal senso, Cass., sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 57000.

[823] Osserva condivisibilmente N. MADÍA, *I confini "nebulosi"*, cit., p. 1367 che "laddove una commessa o un bene pubblico vengano conferiti senza esperire alcuna "gara" è sin troppo ovvia ed evidente l'insussistenza dei presupposti minimi per accordare a queste procedure la protezione allestita dalle fattispecie criminose in materia, per l'appunto, di «gare pubbliche»; una soluzione contraria avrebbe travalicato persino i limiti di una «mera» interpretazione analogica della fattispecie, sfociando addirittura nell'elaborazione, *ex abrupto*, per via giudiziaria, di un inedito modello criminoso, sprovvisto di qualsiasi legame con il delitto contemplato nell'art. 353 c.p.".

[824] Afferma la possibilità di ricomprendere nel raggio applicativo dell'art. 353-*bis* c.p. anche la procedura di affidamento diretto, Cass., sez. VI, 10 aprile 2019, n. 15849 che giustifica tale pronuncia proprio sulla circostanza in virtù della quale l'accordo collusivo diretto ad influire sul normale svolgimento del procedimento può essere dedotta sulla base di elementi indiziari quali i rapporti pregressi tra le parti, la falsa prospettazione dei presupposti per l'adozione di una procedura in deroga, l'affidamento diretto dell'incarico senza previo interpello di altri operatori.

secondo, d.lgs. 50/2016[825], anticipando ad una fase 'interna' all'amministrazione la comparazione tra i vari operatori economici del settore[826].

L'amministrazione, in questo modo, nella figura del responsabile unico del procedimento, gode di un ampio potere decisionale che dovrebbe agevolare il raggiungimento del *risultato* amministrativo, senza, tuttavia, beneficiare di alcuno spazio di immunità penale per eventuali comportamenti patologici[827]. Su questi soggetti, infatti, incombono pur sempre i rischi di incorrere in responsabilità penali per corruzione, rivelazione di segreti d'ufficio, abuso d'ufficio, in caso, ad esempio, di violazione delle regole di condotta previste all'art. 63 per procedere con l'affidamento negoziato senza bando (es. obbligo di motivazione, assenza di situazioni di conflitto di interessi) o quelle ai sensi dell'art. 36, secondo comma (es. l'obbligo della previa consultazione di un numero di operatori variabile in base al valore dell'appalto).

Tali riflessioni mettono in luce le problematiche che conseguono a letture sterili di fattispecie grimaldello nell'attività della pubblica amministrazione, alla quale sono connessi vari diritti

---

[825] Recita l'articolo 36, comma secondo, d.lgs. 50/2016 "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:
a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria;
b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8".

[826] Proprio sull'esistenza di un momento comparativo interno la giurisprudenza riteneva di poter giustificare il procedimento analogico volto a far rientrare le procedure negoziate nella nozione di gara, sul presupposto che "qualunque condotta tesa ad interferire sulla libera concorrenza, anche se calata nell'ambito di paradigmi concorrenziali diversi dai pubblici incanti e dalle licitazioni private, coopera alla genesi della lesione di quegli interessi posti a giustificazione della tutela penale", N. MADÍA, *I confini "nebulosi"*, cit., pp. 1370 ss. e giurisprudenza ivi citata.

[827] Sui rapporti tra le fattispecie di turbative d'asta e altri reati contro la p.a. con cui le figure d'esame rischiano di sovrapporsi, cfr. N. MADÍA, *La tutela penale*, cit., pp. 229 ss.

costituzionalmente tutelati. Le lenti di ingrandimento dell'interprete, pertanto, devono penetrare nella dinamica amministrativa al fine di poter enucleare tipi criminosi rispettosi del fisiologico svolgimento della *funzione* amministrativa, ancora una volta presente sullo sfondo di tipicità delle fattispecie, orientata al progresso sociale ed economico, in ossequio sia al paradigma costituzionale dell'illecito penale, sia a quello dell'amministrazione finalisticamente orientata, che, su questo scivoloso groviglio normativo, potrebbe essere pregiudicato[828].

4. *Una vicenda esemplare. L'oltraggio a pubblico ufficiale da fattispecie del prestigio della p.a. a grimaldello di una lettura 'funzionale' dei reati contro la p.a. nella sentenza costituzionale 284/2019*

Una spiccata valorizzazione dell'attitudine offensiva dei profili 'funzionali' dell'attività amministrativa si rinviene, paradossalmente, rispetto ad una fattispecie concepita originariamente come presidio massimo di tutela del prestigio della p.a., espressione "della matrice illiberale del codice del 1930"[829], cioè l'oltraggio a pubblico ufficiale, che, oggi, invece, "non sembra godere di cattiva salute"[830]. Su questa figura di reato si sono riflesse a specchio le trasformazioni della pubblica amministrazione, soprattutto per quanto riguarda le pieghe dei rapporti con i cittadini: da ente statico, la cui immagine non poteva essere toccata da reazioni così plateali e scomposte da risultare offensive semplicemente nei confronti dei suoi rappresentanti; a istituzione dinamica, centrale nella fruizione dei beni della vita da parte dei consociati, funzione alla quale era finalisticamente orientata. Questo secondo paradigma di amministrazione, inquadrandola in una prospettiva paritaria-orizzontale rispetto i privati, escludeva dal novero dei "beni di pertinenza della p.a." il suo

[828] A questo genere di considerazioni può ascriversi altresì il rigetto dei giudici costituzionali per infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 77 Cost. dell'art. 23, comma primo, d.l. 76/2020, che ha modificato l'art. 323 c.p., sul presupposto che, da un lato, la previsione di una riforma in senso restrittivo di una fattispecie come quella di abuso d'ufficio ben poteva rientrare in un provvedimento normativo, come il "decreto semplificazioni", finalizzato a introdurre misure di agevolazione della macchina economico-finanziaria e amministrativa per aiutare il Paese ad uscire dalla crisi pandemica; dall'altro che non venivano violati i presupposti di "necessità e urgenza" poiché il collegamento con tali requisiti costituzionali dello strumento del decreto legge è individuabile "nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione della responsabilità. «Paura della firma» e «burocrazia difensiva», indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficiente e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente".

[829] G.L. GATTA, *La risurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, cit., p. 154.

[830] S. BRASCHI, *L'evoluzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, cit., p. 89.

prestigio ed ammetteva solo quelli posti a protezione della dimensione funzionale della sua attività 'esterna'[831], perché rivolta, appunto, ai beneficiari dei *risultati* prodotti.

Così, non ha stupito che la Corte costituzionale, con la già citata sentenza 341/1994, abbia dichiarato l'irragionevolezza del minimo edittale dell'originaria fattispecie di oltraggio a p.u., sul presupposto della tutela di un bene dotato di sempre più marcati profili eticizzanti, come il prestigio della p.a., evidenziando, peraltro, come tale forma di tutela non fosse neanche prevista in altri ordinamenti occidentali. Ne derivava, dunque, una sproporzione della base sanzionatoria dell'art. 341 c.p., lesiva dei principi costituzionali scolpiti negli articoli 3 e 27, comma terzo, Cost.

Le riflessioni della Corte hanno di certo orientato la successiva scelta politico-criminale di depenalizzare il reato in questione. La sua assenza dal tessuto penalistico a tutela della pubblica amministrazione, tuttavia, non è durata a lungo: esso ha fatto nuovamente ingresso nel nostro ordinamento con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (cd. pacchetto sicurezza), secondo un'opzione di criminalizzazione discutibile[832], presentandosi, però, con rinnovate vesti di tipicità e offensività, tali da rendere più selettiva la fattispecie nelle sue forme di aggressione ai beni tutelati. L'attuale versione dell'oltraggio a p.u., topograficamente collocata in un inedito art. 341-*bis* c.p., richiede, ai fini della sua integrazione, un'offesa "al prestigio e all'onore di un pubblico ufficiale mentre compie un atto del suo ufficio", prevedendo così un nesso di stretta correlazione con la funzione esercitata. Il reato, poi, è stato arricchito di ulteriori contrassegni di tipicità, idonei a provocare una maggiore penetrazione nei beni tutelati[833], come nel caso della condizione del "luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone" che deve rappresentare l'ambito spaziale nel quale deve avvenire l'offesa[834], evitando che essa "si consumi in un rapporto privato fra l'oltraggiante e l'oltraggiato" e proiettandola, invece, in una dimensione pubblica di "risonanza collettiva"[835]. Ciò è confermato dalla circostanza che – seguendo una condivisibile linea interpretativa della Cassazione – il requisito della pluralità di persone deve ritenersi integrato

[831] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 193.
[832] Critico sulla reintroduzione di tale fattispecie è G.L. GATTA, *la risurrezione*, cit., p. 161.
[833] La più spiccata tassatività del nuovo volto dell'oltraggio a pubblico ufficiale e la sua dimensione offensiva non più legata solo a beni formalistici della p.a., ha determinato l'assenza di "una reazione della magistratura anche solo paragonabile a quella verificatasi con riferimento alla vecchia incriminazione", bersaglio di numerose questioni di legittimità costituzionale, S. BRASCHI, *op. cit.*, p. 91. Su tali questioni rimesse alla Corte dagli anni '60 ai primi anni '90, cfr. G. MARTIELLO, *Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, cit., pp. 1110-1111 e S. PRANDI, *Il delitto di oltraggio tra evoluzione normativa*, cit., p. 1000 che evidenzia come soprattutto nelle sentenze 323/1988 e 127/1989 la Corte abbia invitato il legislatore ad intervenire.
[834] Su tale requisito selettivo del fatto tipico, S. PRANDI, *ult. op. cit.*, p. 1001. In senso critico, invece, si pone S. BRASCHI, *op. cit.*, che rileva come "tale previsione conferisce una venatura moralistica all'incriminazione, che risulta poco congruente con lo scopo di tutela perseguito dal legislatore".
[835] Cass., sez. VI, 30 marzo 2022, n. 11820, §3.

solo in presenza di più persone estranee alla pubblica amministrazione o da soggetti qualificati presenti in quel contesto spazio-temporale non per altre ragioni d'ufficio e non anche nell'ipotesi della contestuale presenza di più agenti nell'esercizio delle loro funzioni, non attinti dalle condotte ingiuriose[836].

Tali elementi innovativi del fatto tipico sono in grado di assolvere una funzione di restrizione dell'area di rilevanza della fattispecie, in quanto riescono a descrivere in chiave selettiva la dimensione plurioffensiva necessaria della condotta, compito arduo in considerazione della evanescenza del bene del prestigio, così ampio ed etereo da prestarsi ad una difficile opera di selezione delle sue forme di offesa, abbandonate solitamente ad una individuazione attraverso impostazioni soggettive dell'interprete[837]. Il legislatore, cioè, è riuscito a "estrarre dal molteplice empirico un contenuto costante ed uniforme"[838], costruendo un tipo legale attraverso requisiti capaci di intercettare una dimensione di danno del prestigio della p.a., dell'onore della persona del pubblico ufficiale e di pericolo concreto del corretto e veloce esercizio delle funzioni, che integrano il buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost. Il risultato è stato una disposizione compatibile con il modello del reato quale illecito di modalità di lesione, dal quale fosse possibile ricavare il "sostrato di fatto dell'offesa"[839], attraverso la valorizzazione dei criteri interpretativi richiamati. Ed infatti, la Corte costituzionale, nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale dell'oltraggio a p.u.[840], ha individuato il baricentro offensivo del reato nel requisito di "stretta correlazione con la funzione", la cui messa in pericolo è decisamente più vicina al bene leso rispetto a quanto accadesse nella vecchia formulazione, ove l'offesa doveva essere perpetrata "a causa o nell'esercizio delle sue funzioni". Tale formula si presentava come un mero

---

[836] Cass., 11820/2022; Cass., sez. VI, 9 giugno 2021, n. 30136.

[837] Almeno così sembrava accadere nella previgente formulazione dell'art. 341 c.p., ove l'offesa doveva essere lesiva dell'onore "o" del prestigio del p.u. e doveva essere perpetrata "a causa o nell'esercizio delle sue funzioni", perifrasi, quest'ultima, che sembrava introdurre semplicemente un requisito spazio-temporale, ma non anche causale rispetto all'esercizio delle funzioni. Tale ampia area di tipicità rimetteva inevitabilmente alla sensibilità del singolo interprete il carico di disvalore dell'offesa. È stato osservato, infatti, che il vecchio oltraggio a p.u. "pareva incentrarsi soprattutto sull'irriverenza manifestata dall'autore nei confronti del pubblico ufficiale, pregiudicando la attuazione dei principi di proporzionalità e pari dignità sociale, S. BRASCHI, *op. cit.*, p. 91.

[838] A. GARGANI, *Dal* corpus delicti, cit., p. 13

[839] N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento*, cit., p. 145.

[840] C. Cost., 284/2019, cit. La Corte ha dichiarato non fondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 341-*bis* c.p. che il giudice rimettente riteneva violasse gli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost., stante l'irragionevolezza per sproporzione dell'intero trattamento sanzionatorio, sia, dunque, del minimo che del massimo edittale, rispetto all'art. 342 c.p. che disciplina l'oltraggio a un corpo amministrativo, politico o giudiziario, punito con la sola pena pecuniaria. In senso critico su tale pronuncia, S. BRASCHI, *op. cit.*, p. 92. Ne condivide, invece, l'atteggiamento "prudente", G. MARTIELLO, *op. cit.*, p. 1112. Riteneva irragionevole la reintroduzione di tale fattispecie, soprattutto per la previsione della pena carceraria, considerata "sproporzionata per la repressione dell'offesa all'onore e al prestigio del pubblico ufficiale" e pertanto lesiva dell'art. 27, terzo comma, Cost., G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 161.

requisito spazio-temporale a differenza dell'attuale "mentre compie un atto del suo ufficio"[841], che ricopre, invece, una condizione deterministico-causale rispetto all'offesa, essendo altresì legata ad uno specifico atto e non ad un generico riferimento alla funzione[842]. Ne deriva che, secondo l'attuale assetto normativo e a differenza del previgente, se la condotta offensiva viene posta in essere per una precedente attività d'ufficio o viene rivolta alla persona del p.u. per ragioni estranee alla sua attività, essa si colloca all'esterno dell'area di rilevanza della fattispecie[843].

I profili offensivi della fattispecie, con particolare attenzione alla proiezione lesiva dei beni *funzionali* della p.a. sono stati lumeggiati proprio da quest'ultima pronuncia della Consulta[844], ove, applicando canoni interpretativi conformi ai principi di offensività e di proporzionalità sanzionatoria, la Corte ha inquadrato il *fatto* di oltraggio a p.u. ad uno stadio prodromico a quello più grave di resistenza a pubblico ufficiale, rispetto al quale si pone in rapporto di progressione criminosa, "in relazione al non remoto pericolo che la reazione verbale contro il pubblico ufficiale possa trasmodare in un'aggressione minacciosa o addirittura violenta nei suoi confronti". Questo collegamento trova ragion d'essere nel requisito di stretta correlazione con la funzione, che rappresenta il canale di messa in pericolo del buon andamento della p.a.[845], rendendo così più chiari e densi di disvalore i profili assiologici di tutela del nuovo reato di oltraggio[846].

Viene così resa ancor più accesa la sua dimensione di reato di pericolo concreto dei beni *funzionali* della p.a., inquadrando l'oltraggio nella dinamica fattuale che porta alla resistenza al p.u.: si tratta di un virtuoso esempio di interpretazione tassativizzante che si pone in linea

---

[841] Sulle ragioni politico-criminali dell'introduzione di tale requisito, S. PRANDI, *ult. op. cit.*, p. 1002, che osserva come in questo modo "il legislatore sembra aver selezionato e scelto di punire soltanto i comportamenti maggiormente offensivi del buon andamento della P.A., che rischia di essere effettivamente compromesso dalle esitazioni e dalle difficoltà che può incontrare il pubblico ufficiale oltraggiato, nel portare a termine l'atto del proprio ufficio in determinate condizioni ambientali".

[842] Cass., 11820/2022.

[843] S. PRANDI, *ult. op. cit.*, p. 1003.

[844] Si legge nella sentenza costituzionale 284/2019, §3.4 che il requisito del compimento dell'atto d'ufficio "da un lato restringe l'ambito applicativo della nuova fattispecie rispetto a quella previgente; dall'altro ne arricchisce la dimensione offensiva, affiancando alla duplice lesione dell'onore individuale del p.u. che subisce l'offesa, nonché del prestigio dell'amministrazione di appartenenza, una nuova dimensione di pericolo per la concreta attuazione dello specifico atto d'ufficio che la condotta del reo mira evidentemente ad ostacolare, e dunque per il regolare esercizio della pubblica funzione svolta in concreto dal pubblico ufficiale".

[845] Esclude che l'oltraggio a p.u. possa tutelare il buon andamento della p.a., G.L. GATTA, *ult. op. cit.*, p. 164.

[846] Argomenta la Corte costituzionale (§3.4) che "avendo ora il legislatore richiesto un rapporto di stretta contestualità tra la condotta e il compimento dell'atto d'ufficio da parte del pubblico ufficiale, l'uso di violenza o minaccia da parte dell'agente sarà normalmente funzionale ad ostacolare il compimento dell'atto d'ufficio, con conseguente configurabilità della più grave ipotesi delittuosa di cui all'art. 337 c.p.". Ed infatti la Corte, nel passaggio successivo, evidenzia anche che il nuovo oltraggio a p.u. si pone a tutela del buon andamento, "non diversamente da quanto accade – per l'appunto – per il delitto di cui all'art. 337 c.p.", individuando così un rapporto "di possibile progressione criminosa rispetto all'oltraggio".

di continuità con il recente corso della giurisprudenza costituzionale, dando prova delle sue capacità selettive anche sul terreno dei reati contro la p.a.: in questo modo, in effetti, è stata definita quella "relazione di connessione" rispetto al bene finale tutelato, necessaria nei reati di pericolo e che in questo caso passa attraverso il danno degli altri beni tutelati, quali l'onore individuale del p.u. e il prestigio della p.a., non meritevoli di per sé a trovare protezione penale. Questi, in conclusione, hanno legittimazione nell'attuale panorama costituzionale[847], nell'ambito di questa specifica ipotesi criminosa, solo in quanto strumentali a offendere i beni dinamici della p.a.

[847] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 156.

Conclusioni

Lo studio dello statuto penale della pubblica amministrazione richiede un'integrazione di saperi, che metta al centro un'idea chiara di pubblica amministrazione, filtrata dalla prospettiva amministrativistica. L'idea di fondo, cioè, consiste nell'impossibilità di considerare il *corpus* di reati disciplinato al titolo II libro II del codice penale come un organismo autonomo, in quanto il suo sostrato di materialità, fornito dalla componente offensiva, si può ricavare solo attingendo alle reali funzioni dell'amministrazione, che rappresentano al contempo un fattore endogeno ed esogeno rispetto alla corretta perimetrazione dell'area della punibilità in questa specifica materia.

La p.a., come si è tentato di dimostrare, ha mutato i propri connotati: a seguito dell'avvento dello Stato sociale e costituzionale di diritto, all'affermarsi di una concezione orizzontale del suddetto rapporto corrisponde un paradigma di amministrazione *civil servant*, finalisticamente orientata al soddisfacimento dei beni della vita per i cittadini, trovando copertura costituzionale nel reticolato normativo offerto agli articoli 97, 2 e 3 Cost.[848].

Queste vicende devono rappresentare il punto di partenza per ogni riflessione di sistema sui reati contro la pubblica amministrazione, non potendosi pretendere di calibrare in maniera corretta la tipicità e, in particolare, l'offensività di una fattispecie penale o la ragionevolezza di una scelta incriminatrice prescindendo da un confronto con il ruolo dell'amministrazione nel nostro ordinamento e dalla *funzione* che essa svolge. Ne deriva l'accoglimento in questa sede di un modello di amministrazione *di risultato* in grado di oggettivizzare tutti i canoni dell'archetipo di 'buona amministrazione', estratto a livello europeo dall'art. 41 CDFUE. Assumendo questo modello, del quale si cerca di riassumerne le caratteristiche, si riesce a dare un volto più nitido ai principi del buon andamento e imparzialità, sanciti all'art. 97 Cost., centrali nelle costruzioni e ricostruzioni del baricentro offensivo delle fattispecie in esame. La discrezionalità amministrativa, in questo contesto, svolge un ruolo essenziale per orientare le scelte finalizzate al risultato.

L'illustrazione del *fenomeno amministrativo*, delle sue dinamiche evolutive e della sua essenza attuale incide inevitabilmente sul *fenomeno penale*: lo fa, innanzitutto, come fattore *esogeno*, che segna dall'esterno i tracciati consentiti per l'intervento criminale.

L'utilità di una prospettiva intrecciata, che parte dal dato *ontologico* per dedurne conseguenze *logiche* in termini di tutela penale, tuttavia, opera anche dall'interno, come

[848] A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica*, cit., p. 389 ss.

fattore *endogeno*: essa consiste nella individuazione degli oggetti giuridici protetti dalle diverse fattispecie presenti nel titolo codicistico. Ed infatti, come pure si è tentato di segnalare, mentre quando imperava una concezione verticistica del rapporto tra autorità e individuo, l'amministrazione, in quanto 'estensione organica' dell'Esecutivo, doveva essere tutelata su ogni fronte, partendo dal versante formalistico, con il ribaltamento assiologico determinato dalla esplosione dei valori costituzionali, anche i beni giuridici di pertinenza della p.a. sono stati travolti.

La prima 'stagione', fondata sull'"ossessione del prestigio" della p.a., valorizzava beni di matrice moralistica, quali la fedeltà dei pubblici agenti intesa come dovere di probità, attorno al quale veniva costruito il reato come illecito di mera obbedienza[849], espressione di una concezione sanzionatoria dell'illecito penale. Le conseguenze potevano valutarsi in termini di rischio di strumentalizzare il diritto penale "da mezzo giuridico di tutela a mezzo di governo"[850]. Questa idea di tutela penale era confortata anche dal modello di p.a., categorizzato come 'amministrazione per atti', ove "il compito amministrativo legale è il solo consono alle esigenze della società, e l'azione amministrativa legale è, per ciò solo, anche azione amministrativa efficiente"[851]. In questo modo, si costringeva l'amministrazione entro maglie formali di comportamento: questa condizione angusta di operatività segnava inevitabilmente anche il rovescio penalistico della tutela.

A seguito del 'risveglio costituzionale', invece, l'amministrazione si orienta alla realizzazione dei beni della vita e, in particolare, si lega alle colonne portanti del nostro stato sociale di diritto, offerte dagli articoli 2 e 3 Cost. La 'nuova' amministrazione, dunque, va posta come oggetto di osservazione al fine di individuare la corretta direzione di significato dei suoi tratti *dinamici*, dai quali vanno ricavati i concetti di buon andamento e imparzialità. È per tali ragioni che nella prospettiva del presente studio si è prestata particolare attenzione alle pratiche ermeneutiche 'costituzionalmente orientate': innanzitutto grazie ad una rinnovata 'sensibilità' degli interpreti, si può costruire uno statuto penale aderente all'attuale modello di p.a., che non si lasci tradire da aspettative così intense di salvaguardia della 'buona amministrazione' che finisce per prevenire la "cattiva amministrazione"[852].

In questa prospettiva, il *fatto* dei vari reati contro la p.a. deve colorarsi di elementi immanenti della fattispecie, che ne tassativizzano il tipo criminoso legale. Questi sono dati dalla

[849] R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti contro la p.a.*, cit., p. 225.
[850] R. RAMPIONI, *ult. op. cit*., p. 252.
[851] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»,* cit., p. 821.
[852] In questa direzione, ad esempio, sembra muoversi la recente riforma della responsabilità dei pubblici agenti, sia penale che erariale, ad opera del d.l. 76/2020, convertito in l. 120/2020.

presenza costante, implicita o esplicita, della *funzione amministrativa*, da ricercare nella dinamica offensiva del fatto in quanto rappresenta il canale attraverso cui passa la relazione di connessione rispetto alla lesione e alla concreta messa in pericolo dei beni di pertinenza della p.a., così, vengono apprezzati anche sul versante penalistico della tutela nella loro dimensione dinamica. Il rinvio alla *funzione* emerge anche da un'altra peculiarità strutturale dei delitti contro la p.a. che integra un ulteriore elemento tipico. Essa consiste in quello che si è definito un "filtro selettivo della tipicità penale", ricavato da una lettura combinata degli artt. 28, 54, secondo comma, e 97, secondo comma, Cost. Si tratta di un ulteriore elemento immanente nelle fattispecie di questo titolo: l'obbligato passaggio per il pubblico agente titolare delle funzioni aggredite. Esso opera soprattutto nei delitti dei p.u., ma invero anche nei delitti dei privati contro la p.a., dove tale profilo di disvalore diventa maggiormente sfuggente, a meno che non si faccia riferimento a ipotesi in cui il privato incide direttamente sullo svolgimento delle funzioni pubbliche, al punto da pregiudicarne la libertà di determinazione e azione da parte dei loro titolari, come nel caso dell'art. 337 o 338 c.p. Un esempio può essere offerto dal traffico di influenze illecite, ove, in una recente pronuncia della Cassazione, si è ritenuto necessario, ai fini della rilevanza penale del patto di influenze, che il mediatore indichi precisamente il pubblico agente presso il quale s'impegna ad accreditarsi, in quanto un'indicazione "generica" non rende "neppure certo il riferimento ad un pubblico ufficiale o ad un funzionario né chiaro il tipo di mansioni svolte. Tale indeterminatezza rileva in quanto l'incertezza cade su un elemento essenziale della fattispecie"[853]. Ulteriori esempi possono essere dati dal nuovo oltraggio a p.u., ove la condotta oltraggiosa viene vincolata ad un requisito di stretta contestualità, temporale e causale, con il compimento dell'atto d'ufficio da parte del p.u. (es. C. cost. 284/2019) e dalla malversazione *ex* art. 316-*bis* c.p. ove è certamente vero che la distrazione è commessa dal privato, ma si verifica dopo lo svolgimento dell'attività funzionale dell'amministrazione, consistente nella corretta dazione del finanziamento.

Questa *metodologia ermeneutica*, peraltro, muovendosi nella direzione indicata dal *testo*, sembra aderire al recente corso della giurisprudenza costituzionale, ispirata da una rinnovata fiducia nei confronti delle capacità selettive offerte dalla dimensione linguistico-testuale della fattispecie. Rispetto al settore dei reati contro la p.a., tuttavia, la lettera della legge deve 'aprire le porte' alla realtà del suo oggetto di tutela, dato dal *modo di agire* della p.a. In questo modo si propone una sorta di vincolo per l'interprete, che va nel senso della

[853] Cass., sez. VI, 8 giugno 2021, n. 26437, p. 5.

ermeneutica *prescrittiva*, mettendo al bando interpretazioni estensivo-analogiche che, soprattutto sul terreno dei reati contro la p.a., hanno trovato margini operativi.

In conclusione, per favorire questo modo di interpretare le fattispecie dei reati contro la p.a., sarebbe opportuno anche intervenire da un punto di vista normativo, proponendo una diversa sistematica del titolo in esame. Questo oggi subisce ancora la ripartizione originaria prevista dal legislatore del 1930, che, seguendo l'ideologia statocentrica dell'epoca, si preoccupava di intercettare tutte le forme di aggressione alla pubblica amministrazione, provenienti dall'interno (da parte dei p.u.) o dall'esterno (da parte dei privati). Tale criterio, oltre a non essere più attuale, sia per ragioni di interpolazioni normative che hanno contaminato l'osservanza rigorosa del criterio di ripartizione (si pensi alla previsione dell'art. 316-*bis* c.p., nel capo I del titolo, nonostante disciplini un reato dei privati contro la p.a.), sia per ragioni ideologiche, essendo venuta meno la concezione giacobina del rapporto autorità individuo, ha anche una scarsa capacità euristica, non essendo utile all'interprete per inquadrare sistematicamente e funzionalmente le varie fattispecie[854]. D'altro canto, in un contesto ideologico-ermeneutico in cui il bene giuridico era "interno" alla norma e perdeva, dunque, di presa selettiva, il legislatore fascista non si sentiva vincolato ad utilizzare questo concetto come unico strumento di ripartizione dei titoli di parte speciale[855]. La situazione cambierà, poi, con l'avvento del costituzionalismo: al bene giuridico verrà assegnato un ruolo chiave nella legittimazione dell'intervento penale e nella definizione della 'sostanza dell'incriminazione'.

A tal proposito, potrebbe prendersi in considerazione l'idea, mutuata anche dagli altri titoli della parte speciale del codice Rocco, di dividere il titolo dei delitti contro la p.a. sulla base del *tipo* di offesa apportata alle funzioni della p.a.: *a*) reati offensivi di interessi finanziari e patrimoniali (peculato, malversazione ai danni dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato); *b*) reati lesivi delle prerogative funzionali della P.A. (i vari tipi di corruzione, istigazione alla corruzione, induzione indebita a dare o ricevere utilità, traffico di influenze, turbative d'asta, i reati di violenza e resistenza a p.u. e a corpi dello Stato, i reati di oltraggio); *c*) reati di violazione di doveri funzionali dell'ufficio (abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, interruzione di un pubblico servizio, rivelazione di segreti

[854] Anche il codice Zanardelli, dopo alcuni progetti che volevano mantenere tale distinzione, decise di abbandonare questa modalità classificatoria perché "non necessaria". La relazione ministeriale metteva in luce, di contro, come si dovesse dare rilievo alle offese che turbavano "il regolare esercizio dei pubblici Poteri", individuando nel "buon funzionamento il fine ultimo ed indifferenziato di ogni aspetto della sovranità statuale". Così F. TAGLIARINI, *Il concetto di P.A.,* p. 55.

[855] V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 25 ss.

d'ufficio, utilizzazione di d'invenzioni o scoperte dell'ufficio, sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro).

Questo diverso inquadramento dei reati contro la p.a. potrebbe porre a disposizione di legislatore ed interpreti proficui e interessanti strumenti concettuali di intervento. Il primo sarebbe messo in condizione di intervenire sulla tipicità delle varie fattispecie in maniera coerente con la loro proiezione lesiva. Il secondo, invece, individuerebbe in maniera chiara l'oggetto di tutela.

Sullo sfondo di queste prospettive, incombe, purtroppo, il clima di culture politiche venate di autoritarismo populistico, interessate a "colpire gli stati emotivi della popolazione"[856], che premono verso impieghi discutibili del diritto penale. Una politica di bonifica punitiva che maturi nel contesto della ragionevolezza costituzionale avrebbe bisogno di ben altro e in questa direzione si è tentato di dimostrare che qualcosa si sta muovendo.

D'altronde, è noto, *gutta cavat lapidem*.

[856] A. MANNA, *Il fumo della pipa,* cit., p. 1

BIBLIOGRAFIA

ALAGNA R., Lobbying *e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato,* Torino, 2018;

ALBERICO A., *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 4/2021, pp. 5 ss.;

ALESSANDRI A., *I reati di riciclaggio e di corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3/2013, pp. 133 ss.;

ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti,* in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti. Atti del convegno, Venezia 11 dicembre 1999,* Padova, 2001, pp. 51 ss.;

ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione,* in *Dig. Disc. pubbl.,* VIII, 1993, pp. 132 ss.;

ALLEGRETTI U., *Corte costituzionale e Pubblica Amministrazione,* in *Le Regioni,* 1982, pp. 1186 ss.;

AMARELLI A., *"Limitatori della penalità": il caso del peculato dell'albergatore tra depenalizzazione legislativa e reviviscenza giurisprudenziale*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021;

AMARELLI G., *I delitti di peculato*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, II ed., 2021, pp. 39 ss.

AMARELLI G., *sub* art. 338 c.p., in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, tomo II, 2021, pp. 1260 ss.;

AMARELLI G., *"Nel giardino dei sentieri che si biforcano". Il concorso esterno nei reati associativi tra teoria e prassi,* in F. GIUNTA-R. GUERRINI-V. MAIELLO-S. SEMINARA-F. SGUBBI (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità. Atti del convegno di Siena, Certosa di Pontignano, 24 e 25 maggio 2019,* Napoli, 2020, pp. 129 ss.;

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018;

AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio,* in *Cass. pen.,* 1/2014, pp. 403 ss.;

AMATI E., *Giustizia penale e immagine del potere. Lo "Stato nascente" delle ideologie penalistiche autoritarie*, in ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 21 ss.;

AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali,* Torino, 2020;

AMODIO E., *A furor di popolo,* Milano, 2019;

ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione,* Napoli, 1979;

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*. *La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994;

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* Milano, 1983;

APOLLONIO A., *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze: un bilancio esegetico due anni dopo l'introduzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 19 febbraio 2021;

APRILE E., *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla Spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, pp. 441 ss.;

ARDIZZONE S., *Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Enc. Dir.,* XXXIX, 1988, pp. 1 ss.;

ASTORINA MARINO P., *L'unificazione di traffico di influenze illecite e millantato credito: una crasi mal riuscita,* in *Dir. Pen. cont. – riv. Trim.,* 1/2020, pp. 188 ss.;

AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989;

BADURA P., *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali,* in *Dir. pubbl.,* 1/1999, pp. 31 ss.;

BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3-4/2012, pp. 5 ss.;

BALBI G., *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003;

BALLO G., *Politiche criminali dell'anticorruzione e inasprimenti sanzionatori: un intervento davvero necessario?,* in *Stud. Iur.,* 7-8/2019, pp. 830 ss.;

BARATTA A., *Prefazione,* in S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli, 1995, pp. XI ss.;

BARBERIS M., *Introduzione*, in H. KELSEN, *La democrazia,* trad. it. a cura di G. Melloni, Bologna, 1995., p. 31.

BARLETTA F.- CAPPELLINI A., *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 18 giugno 2021;

BARON L., *'Spazzacorrotti', art. 4*-bis *ord. pen. e regime intertemporale,* in *Dir. pen. cont.,* 5/2019, pp. 153 ss.;

BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. Pen.*, 3/2020, pp. 143 ss.;

BARTOLI R., *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, pp. 1540 ss.;

BARTOLI R., *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, p. 350;

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005;

BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale,* in *Dir. pen. proc.,* 2001, p. 1140;

BARTOLI R., *Reazione oltraggiosa ad atti arbitrari e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e privati,* in *Cass. Pen.,* 1998, pp. 2825 ss.;

BARTOLUCCI M.A., *L'"indebita ricezione di utilità" da parte del pubblico ufficiale: condotta criminalizzabile* per se *o solo elemento tipizzante del delitto di corruzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, pp. 119 ss.;

BAUMAN Z., *Retrotopia,* Roma-Bari, 2017, trad. it. a cura di M. Cupellaro;

BATTINI S.-DECAROLIS F., *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2019, pp. 293 ss.;

BELLAGAMBA F., *Riflessioni a margine del nuovo assetto riservato ai delitti di corruzione della legge 'negaprincìpi' e 'spazzagaranzie',* in *DisCrimen,* 7 gennaio 2020;

BELLAGAMBA F., *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017;

BENUSSI C., *Diritto penale della Pubblica Amministrazione,* Padova, 2016;

BENUSSI C., *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati risponde di peculato d'uso,* in *Dir. pen. cont.,* 12 maggio 2013;

BENVENUTI F., *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza,* in *Problemi di amministrazione pubblica,* 1981, pp. 7 ss., ora in *Scritti giuridici. Articoli e altri scritti (1970-1983),* Milano, vol. IV, 2006, pp. 3647 ss.;

BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive,* Padova, 1996;

BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva,* Venezia, 1994;

BENVENUTI F., *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario,* in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi,* Padova, 1975;

BERTI G., *Amministrazione e Costituzione,* in Aa.Vv., *La Pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessi e indicazioni di riforma. Atti del XXXIV convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione,* Varenna 16-18 settembre 1993, Milano 1995, pp. 11 ss.

BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/1992, pp. 3 ss.;

BIANCA M., *Diritto civile. Il contratto*, II ed., Milano, 2000;

BOBBIO N., *L'età dei diritti,* Torino, 1990;

BORSARI R., *A volte ritornano*. *Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. Pen.*, 9/2021, pp. 43 ss.;

BORSARI R., *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale,* Torino, 2020;

BORSARI R., *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012;

BOTTINO G., *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici,* in *Analisi giuridica dell'Economia,* 1/2020, pp. 117 ss.;

BOTTINO G., *Amministrazione e funzione organizzatrice,* Milano, 2008;

BRASCHI S., *L'evoluzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale tra offensività e ragionevolezza della tutela penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2022, pp. 89 ss.;

BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio,* in *Enc. Dir.,* XXII, 1972, pp. 47 ss.;

BRICOLA F., *Teoria generale del reato,* in *Noviss. Dig. It.,* 1973;

BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali,* in ID., *Scritti di diritto penale,* vol. II, tomo I, Milano, 1997, pp. 2389 ss.;

BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela,* Padova, 1982, pp. 3 ss., ora in S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale,* vol. I, tomo II, Milano, 1997;

BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato,* III ed., Torino, 2019;

CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità,* Roma-Bari, 2013;

CALAMANDREI P., *Prefazione,* in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* II ed., Firenze, 1950;

CALANDRA P., *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* in *Studi in memoria di V. Bachelet. Amministrazione e organizzazione,* vol. I, Milano, 1987, pp. 157 ss.;

CALVI A., *Introduzione*, in F. Von Listz, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* Milano, 1962;

CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme,* in *Dir. amm.,* 1/2016, pp. 9 ss.;

CAMMELLI M., *La Pubblica Amministrazione. Come è cambiata ai tempi della* spending review, Bologna, 2014;

CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato,* in *Studi in onore di Giorgio Berti,* Napoli, 2005, pp. 556 ss., nonché in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, pp. 107 ss.;

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo,* Padova, 1914 (con ristampa a cura di G. Miele, 1960;

CARBONE L., *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in *ambientediritto.it*, 2/2021, pp. 666 ss.;

CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana,* in *www.cortecostituzionale.it,* Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, pp. 1 ss. nonché in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky,* Torino, 2016, pp. 463 ss.;

CASSANDRO G., *Resistenza (diritto di),* in *Noviss. Dig. It.,* 1968, pp. 608 ss.;

CASSESE S., *Lo Stato ad amministrazione disaggregata,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2/2020;

CASSESE S., *Che cosa resta dell'Amministrazione Pubblica?,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2019;

CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione,* in *Studi in onore di Alberto Romano,* Napoli, 2011, pp. 105 ss.

CASSESE, *L'influenza delle riforme costituzionali sulla pubblica amministrazione,* in *Giorn. Dir. Amm.,* 3/2005, pp. 333 ss.;

CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?,* in *Giorn. Dir. amm.,* 9/2004, 941;

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1998;

CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano,* Bologna, 1983;

CATANEO C., *Limiti all'esercizio della forza pubblica: il Tribunale di Bologna interpreta l'esimente della reazione ad atti arbitrari (art. 393*-bis *c.p.) alla luce dell'art. 11 CEDU,* in *www.sistemapenale.it*, 13 gennaio 2021;

CATENACCI M., *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.,* in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia,* Torino, 2016;

CAVALIERE A., *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018.;

CECCHI M., *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di* stilus curiae, Milano, 2021;

CERASE M., Sub *art. 68,* in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, vol. II, 2006, pp. 1298 ss.

CERRI A., *Imparzialità e buon andamento della p.a.,* in *Enc. giur. Treccani online,* 2013;

CERULLI IRELLI V., *Prima lezione di diritto amministrativo,* Bari-Roma, 2021;

CERULLI IRELLI V., *Invalidità e risultato amministrativo,* in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004, p. 81 ss.;

CHELI E., *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive,* Napoli, 2006;

CINGARI F., *Il tipo criminoso dei delitti di corruzione: tra teoria del duplice schema di consumazione e corruzione per "asservimento" della funzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2022, pp. 81 ss.;

CINGARI F., *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito,* in *Dir. pen. proc.,* 6/2019, pp. 749 ss.;

CINGARI F., *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 1 agosto 2019;

CINGARI F., *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 1/2017, pp. 176B ss;

CINGARI F., *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in G.A. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), Torino, 2016, pp. 43 ss.;

CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato",* Torino, 2012;

COCCO G., *Il peculato come delitto di evento. Dalla dogmatica alla pratica,* in *Resp. civ. Prev.,* 2019, pp. 374 ss.;

CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 1/2020;

CONSULICH F., *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione,* Milano, 2015, pp. 609 ss.;

CONTIERI A., *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004, pp. 279 ss.

CONTIERI E., *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata,* Pisa, 2019;

CORSO G., *Amministrazione di risultati,* in *Annuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo,* Milano, pp. 127 ss.

COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale,* in *Quad. fior.,* 2007, pp. 2 ss.;

CRESPI A., *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità del privato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1946, pp. 408 ss.;

CUCINOTTA C., *Traffico di influenze illecite, corruzione e dintorni*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2021, pp. 239 ss.;

CUPELLI C., *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentemza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4/2021, pp. 1807 ss.;

CUPELLI C., *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, pp. 23 ss.

CUPELLI C., *Abuso d'ufficio,* in A. MARANDOLA-B. ROMANO (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, 2020, pp. 273 ss.;

CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale,* Napoli, 2012;

CUPELLI C., *I delitti di peculato,* in C. FIORE (diretto da) *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2004, pp. 41 ss.;

CUPELLI C., *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»*, in *Cass. pen.*, 3/2001, pp. 1031;

D'ALBERTI M., *La prolusione romana di Massimo Severo Giannini,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2018, pp. 3 ss.;

D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo di Giannini,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2015, pp. 381 ss.;

D'ALTERIO E., *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego,* in *Riv. giur. Lav. Previd. Soc.,* 3/2018, pp. 488 ss;

D'ASCOLA V.N., *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale,* Reggio Calabria, 2008;

D'AVIRRO A., *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2021, pp. 930 ss.;

DE FRANCESCO G.A. , *Le fattispecie di abuso: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 5/1999, pp. 1633 ss.

DE FRANCESCO G.A., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1996, pp. 21 ss.;

DE LIA A., *Legislatore e diritto penale in un turbine di sanzioni e* slogan. *Brevi note a margine della l. n. 3/2019 (cd. legge spazzacorrotti),* in *Forum Quad. Cost.,* 7 febbraio 2019;

DE LIA A., *Riflessioni sul tema della configurabilità del peculato mediante distrazione, Cass. pen.,* 2018, pp. 4168 ss.;

DELLA RAGIONE L., *Non c'è turbativa senza gara. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2009, pp. 1497 ss.;

DE MARSICO A., *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1954, pp. 564 ss.;

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995;

DI GIOVINE O., *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano,* in *Ars Interpretandi. L'eredità dell'ermeneutica,* 2/2020, pp. 67 ss.;

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006;

DI MARTINO ALB., *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, pp. 424 ss.;

DI MARTINO ALE., *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle Autorità amministrative indipendenti,* in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, pp. 81 ss.;

DI MARTINO ALE., *L'amministrazione europea e la crisi dello Stato di diritto: la codificazione del procedimento amministrativo è davvero necessaria?,* in *www.federalismi.it,* 8 gennaio 2020;

DI VETTA G., *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata,* in *Arch. Pen. web,* 2/2020.;

DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 95 ss., e già in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020.;

DONINI M., *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale,* in *Arch. Pen. web,* 2/2020, pp. 1 ss.;

DONINI M., *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile.* Legacy&misfortune *dell'idealismo tra diritto, etica e politica,* in *Riv. it. scienze giur.,* 2018, pp. 117 ss.;
DONINI M., *Fattispecie o* case law? *La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza,* in *Quest. Giust.,* 4/2018;
DONINI M., *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1577 ss.
DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 3/2016, pp. 14 ss.;
DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica,* Modena, 2014;
DONINI M., *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.,* 5/2014, pp. 1482B ss.;
DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, pp. 19 ss.;
DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà,* Milano, 2004;
DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova, 1996;
DUGATO M., *Principi eurounitari e legge n. 241/1990 tra disallineamenti e resistenze*, in A. BARTOLINI-T. BONETTI- B. MARCHETTI- B.G. MATTARELLA- M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, pp. 111 ss.;
DÜRRENMATT F., *La panne. Una storia ancora possibile,* 1956, ristampa Milano, 2014, p. trad. it. a cura di E. Bernardi;
ESPOSITO R., *Istituzione*, Bologna, 2021;
FALCINELLI D., *Nel castello di carte dell'attività politica impropriamente corrotta. Considerazioni sul rapporto tra i delitti* ex *artt. 318 e 319 c.p.*, in *Arch. Pen. web,* 1/2019;
FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 1/2019, pp. 79 ss.;
FERRAJOLI L., *Per Danilo Zolo. Una filosofia politica militante,* in *Riv. fil. Dir.,* Spec. dicembre 2019, p. 165.;
FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* Roma-Bari, 1999;
FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*. *Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989;
FERRARA R., *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza,* in *Dir. Proc. Amm.,* 2010, pp. 31 ss.; nonché in A. CONTIERI-F.

FRANCARIO-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione,* Napoli, 2010, pp. 3 ss., nonché in *Studi in onore di Alberto Romano,* vol. I, Napoli, 2011, pp. 335 ss.;

FERRARA R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?,* in *Dir. soc.,* 1/2000, pp. 101 ss.;

FIANDACA G..-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, VIII ed., 2019;

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale,* I ed., Bologna, 2012;

FIANDACA G., *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008;

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia,* in *Quad. fior.,* 2007, tomo I, pp. 1247 ss.;

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2001;

FIANDACA G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2000, pp. 883 ss.;

FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/1982, pp. 42 ss.;

FIDELBO G., *La corruzione funzionale e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in *Giustizia Insieme*, 14 maggio 2020;

FIORAVANTI M., *La crisi dello Stato liberale di diritto,* in *Ars Interpretandi,* 1/2011;

FIORAVANTI M., *Stato (storia),* in *Enc. Dir.,* XLIII, 1990;

FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività,* in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale. 50 anni di corte costituzionale,* Napoli, 2006, pp. 91 ss.;

FIORE C., *Il reato impossibile,* Napoli, 1959;

FIORE S., *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione,* II ed., Torino, 2021, pp. 275 ss.;

FIORE S., *Introduzione*, in S. FIORE-G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione,* II ed., Torino, 2021, pp. 1 ss.;

FIORE S., *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le «*cose che accadono al di sopra delle parole», in *Arch. Pen. web,* 3/2019.;

FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007;

FIORELLA A., *Sulla cd. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come spauracchio?,* in A. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio,* Torino, 2018, pp. 108 ss.;

FIORELLA A., *Reato in generale,* in *Enc. Dir.,* XXXVIII, 1987, pp. 797 ss.;

FLICK G.M., *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.,* 10/2019, pp. 3430 ss.

FLORA G., *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?,* in G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali,* Pisa, 2019, pp. 3 ss.;

FORNASARI G., *Offensività: beni e tecniche di tutela,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, pp. 1514 ss.;

FORTI G. (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003;

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000;

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto concussione-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/1996, pp. 476 ss.;

FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale,* Torino, 2015;

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2019, pp. 165 ss.;

GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale,* ed. II, vol I, Torino, 2019;

GALLO M., *Dolo,* in *Enc. Dir.,* XIII, 1964, pp. 750 ss.;

GAMBARDELLA M., *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, in *www.Discrimen.it*, 11 novembre 2021;

GAMBARDELLA M., *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale* abolitio criminis *e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2/2021, pp. 493 ss;

GAMBARDELLA M., *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, pp. 89 ss.;

GAMBARDELLA M., *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa,* in *Cass. Pen.,* 4/2020, pp. 1539 ss.;

GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, II ed., 2020;
GAMBARDELLA M., Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio,* in *Sist. Pen.,* 7/2020, pp. 133 ss.
GAMBARDELLA M., *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa,* in *Cass. pen.,* 4/2020, pp. 1539 ss.;
GAMBARDELLA M., *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione,* in *Cass. pen.,* 1/2019, pp. 44 ss.;
GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002;
GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 9/1998, pp. 2232 ss.;
GAMBARDELLA M., *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 2693 ss.;
GARGANI A., *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.,* 9/2014, pp. 1029 ss.;
GARGANI A., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005;
GARGANI A., *L'"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/1998, pp. 1224 ss.;
GARGANI A., *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale,* Milano, 1997;
GATTA G.L., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sist. Pen.*, 2 dicembre 2020;
GATTA G.L., *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 17 marzo 2014;
GATTA G.L., *La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, pp. 154 ss.;
GIANELLO S., *Il (nuovo) delitto di oltraggio a pubblico ufficiale davanti alla Corte costituzionale tra conferme e spunti in chiave prospettica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/2020;
GIANNINI M.S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/1979, pp. 389 ss.

GIANNINI M.S., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato,* in *Scritti,* VII, Milano, 2005, 327 ss.;

GIANNINI M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici,* in *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 1958, pp. 236 ss.;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo,* III ed., vol. II, Milano;

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano, 1939;

GIUNTA F., *Due colpe in una*, in *www.Discrimen.it*, 9 novembre 2021;

GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni,* Pisa, 2019;

GROSSO C.F., *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale,* in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 10 ss.;

GUERINI T., *Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?*, in *Riv. giur. ed.*, 3/2021, pp. 364 ss.;

GUERINI T., Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali,* Torino, 2020.

GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo,* in *Arch. Pen. web,* 3/2019.;

GULLO A., *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/2007, pp. 178 ss.;

GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005;

HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica,* Napoli, 2007;

IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative,* in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004, pp. 433 ss.

IANNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato,* in *Scritti in onore di Elio Casetta,* vol. II, Napoli, 2001, pp. 745 ss.;

IMMORDINO M.-POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004;

INSOLERA G., *Declino e caduta del diritto penale liberale,* Pisa, 2019;

INSOLERA G., *Colpe e rimedi*, in *www.disCrimen.*it, 24 ottobre 2019;

INSOLERA G., *La criminalità politico-amministrativa,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2011;

INSOLERA G., *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* Torino, 1997, pp. 31 ss.;
INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* cit., p. 264 ss.;
LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002;
LIGUORI F., *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 11 ss.;
LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999;
LOSAPPIO G., *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.,* 3/2015, pp. 1036 ss.;
LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione,* in *Enc. Dir.,* IX, 2016, pp. 391 ss.;
KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia* (1929)*,* in H. KELSEN, *La democrazia,* trad. it. a cura di G. Melloni, Bologna, 1995.;
MADÍA N., *I "nebulosi" confini della nozione di "gare" nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 4/2015, pp. 1362 ss.;
MADÍA N., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012;
MADÍA N., *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 5/2010, pp. 174 ss.;
MAIELLO N.M., *Traffico di influenze illecite,* in S. Fiore-G. Amarelli (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* II ed., Torino, 2021, pp. 230 ss.;
MAIELLO N.M., *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza,* in *Cass. pen.,* 7-8/2020, pp. 2755 ss.;
MAIELLO N.M., *Sulla discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva e il traffico di influenze illecite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2020, pp. 1501 ss.
MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici,* Napoli, 2020;
MAIELLO V., *Appunti sparsi di 'lotta per il diritto'*, in *Dir. dif.,* 1/2021, pp. 33 ss.;
MAIELLO V., *Il bicameralismo asimmetrico nello specchio della riserva di legge in materia penale,* in *www.federalismi.it,* 15/2016, pp. 1 ss.;
MAIELLO V., *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 419 ss.;

MAIELLO V., *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra* testo, contesto *e* sistema, in *Dir. pen. proc.*, 8/2010, pp. 955 ss.;
MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale,* Napoli, 2007;
MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* in *Noviss. Dig. It.,* XIV, 1970, pp. 560 ss.;
MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* Torino, 1951;
MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2021, pp. 1233 ss.;
MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie,* in MANES V.-NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale,* Torino, 2019, pp. 364 ss.
MANES V., *Il "costo delle garanzie" nel "modello penale liberale": tra regressioni culturali e lacerazioni congiunturali,* in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale*, cit., pp. 185 ss., nonché in *Ind. pen.,* 1/2021;
MANES V., *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, *ivi,* 2/2019, pp. 105 ss.;
MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.,* 1/2019, pp. 86 ss.;
MANES V., *Corruzione senza tipicità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, pp. 1126 ss.;
MANES V., *Dalla fattispecie al precedente. Appunti di deontologia ermeneutica,* 17 gennaio 2018;
MANES V., *"*Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, pp. 955 ss.;
MANES V., *La cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale,* in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale,* Roma, 2017, pp. 391 ss.;
MANES V., *Le qualifiche soggettive agli effetti penali. L'impatto dei processi di privatizzazione e liberalizzazione,* in *Corruzione e illegalità nella Pubblica Amministrazione. Evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma,* in Aa.Vv., Roma, 2012, pp. 9 ss.
MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza,* in *Dir. pen. cont. Riv. trim.,* 1/2012, pp. 99 ss.;
MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione,* Torino, 2010;

MANES V., *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. pen.*, 1/2009, pp. 454 ss.;
MANES V., *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum quad. cost.;*
MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza,* Torino, 2005;
MANES V., *Bene giuridico e riforma dei reati contro la P.A. in Europa,* in *Ind. pen.,* 3/2000, pp. 1361 ss.;
MANES V., *L'atto d'ufficio nelle fattispecie corruttive,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2000, pp. 926 ss.;
MANES V., *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie* «extra legem», in *Foro it.*, 11/1999, pp. 645 ss.;
MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere,* in *Foro it.,* 1998, pp. 392 ss.;
MANNA A- SALCUNI G., *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17 dicembre 2020;
MANNA A., *I continui* giri di valzer *tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *Arch. Pen. web*, 1/2021;
MANNA A., *Il fumo della pipa,* in *Arch. Pen. web,* 3/2018;
MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004;
MANNA A., *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2001, pp. 1201 ss.;
MANNORI L.- SORDI B., *Giustizia e amministrazione,* in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritti,* Roma-Bari, 2002;
MANTOVANI M., *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione,* in *Dir. pen. proc.,* 5/2019, pp. 608 ss.;
MANZINI V., *Trattato del diritto penale italiano secondo il codice del 1930,* Torino, 1933;
MARANDOLA A., *L'inasprimento del regime dei reati contro la p.a. (cd. spazzacorrotti),* in *Stud. Iur.,* 10/2019, pp. 1159 ss.;
MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, pp. 1254 ss.
MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale,* Milano, 2001;

MARINUCCI G., *Relazione di sintesi,* in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* Napoli, 1985, pp. 327 ss.;

MARRA A., *L'amministrazione imparziale,* Torino, 2018;

MARRA G., Extrema ratio *ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive,* Torino, 2018;

MARRA GIU., *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra interpretazione letterale e limiti strutturali*, in *Dir. pen. proc.,* 9/2010, pp. 1089 ss.

MARTIELLO G., *Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale come crocevia problematico di "parte generale",* in *Dir. pen. proc.,* 8/2020;

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche,* Milano, 1985;

MASULLO M.N., *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: «la violazione di norma di legge»*, in *Cass. pen.,* 1999, pp. 1761 ss.;

MATTARELLA B.G., *Discrezionalità amministrativa,* in *Diz. Dir. pubbl.,* Milano, 2006, p. 1993 ss.;

MATTARELLA B.G., *L'attività,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* I, Milano, 2003, pp. 699 ss.;

MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive,* in *Ind. Pen.,* 1993, pp. 699 ss.;

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo,* Milano, 1983;

MAZZARELLA F., *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto,* in *Ars Interpretandi,* 1/2011;

MELCHIONDA A., *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021;

MERENDA I., *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016;

MERENDA I., *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, pp. 5 ss.;

MERLI A., *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021;

MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012;

MERLO A., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione neutralizzatrice della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 1/2021, pp. 76 ss.;

MERLO A., *Traffico di influenze illecite e millantato credito: successione di leggi o abrogazione parziale*?, in *Foro it.*, 2020, pp. 662 ss.;

MERLO A., *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice,* Torino, 2019;

MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa,* Napoli, 2011;

MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano,* Napoli, 2001;

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli, 1995;

MODICA C., *L'«amministrazione per risultati» nella giurisprudenza amministrativa*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004, p. 402;

MONGILLO V., *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2020, pp. 967 ss.;

MONGILLO V., *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma,* in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), Lobbying *e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale,* Torino, 2019, pp. 265 ss.;

MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Sist. Pen.,* 5/2019, pp. 231 ss.;

MONGILLO V., *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 1/2019, pp. 158 ss.;

MONGILLO V., *Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano,* in *Percorsi costituzionali,* 1-2/2016, pp. 89 ss.;

MONGILLO V., *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione. Aspettando le Sezioni Unite,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 3/2013, pp. 166 ss.;

MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internzionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione,* Napoli, 2012;

MORBIDELLI G., *I principi eurounitari e la legge n. 241/1990: quale rapporto?*, in A. BARTOLINI-T. BONETTI-B. MARCHETTI-B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, pp. 3 ss.;

MORMANDO V., *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999;

MORRONE A., *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio,* in *Dir. amm.,* 2/2019, pp. 381 ss.;

MORTATI C., *Discrezionalità,* in *Noviss. Dig. It.,* V, 1968, pp. 1108 ss.;

NADDEO M., *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Arch. Pen. web*, 1/2021;

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, 1966;

NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 675 ss., nonché in *Sist. Pen.*, 20 novembre 2020.;

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale,* II ed., Padova, 1982;

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, II ed., Padova, 1972;

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/1988, pp. 3 ss.;

OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, X, 1964, pp. 575 ss.;

PACE A., *La causa della rigidità costituzionale,* Padova, 1996;

PADOVANI T., *L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. it.,* 10/2021, pp. 2213 ss.;

PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio,* in *Giur. Pen. web,* 7-8/2020, pp. 1 ss.;

PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018;

PADOVANI T., Jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale,* Napoli, 2014;

PADOVANI T., *Il confine conteso,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/1999;

PADOVANI T.-STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale,* Bologna, 1991;

PAGLIARO A., *La nuova riforma del delitto di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 11/1997, pp. 1394 ss.;

PAGLIARO A., *Appropriazione indebita,* in *Dig. Disc. pen.,* Torino, 1987, pp. 225 ss.;

PALAZZO F., *Costituzione e divieto di analogia,* in *Dir. pen. proc.,* 9/2021, pp. 1218 ss.;

PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. Pen.*, 8 settembre 2021;

PALAZZO F., *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2021, pp. 285 ss.;

PALAZZO F., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, pp. 1249 ss.;

PALAZZO F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale,* in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele,* Mantova, 2017, pp. 311 ss.;

PALAZZO F., *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016;

PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali,* in *www.legislazionepenale.eu,* 29 gennaio 2016;

PALAZZO F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 10/2015, pp. 3389 ss.;

PALAZZO F., *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme contro la corruzione*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 15 ss.;

PALAZZO F., *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1615;

PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda,* in *Dir. pen. cont. – riv. Trim.,* 1/2012, pp. 227 ss.;

PALAZZO F., "*Corruzione: per una disciplina integrata" ed efficace,* in *Dir. pen. proc.,* 10/2011, pp. 1177 ss.;

PALAZZO F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo,* Napoli, 2011;

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale',* in *Quad. fior.*, 2007, pp. 1279 ss.;

PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/1998, pp. 350 ss.;

PALAZZO F., *Peculato,* in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, 1995, pp. 3 ss.;

PALAZZO F.-TARQUINI E., *Peculato,* in *Enc. Giur. Treccani,* XXII,1995, p. 3;

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979;

PALAZZO F., *Il concetto di "distrazione" nel delitto di peculato,* Milano, 1972;

PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari,* Padova, 1985;

PALOMBI, *Il delitto di concussione*, Napoli, 1979;

PARODI GIUSINO M., *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2021, pp. 71 ss.;

PASTORELLI M., *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini,* in *Quad. fior.,* 2008, pp. 410 ss;

PASTORI G., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo,* in *Jus,* 2008, pp. 325 ss.;

PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'appropriazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1441 ss.;

PEDRAZZI, *Millantato credito,* trafic d'influence, influence peddling, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 1968, pp. 912 ss.;

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio,* Milano, 1955;

PELISSERO M., *I delitti contro la regolarità delle gare ad evidenza pubblica*, in R. BARTOLI-M. PELISSERO-S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, pp. 602 ss.;

PELISSERO M., *I delitti di violazione dei doveri funzionali,* in R. BARTOLI-M. PELISSERO-S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, pp. 512 ss.;

PELISSERO M., *Introduzione,* in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione,* Milano, 2015;

PERIN A., *L'imputazione per abuso d'ufficio:* riscrittura *della tipicità* e *giudizio* di colpevolezza, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23 ottobre 2020;

PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2017;

PERONGINI S., *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2021;

PERRONE D., Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia,* Torino, 2019;

PETRILLO P.L., *Rappresentanza di interessi,* lobbying *e democrazia rappresentativa,* in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), Lobbying *e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale,* Torino, 2019, pp. 3 ss.

PETRILLO P.L., Lobbying *e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati,* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.,* 3/2018, pp. 191 ss.;

PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000;

PICCIRILLO R., *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esaustiva regolamentazione del* lobbying, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio,* Torino, 2020, pp. 51 ss.

PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993;

PINELLI C., *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale,* in *Studi in onore di Alberto Romano,* Napoli, 2011, pp. 719 ss.;

PINO G., *Intepretazione costituzionale e teorie della Costituzione,* Modena, 2019;

PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017;

PISA P., *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze,* in *Dir. pen. proc. – spec. Corruzione,* 1/2013, p. 35;

PISANI N., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione,* in *Dir. pen. proc.*, 1/2021, pp. 9 ss.;

PIZZORUSSO A., *Il disgelo costituzionale,* in Aa.Vv., *Storia dell'Italia repubblicana,* vol. II/2, Torino, 1995, pp. 115 ss.;

PONTEPRINO G., *L'incerta qualificazione giuridica della* venditio fumi. *Conseguenze (in)attese dell'abrogazione del millantato credito,* in *Sist. Pen.,* 6/2020, pp. 229 ss.;

PONTEPRINO G., *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "spazzacorrotti",* in *Sist. Pen.,* 12/2019, pp. 91 ss.;

PORTINARO P.P., *Tipologie politiche e sociologia dello Stato. Gaetano Mosca e Max Weber,* in *Annali Fondazione Luigi Einaudi,* Torino, 1978;

PRANDI S., *Il delitto di oltraggio tra evoluzione normativa e pronunce della Corte costituzionale,* in *Studium Iuris,* 9/2020;

PRANDI S., *Questioni di diritto intertemporale e continuità normativa tra millantato credito e "nuovo" traffico di influenze illecite,* in *Dir. Pen. proc.,* 9/2020, pp. 1237 ss.;

PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911;

PROTTO M., *L'amministrazione informale,* in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II, Napoli, 2012, pp. 841 ss.;

PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro,* in *Dir. pen. cont.,* 3/2019, pp. 235 ss.;

PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2/2017, pp. 48 ss.;

PULITANÒ D., *Quali ermeneutiche per il diritto penale?,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016;

PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di),* in *Enc. Dir.,* Annali, VIII, 2015;

PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale,* Napoli, 2012;

PULITANÒ D., *La novella in materia di corruzione,* in *Cass. pen.,* Supplemento a 11/2012, p. 14.;

PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale,* Torino, 2010;
PULITANÒ D., *Politica criminale*, in *Enc. Dir.,* XXXIV, Milano, 1985, p. 73 ss.;
PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale,* in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* Napoli, 1985, pp. 133 ss.;
PÜTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1992, pp. 31 ss.;
RAMAJOLI M., *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni,* in *Nuove Autonomie,* 3/2014, pp. 577 ss.;
RAMPIONI R., *La giurisprudenza e i fuochi fatui*, in *www.dirittodidifesa.eu,* 11 ottobre 2021;
RAMPIONI R., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione* tipiche: *l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2013, pp. 573 ss.
RAMPIONI R., *Incantesimi, prodigi,* "monstrua". *(In tema di corruzione in atti giudiziari le Sezioni Unite ripropongono il principio, desueto, del primato della legge),* in *Giust. Pen.*, 1/2011, pp. 26 ss.;
RAMPIONI R., *Reazioni ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Dig. Disc. pen.,* 1996, pp. 351 ss.;
RAMPIONI R., *Millantato credito,* in *Dig. Disc. Pen.,* VII, 1993, pp. 688 ss.;
RAMPIONI R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.,* Milano, 1984;
RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali,* Torino, 2020;
RICCIARELLI M., *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021;
RIPPA F., *L'induzione del pubblico agente. Un'indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti normativi,* Roma, 2020;
RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale 98/2021,* in *disCrimen,* 2/2021, pp. 207 ss.;
ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena,* Torino, 1913;
ROCCO A., *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1910;
ROMANO B., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.,* in B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio,* Pisa, 2021, pp. 13 ss.;

ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*, in *Penaledp*, 19 gennaio 2021;

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali,* Milano, IV ed., 2019;

ROMANO M., *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite,* in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 3/2013, pp. 1397 ss.;

ROMANO M., *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000, pp. 17 ss.

ROMANO TASSONE A., *Sulla formula «amministrazione per risultati»,* in *Scritti in onore di Elio Casetta,* II, Napoli, 2001, pp. 815 ss.;

ROMANO TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo,* in *Studi economico-giuridici. In memoria di Franco Ledda,* vol. II, Torino, 2004, pp. 1035 ss.;

RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. Pen.*, 2/2017;

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale,* 1973, trad. it a cura di S. Moccia, Napoli, 1986;

RUGGIERO G., *L'abuso d'ufficio tra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen. web*, 3/2021;

RUTIGLIANO M.G., *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'*abolitio criminis *parziale*, in *Arch. Pen. web*, 2/2021;

SANDULLI A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANDULLI M.A., *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem (*nota a Corte Cost. 14 maggio 2021, n. 98)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 maggio 2021;

SANTANGELO A., *Ai confini tra* common law *e* civil law: *la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, pp. 332 ss.;

SCALIA V., *La corruzione:* a never ending story. *Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale,* Torino, 2020;

SCOCA F.G., *Processo amministrativo e principio del raggiungimento dello scopo,* in *Giur. cost.,* 3/2018, p. 1402;

SCOCA F., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale,* in *Dir. proc. amm.,* 2002, pp. 239 ss.;

SCOCA F., *Attività Amministrativa,* in *Enc. Dir.,* VI, 2002;

SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 4/2000, pp. 1045 ss.;

SCOLETTA M., *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio cost.*, 5/2021, pp. 196 ss.;

SCORDAMAGLIA V., *Peculato,* in *Enc. Dir.,* XXXII, pp. 556 ss.;

SEMINARA S., *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari,* in M. CATENACCI-V.N. D'ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella,* vol. II, Roma, 2021, pp. 1375 ss.;

SEMINARA S., *Spunti di riflessione sui nuovi reati di corruzione e concussione*, in A. CASTALDO-G. DE FRANCESCO-M.V. DEL TUFO-S. MANACORDA (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 1027 ss.;

SEMINARA S., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. proc. pen.*, 10/2012, pp. 1235 ss.

SERRA GA., *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei cd. autolimiti*, in *Penaledp*, 2/2021, pp. 407 ss.;

SESSA A., *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, in *Ind. pen.,* 3/2020, pp. 501 ss.;

SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela penale nei reati contro la pubblica amministrazione*. *Prospettive di riforma*, Napoli, 2006;

SEVERINO P., *Senza norme sul lobbysmo difficile abbattere l'illegalità,* in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2018;

SEVERINO P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive,* Milano, 1983;

SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa,* Bologna, 2019;

SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2001, pp. 1193 ss.;

SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 4/1994, pp. 941 ss.;

SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio,* Milano, 1980;

SIRACUSANO P., *Reazione ad atto del pubblico ufficiale e arbitrarietà punitiva,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1973, pp. 935 ss.;

SORDI B., *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo,* in *Dir. amm.,* 4/2015, p. 841 ss.;

SOTIS C., *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.,* in *Giur. It.,* 2020, 1, 189 ss.;

SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, pp. 1346 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Economia (intervento della pubblica amministrazione nell'),* in *Noviss. Dig. It.,* 1960, pp. 364 ss.;

SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico,* in *www. Ius-publicum.com,* aprile 2011, pp. 1 ss.;

SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003;

SPENA A., *Il "turpe mercato". Teoria e riforme dei delitti di corruzione pubblica,* Milano, 2003;

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime,* Milano, 2001;

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/1973, pp. 3 ss.;

STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* Napoli, 1985;

STILE A.M., *Amministrazione pubblica (delitti contro la),* in *Dig. disc. pen.,* 1987, pp. 129 ss.;

STILE A.M., *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974;

STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale,* Milano, 1976;

STORTONI L., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: profili generali e spunti problematici,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2-3/1990, pp. 707 ss.;

STORTONI L., *Delitti contro la pubblica amministrazione,* in AA.VV., VII ed., Milano, 2016, pp. 123 ss.;

TAGLIARINI F., *Millantato credito,* in *Enc. Dir.,* XXVI, 1976, pp. 308 ss.;

TAGLIARINI F., *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale,* Milano, 1973;

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980;

TESAURO A., *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002;

TESAURO A., in *Foro it.*, 2/1998, pp. 258 ss.;

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa,* in *Giorn. Dir. amm.,* 6/2020, pp. 763 ss.;

TORCHIA L., *Le norme costituzionali sull'attività,* in Aa.Vv., *La Pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessi e indicazioni di riforma. Atti del XXXIV convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione,* Varenna 16-18 settembre 1993, Milano 1995, pp. 57 ss.;

TORDINI CAGLI S., *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in ACQUAROLI- E. FRONZA-A. GAMBERINI

(a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera,* Roma, 2021, pp. 691 ss.;

TORDINI CAGLI S., *Peculato e malversazione,* in *Dig. Disc. Pen.,* XI, 1995, pp. 334 ss.;

TRIMARCHI M., *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia,* in *Dir. amm.,* 3/2011, pp. 537 ss.;

TRONCONE P., Fictio legis *e* fictio juris. *Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Arch. Pen. web*, 1/2020;

UBIALI M.C., *Caso Palamara: l'ordinanza del G.u.p. di Perugia sui rapporti tra corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e corruzione propria (art. 319 c.p.) del componente del CSM e sui riflessi rispetto all'eccepita genericità e indeterminatezza del capo d'imputazione,* in *www.sistemapenale.it,* 27 aprile 2021;

UBIALI M.C., *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso 'mafia capitale',* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2/2020, pp. 662 ss.;

UBIALI M.C., *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato,* Milano, 2020;

VALENTINI V., *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio,* in *DisCrimen,* 14 settembre 2020;

VALENTINI V., *Abuso d'ufficio e* fast law *ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. Pen. web*, 3/2018;

VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003;

VASSALLI G., *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento,* in *Scritti giuridici. La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza,* vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 209 ss.;

VASSALLI G., *Tipicità (diritto penale),* in *Enc. Dir.,* XLIV, 1992, pp. 535 ss.;

VASSALLI G., Nullum crimen sine lege, in *Noviss. Dig. It.,* V, 1984, pp. 292 ss.;

VASSALLI G., *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 2/1979, p. 320;

VASSALLI G., *Accordo*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, pp. 301 ss.;

VELLA F., *Il pericolo di un'unica storia: il diritto (commerciale) e le nuove frontiere dell'interdisciplinarità,* in *Orizzonti dir. comm.,* 2/2021, pp. 723 ss.;

VENEZIANI P., *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.,* 2016, 1293 ss.;

VESE D., *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico,* Padova, 2018;

VESE D., *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* 1/2018, pp. 239 ss.;

VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino, 2021;

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016;

VIOLANTE L., *Magistrati,* Torino, 2009;

VOGLIOTTI M., *Introduzione,* in *Ars Interpretandi. Ermeneutica e diritto penale,* 2/2016;

VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale,* Torino, 2011;

VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* 1905, trad. it. a cura di A.A. Calvi, Milano, 1962;

VORNBAUM T., *Il diritto penale nazionalsocialista,* in *Dir. pen. XXI sec.,* 2/2018

ZAGREBELSKI G., *Il diritto mite,* Torino, 1992;

ZANOBINI G., voce "*Amministrazione pubblica",* in *Enc. Dir.,* II, 1958;

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge,* in *Riv. dir. pubbl.,* 1924, pp. 281 ss., anche in ID., *Scritti vari di diritto pubblico,* Milano, 1955, pp. 203 ss.;

ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* Torino, vol. I, 1997, pp. 135 ss.;