

Spunti di riflessione dalla lettura del volume: “*L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*”, di Sergio Perongini

di Loredana Gianì

1. Le pagine che seguono vogliono, senza alcuna pretesa di completezza, offrire solo qualche spunto di riflessione derivante dalla lettura del volume di Sergio Perongini su “*L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*”. Un lavoro nel quale l’Autore, nell’analizzare la fattispecie di reato nell’ennesima riformulazione offerta dal legislatore nell’intervento 2020, offre una rilettura critica che induce a riflettere, in una dimensione complessiva, sul corretto esercizio della funzione amministrativa e sui rischi di deviazione che sono correlati ad ogni esercizio di potere, contribuendo a individuare i limiti, i confini entro i quali anche lo stesso giudice penale dovrebbe muoversi, evitando pericolose contaminazioni che avrebbero come unico effetto quello di generare momenti di frizione che impatterebbero negativamente anche sulla stessa macchina pubblica, allontanando, frustrando il raggiungimento di quegli obiettivi dichiarati che l’intervento riformatore della fattispecie dell’abuso di ufficio intendeva perseguire.

Il volume presenta una doppia anima, amministrativa e penale, che viene ampiamente valorizzata e bilanciata nel contesto dell’analisi condotta dall’amico Perongini e che rispecchia proprio la doppia anima del suo Autore.

Ed è proprio questa doppia anima che a mio avviso rappresenta il valore aggiunto del volume in quanto fornisce le chiavi interpretative indispensabili quando ci si avvicina a fattispecie che l’*agere publicum* rispetto a un reato che forse più degli altri è stato vittima di quel populismo penale degli ultimi tempi sul quale si è per lungo tempo soffermata la dottrina (ad es. N. Pisani). Populismo che in un certo senso è stato aggravato dalla matrice emergenziale dell’ultimo intervento normativo che, come molti degli interventi dettati dall’emergenza, si focalizza sugli effetti, sui sintomi, e non sulle cause della malattia.

Un populismo penale che, secondo un percorso vizioso e non virtuoso, si colloca su un crinale reso ancor più accidentato in ragione della intersezione con un’altra forma di populismo, altrettanto pericolosa. Il populismo semplificatorio che ormai da anni affligge l’amministrazione (secondo una ingiusta presunzione di inefficienza generalizzata) e depotenzia il diritto amministrativo, dequotando quel necessario e indispensabile grado di garanzia dell’effettività della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini cui la prestazione pubblica, il risultato amministrativo, per dirla con una terminologia a molti di noi cara, dovrebbe tendere.

Un risultato che per essere “appropriato” (e non solo efficiente o efficace,

o peggio ancora economico) presuppone e non può prescindere da un quadro normativo chiaro, da un contesto organizzativo ben definito, da una disponibilità, non solo di risorse economiche ma anche umane, adeguata. Dunque, una appropriatezza della decisione che ha una portata complessa e multidimensionale (interessando anche i profili organizzativi) e che assorbe, superandole, le diverse declinazioni dello stesso principio costituzionale del buon andamento, dunque, che supera le 3 E (efficacia, efficienza ed economicità), spostando l'attenzione sul risultato come strumento giuridico di garanzia del rapporto amministrativo e che è la chiave della "sostenibilità" intesa in una necessaria dimensione sistemica dell'azione dei pubblici poteri.

Quello stesso populismo che ha inciso senza ombra di dubbio anche sulla stessa definizione dei confini della fattispecie penale rispetto alla quale lo stesso Autore denuncia, sin dalla apertura del suo volume, la violazione dei principi di tassatività, determinatezza e prevedibilità, sottolineando proprio come, muovendo dalla formulazione «ampia» della norma, si siano consentite letture ermeneutiche della stessa che di fatto hanno ampliato, fino a farli scomparire, gli stessi confini della fattispecie penale che l'Autore definisce «*la faglia delle Marianne dell'ordinamento italiano*».

2. Ma perché tutto ciò è accaduto? Una risposta al quesito la si ritrova in maniera chiara in alcuni passaggi del volume: alcuni molto espliciti, penso ai passaggi in cui l'Autore fa riferimento alla competenza del legislatore e alla qualità della legislazione; altri meno, ma sempre percepibili con chiarezza dal lettore.

Il volume ha, tra gli altri, il pregio di individuare le coordinate per ristabilire quel «giusto equilibrio» tra i poteri, riconsegnando al giudice e all'amministrazione, al potere giudiziario e al potere amministrativo ciò che gli è proprio. Equilibrio che a tratti è parso impossibile forse anche a causa del radicarsi di convincimenti, spesso ingiustificati – e a pensar male (sebbene consapevoli che si faccia peccato) verrebbe da dire forse non sempre inconsapevoli – , che non fanno giustizia né all'amministrazione, né al potere giudiziario: impersonificata, la prima, si perdoni il richiamo, da un funzionario che è a metà tra il modello fantozziano e il Marchese del Grillo alle prese con il povero ebanista Aronne Piperno; il secondo come un ostacolo al funzionamento della macchina pubblica (e questo tanto per il giudice penale, quanto per quelli amministrativo e contabile, destinatari, a diverse ondate, di moti eliminatori che, direi per fortuna, sino ad oggi non hanno poi avuto un grande seguito, sebbene non si possa negare la portata e la pericolosità di alcune sciabolate riformatrici e l'ultima *in fieri* sotto l'egida del PNRR non risulta esente da forti perplessità).

E così negli anni è stata costruita, alimentata ad arte – e in alcuni passaggi del volume questa critica si coglie, sia pure non in maniera eccessivamente marcata – la vulgata populista menzionata in apertura che, in realtà, forse nasconde

una volontà di evitare (o più tristemente una incapacità di operare) una riflessione più generale sulla qualità della legislazione della cosa pubblica (ma non solo) che è stata vittima di un tumultuoso susseguirsi di interventi (dichiaratamente di semplificazione, ma effettivamente di confusione) molti dei quali pensati e strutturati non sulla base di una riflessione di sistema, ma sull'onda dell'emotività emergenziale. Questo evidentemente a danno della stessa efficacia degli interventi normativi.

3. E questo è accaduto anche per l'abuso d'ufficio che, come emerge con chiarezza nel volume, è stato oggetto di molteplici interventi, da ultimo quello del 1997 e del 2020, che risultano in sostanza inadeguati a cagione della carenza di una analisi sistematica a base degli interventi stessi e della considerazione di innesti, quali quello relativo al sistema delle incompatibilità, visti come una panacea di ogni male, e tramutatisi, spesso, in una stoccata paralizzante del sistema.

Ma volendo operare una prima contestualizzazione dell'intervento del 2020, non possiamo dimenticare che esso, quello relativo all'abuso d'ufficio, non può essere letto separatamente dal coevo intervento in materia di responsabilità amministrativa. Un combinato disposto che consente di cogliere con chiarezza il clima di superficialità e, peggio ancora, di sfiducia verso il sistema istituzionale di cui entrambi sono espressione.

Ed è proprio in considerazione di tale contesto che si apprezza ancor più lo sforzo ricostruttivo operato dall'Autore che addirittura in conclusione formula una sua proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020 che esprime una equilibrata visione sistemica del fenomeno amministrativo.

4. Ed è appunto da questo elemento che vorrei prendere le mosse.

Rispetto al testo attualmente in vigore gli interventi emendativi proposti dall'Autore, che evidentemente esprimono l'anima del conoscitore delle pubbliche amministrazioni e che, invece, è incerto negli interventi riformatori che ci siamo visti piombare sui tavoli e che con difficoltà abbiamo collocato nei nostri libri, riguardano la prima parte della fattispecie incriminatrice

«salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in DIRETTA, violazione di legge o di atti aventi forza di legge dai quali non residuino margini di discrezionalità, CON ATTI O PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI NULLI O ILLEGITTIMI PER VIOLAZIONE DI LEGGE, O VIOLANDO IL DOVERE DI PROVVEDERE, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio (...) intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto (...).

NON INTEGRANO IL REATO DI ABUSO DI UFFICIO LA VIOLAZIONE DI LEGGE INDIRETTA E MEDIATA, QUELLA CHE CON-

SISTE NELLA VIOLAZIONE DI PRINCIPI GIURIDICI, DI PRINCIPI COSTITUZIONALI, DI ECCESSO DI POTERE E DI NORME PROCEDIMENTALI E FORMALI. L'INTENZIONALITA' DEL DOLO NON PUÒ ESSERE DESUNTA DAGLI ALTRI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE PENALE ASTRATTA, MA DEVE ESSERE OGGETTO DI PROVA DIRETTA».

Poche righe che esprimono la doppia anima dell'Autore che emerge poi nel corso dell'analisi in cui con le lenti e le competenze dell'amministrativista vengono esaminate, quasi al microscopio, le singole componenti della fattispecie penale, evidenziandone nel dettaglio criticità e impatto che esse avranno sulla concreta operatività della fattispecie, seguendo uno sforzo ricostruttivo che in concreto è l'elemento che consentirebbe di dare concretezza (amministrativistica) all'operato del giudice penale, e limiterebbe quella aleatorietà del perimetro nel quale la scure dell'inquisitore potrebbe abbattersi.

5. Il primo elemento che viene subito in rilievo è rappresentato dalla eliminazione del richiamo alle «*specifiche regole di condotta*» che, come fa notare l'Autore è evidentemente un ossimoro che trova origine in un uso colloquiale invalso anche nel linguaggio giornalistico ma che non ne legittima comunque la trasposizione in una fattispecie astratta.

E così nella proposta troviamo il richiamo alla legge e agli atti aventi forza di legge evitando di far accertare al giudice un elemento normativo, secondo la logica della presupposizione, che trasformerebbe l'art. 323 c.p. in una norma penale in bianco che, evidentemente, non poco impatterebbe sulla paura della firma, come del resto già è stato e rispetto alla quale si cercano rimedi ricorrendo ad interventi plastici sull'elemento soggettivo.

E su questo l'analisi condotta nel testo fornisce un valido supporto per chiarire nel dettaglio, mi sia consentita la battuta, con una declinazione del particolare che è propria degli amministrativisti, le diverse ipotesi che possono profilarsi.

Stando al testo del nuovo art. 323 c.p. esorbiterebbero dal campo di applicazione le regole meramente procedurali o strumentali alla mera regolarità. Una specificazione che però allontana la norma dall'obiettivo che si prefiggeva, e questo perché la stessa formulazione non è tale da valorizzare quel nesso di rischio tra regola procedimentale e danno ingiusto.

La formulazione, che l'Autore non a caso va a correggere, si presta a valorizzare anche l'inosservanza di regole neutre rispetto al disvalore tipico dell'evento. Si pensi alle regole organizzative, cioè quelle regole relative alla disciplina del servizio e della funzione rispetto alle quali è difficile definirne una rilevanza causale rispetto all'ingiusto vantaggio o al danno ingiusto, incidendo esse più sulla appropriatezza (dell'organizzazione e dell'esercizio della funzione) che, come

sappiamo entra e rileva con riferimento a ben altro profilo di responsabilità del pubblico funzionario.

E anche in questo ambito ben si coglie come la valorizzazione nel contesto penale di una norma, di una regola di per sé neutra, non allontana ma alimenta la paura della firma deviando l'intervento normativo dal suo stesso fine primario.

Un discorso che evidentemente non può prescindere dal considerare, per una corretta lettura dell'intervento, il valore della disposizione costituzionale cui viene attribuita evidentemente una precettività diretta rispetto alle quali l'Autore nella sua analisi ne evidenzia le numerose criticità sottolineando come, muovendo proprio dalle direttrici di ricerca del costituzionalismo moderno, i principi costituzionali non possono essere posti a base di una fattispecie penale, perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa.

E lo stesso a dirsi per le fonti secondarie, e a maggior ragione per la *soft law* rispetto alla quale molto vi sarebbe da dire. Una sorta di *escamotage* regolatorio che, grazie alla fuga dagli schemi formali sulla produzione del diritto, consente la riproduzione di nuove edizioni del precetto, che in questo caso è il penale, con una velocità in grado di disintegrare qualsiasi tentativo di consolidamento della certezza del diritto e, dunque, in totale spregio del paradigma della riconoscibilità. E nonostante la chiara enunciazione del testo riformato in relazione alla "fonte" la VI sezione della Cassazione Penale nella sentenza 16 febbraio 2021, n. 33240 ha sottolineato che *«anche a seguito della riformulazione del reato di abuso di ufficio ad opera dell'art. 23, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai fini della integrazione del reato, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale»*.

E in questo coglie nel segno, a mio avviso, la sferzante critica mossa dall'Autore sulle conoscenze sottese alla formulazione normativa.

6. Ma colgono nel segno anche le critiche mosse al richiamo alla discrezionalità in cui l'Autore spazia dall'attività vincolata all'attività discrezionale, nelle sue molteplici declinazioni fino, aggiungerei, all'ipotesi di discrezionalità esaurita.

Senza entrare nel dettaglio, è evidente che la formulazione della norma renderà ancor più complesso il dipanarsi della matassa dell'attività amministrativa, soprattutto se si considera che il tutto è demandato a un plesso giurisdizionale che non è aduso ad operare con la concettuologia propria del diritto amministrativo, soprattutto nelle sue più recenti evoluzioni in senso sostanzialista, che ben potrebbero essere considerate preludio, o ulteriore alimento, se consideriamo la giurisprudenza affermatasi negli ultimi anni, di una modalità operativa che tende a sanzionare il mancato raggiungimento di un risultato appropriato perdendo

di vista quello che è, o dovrebbe essere, il nucleo della fattispecie penalmente rilevante.

Ricordo a me stessa il complesso dibattito che si era articolato attorno alla precedente formulazione della norma, e in particolare alla distinzione tra discrezionalità e merito il cui controllo non può certo implicare un giudizio di liceità della condotta che certamente non può tramutarsi in un controllo di merito in cui, attraverso un ondivago sconfinamento nel controllo del merito della scelta operata dall'amministrazione secondo una valutazione addirittura *ex post* della sua efficacia, il giudizio di liceità della condotta - l'accertamento dell'abuso - non ha riguardato il modo di atteggiarsi della funzione pubblica, e quindi *«le modalità di formazione dell'atto, il suo nascere obbedendo a una causa privata, anziché pubblica»*.

Una distinzione, per noi sacra, quella tra merito e discrezionalità, ma non altrettanto sacra per il giudice penale che, attraverso un giudizio a ritroso, ha preso l'abitudine di focalizzare l'attenzione, come dicevo, sul risultato della scelta amministrativa, soprattutto se consistente in provvedimenti amministrativi fissativi di direttive cautelari, dimenticando forse la grammatica del diritto penale, ma qui mi rimetto alle valutazioni dei colleghi che ne sanno certamente più di me, e quindi la necessità di fissare l'attenzione sul momento genetico della scelta stessa, facendo così rientrare nel vizio di violazione di legge anche la cosiddetta "frustrazione del fine perseguito" dalla normativa di riferimento, forzando, o spazzando via il perimetro della fattispecie incriminatrice, fino a farvi rientrare addirittura ipotesi in cui il sindacato *ex post* della scelta dell'amministrazione è stato ammesso anche in assenza di una reale difformità delle modalità di esercizio del potere discrezionale rispetto alla fattispecie legale attributiva del potere.

Ma è indubbio, e questo è un profilo di criticità che emerge con chiarezza nel volume dell'amico Perongini, che il tentativo di sterilizzazione della norma sull'abuso operato attraverso il richiamo all'assenza di discrezionalità non contribuisce a risolvere questo problema anzi per certi versi lo amplia poiché la formulazione general generica utilizzata all'interno della norma stenta a coniugarsi con i concetti propri dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo in generale.

Una situazione che si complica ulteriormente se si considera il flebile confine con il sindacato sull'eccesso di potere.

E in realtà, all'indomani della riforma, parte della giurisprudenza sembra non valorizzare la formulazione letterale della disposizione, mantenendo il sindacato sull'eccesso di potere, almeno nella sua accezione di violazione dei limiti esterni alla discrezionalità.

Infatti, in una recente decisione della Cassazione, VI, 8 gennaio 2021, n. 442, viene richiamata ancora "la discrezionalità". Si legge infatti *«nel caso in cui l'esercizio del potere trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni alla discrezionalità»*. Sembra che la giurisprudenza abbia voluto, pur di conservare un margine di sindacato sulla

discrezionalità, operare un distinguo e ritenere censurabile la discrezionalità, quanto meno nei suoi limiti esterni, facendo venire meno il sindacato sui limiti interni, consistenti nel «mero cattivo uso» del potere.

Ma è indubbio, e questo è un profilo di criticità che emerge con chiarezza nel volume, che il tentativo di sterilizzazione della norma sull'abuso operato attraverso il richiamo all'assenza di discrezionalità non contribuisce a risolvere questo problema anzi per certi versi lo amplia poiché la formulazione general-generica utilizzata all'interno della norma stenta a coniugarsi con i concetti propri dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo in generale.

Sul punto giova segnalare anche una recente pronuncia della Corte di cassazione che ha ritenuto configurabile il delitto di abuso d'ufficio, così come riformulato a seguito della modifica legislativa, «*non solo nel caso in cui la violazione di una specifica regola di condotta è connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto dalla legge come del tutto vincolato, ma anche nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto 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 di ufficio*» (Cass. Pen, VI, 28 gennaio 2021, n. 8057). Dunque, una rilevanza di quello che noi individuiamo come l'autovincolo dell'amministrazione.

Una impostazione che non è stata abbandonata neanche in una decisione in materia di corruzione propria, nella quale la VI sez. della Cassazione penale (10 novembre 2020, n. 1594) ha rilevato che «*l'inserimento del patto corruttivo nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale non implica necessariamente l'integrazione dell'ipotesi del 319 dovendosi verificare se l'atto sia stato posto in essere in violazione delle regole che disciplinano il potere discrezionale e se il pubblico agente abbia pregiudizialmente inteso realizzare l'interesse del privato corruttore*».

L'atto discrezionale ed il comportamento sottostante sono contrari ai doveri di ufficio nei casi in cui siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale o ne siano stati consapevolmente alterati i fondamentali canoni di esercizio in vantaggio del corruttore».

Se si considerano le pronunce richiamate, si può ragionevole affermare che i giudici di legittimità, non aderiscono a un'interpretazione letterale della disposizione, ma, applicando anche schemi tramontati (e su questo è chiara la sferzata dell'Autore) ne estendono l'ambito di applicazione anche a quei casi che siano espressione di scelte contrarie allo spirito che deve muovere l'azione amministrativa. Una vicenda non nuova. Basti pensare alle sentenze della Cassazione sul sindacato sulla discrezionalità tecnica per cogliere come in alcuni casi gli schemi applicati escono da volumi del passato.

La norma, nel testo del 2020, come rammentato dispone che l'abuso può essere contestato ove «*non residuino margini di discrezionalità*», con l'intento dichiarato di delimitarne le condotte suscettibili di integrare l'abuso d'ufficio espungendo l'eccesso di potere.

Un tentativo che, si legge nel volume, non è «una garanzia inviolabile». E ciò in quanto «la patologia in perpetuo movimento», l'eccesso di potere, incrementata dall'attività ermeneutica del giudice amministrativo continua, per una non condivisibile *vis expansiva* della fattispecie penale.

Ma, avverte Sergio Perongini, nel ripercorrerne l'evoluzione rispetto all'abuso, o meglio nel confronto tra fattispecie penale - e interesse protetto in questo caso - ed eccesso di potere, risulta complesso nell'ambito dei confini di quest'ultimo individuare «dove si possa annidare l'arbitrio o l'uso distorto del potere».

Fatta eccezione per i casi estremi, in cui il funzionario favorisca un proprio parente o amico o un «privato che gli abbia consegnato denaro o altra utilità», rileva l'Autore come sia pericoloso, e scorretto, identificare il margine di operatività della fattispecie penale e ciò in quanto, e non potrebbe essere altrimenti, nel contesto di un comportamento amministrativo (astrattamente corretto) di ponderazione comparativa degli interessi, la individuazione della rosa di scelte possibili, nonché la scelta tra di esse non può essere considerata come terreno per l'abuso attraverso una inopportuna e inappropriata equivalenza tra merito, scelta tra le soluzioni possibili (ed equivalenti) di quella ritenuta più opportuna, efficacia della scelta e, dunque, mancato raggiungimento del risultato ritenuto (*ex post*) ottimale e abuso, o ancora, attraverso una immotivata coincidenza tra invalidità dell'atto e illiceità del comportamento.

Due categorie pericolosamente confuse, o meglio sovrapposte, nel tentativo di offrire una cura ai fenomeni di *maladministration*.

Una identificazione che, evidentemente, forza quel rapporto di presupposizione che solo in ipotesi potrebbe esserci tra le due diverse categorie logico-giuridiche, essendo innegabile che un comportamento legittimo, che porta alla adozione di un atto formalmente legittimo, possa nascondere una fattispecie di reato.

Una lettura per la definizione dei confini che non è agevolata, dunque, dalla nuova formulazione della norma che, come già rammentato, sostituisce la formula previgente con un richiamo a «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge o dalle quali non residuino margini di discrezionalità». E ciò non solo per la definizione della portata della locuzione *regole di condotta* e per la non effettiva limitazione alle norme di rango primario, secondo quanto si è già avuto modo di ricordare, ma anche per il richiamo alla discrezionalità che riporta, evidentemente, alla questione dell'eccesso di potere, essendo chiaro che non ci si possa limitare alle sole ipotesi di attività vincolata.

E in questo senso, certamente la questione della individuazione dei confini si fa più complessa con riferimento alla discrezionalità tecnica rispetto alla quale la opinabilità insita nella regola tecnica di accertamento del fatto rappresenta un ulteriore elemento di complicazione e, soprattutto, uno spazio entro il quale il giudice ordinario potrebbe estendere il proprio sindacato, soprattutto se si considera il fatto che sul lato del giudizio amministrativo stenta comunque ad

affermarsi una tipologia di sindacato che superi i confini del sindacato estrinseco, in favore di forme più penetranti di controllo, pur senza arrivare alla sostituzione della scelta operata dall'amministrazione.

7. Sul punto, nella prospettiva della identificazione dei confini tra i due ambiti, non può prescindersi dal considerare, come sottolineava Ledda, che la determinazione discrezionale è una «domanda di diritto», ma, «*appunto perché si tratta di una domanda di diritto, (...) siamo indotti a pensare che la stessa risposta possa e debba essere assoggettata a un esame critico secondo i canoni e procedimenti che dal diritto sono a tal fine preordinati*», ma in realtà è proprio la comparazione tra interessi ad escludere che possa operarsi un diretto controllo giuridico, non rispondendo la determinazione discrezionale al solo concetto di applicazione della legge.

E così non è possibile, richiamando la metafora di Dworkin citata dallo stesso Ledda, analizzare il “buco della ciambella” utilizzando gli stessi criteri che si usano per analizzare l'area circostante che lo delimita.

Uno spazio all'interno del quale si innesta un processo interpretativo che non si limita, e non potrebbe necessariamente limitarsi, alla sola interpretazione della norma, ma anche del fatto, come via, funzione per la soluzione del problema amministrativo. Problema rispetto al quale la scelta tra più soluzioni possibili, e a monte l'iter logico che ne ha portato alla individuazione, deve contenersi entro i limiti della ragionevolezza da valutarsi nei confini definiti dai soggetti nel cui disponibilità si trova il problema amministrativo.

E così, come per il giudice amministrativo, è da escludersi che questi possa ricostruire il contesto fattuale e anche normativo nel quale si inserisce il problema normativo al di fuori delle prospettazioni avanzate dall'amministrazione e dalle stesse parti nel contesto della dinamica del procedimento e poi del processo, e cioè di coloro che, per usare le parole di Ledda, possono *disporre nel giudizio del problema* che coinvolge i loro interessi.

In questo contesto il *problema amministrativo* non può che confluire secondo la prospettiva fatta dalla parte, nel *problema del giudice* e da questi essere esaminato secondo un metodo che non può essere circoscritto al formalismo dogmatico e non può prendere atto del crollo dei postulati delle scienze esatte, rivolgendo lo sguardo verso una *confutazione* della complessità che non vede, dunque, una *sostituzione* della valutazione operata con riferimento al caso singolo, ma una sua critica in termini di ragionevolezza e, dunque, una confutazione operata in termini di rilevanza nel percorso della definizione della soluzione al problema amministrativo, senza che ciò comporti una *indebita modificazione nell'ordine dei ruoli istituzionali*. Una linea, dunque, che se da un lato tendesse a superare la riserva di amministrazione, dovrebbe evitare che questo spazio non sia confutato dal giudice amministrativo ma, secondo parametri e logiche costruttive e ricostruttive diverse dal giudice penale.

8. Dunque, è evidente come il fine avuto di mira che può essere individuato nel tentativo di ridurre il raggio d'azione dell'abuso d'ufficio, non certo può dirsi raggiunto. Senza poi sottacere l'evidente discrasia tra questo tentativo di restringimento di condotte penalmente rilevanti nella cornice di reati contro la pubblica amministrazione con l'indirizzo del pugno duro precedentemente adottato con l'intervento "spazzacorrotti".

Una idiosincrasia che si registra anche con riferimento al danno erariale per la quale la novella ha previsto che *«la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»*, con la conseguenza che occorrerà provare che oggetto di volontà dell'agente sia il danno e non solo la mera condotta. Limitazione di responsabilità che non si applica ai danni causati da omissione o inerzia del soggetto agente secondo una *ratio* che richiede che vada perseguito con maggiore severità chi non agisce per inerzia o negligenza, bloccando la spesa pubblica e l'apertura dei cantieri, rispetto a chi compie azioni anche se con errori formali.

Ma in realtà, se riflettiamo sul concetto di colpa grave il quadro che ne emerge anche in questo caso non è certamente positivo.

Basti pensare alla sentenza 3 ottobre 2018, n. 502 della Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti nella quale espressamente si specifica che *«la colpa grave va intesa come trascuratezza dei propri doveri istituzionali da parte del dipendente pubblico, sostanziandosi in condotte negligenti, imperite, imprudenti, superficiali o noncuranti, in relazione all'applicazione di discipline normative. Essa va rapportata anche all'assetto funzionale organizzativo dell'amministrazione ove l'agente abbia commesso il fatto fonte di danno pubblico. La gravità della colpa va parametrata, poi, a plurimi fattori dovendosi tener conto della conoscibilità, prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo»*.

Le sezioni regionali della Corte hanno identificato l'elemento soggettivo della colpa grave con l'*«intensa negligenza»*, la *«sprezzante trascuratezza dei propri doveri»*, l'*«atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni»*, la *«macroscopica violazione delle norme»*, il *«comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza»*.

Ora è possibile ipotizzare che all'ordinamento sia davvero concesso di accettare che l'operato dei propri dipendenti sia negligente, imperito, imprudente, senza alcuna conseguenza? Ma, non sono queste condizioni chiara ed evidente fonte di responsabilità non solo erariale, ma anche civile e disciplinare? E come è ammissibile l'esonero da responsabilità contabile se l'azione imperita e negligente (di per sé meritevole di conseguenze sul piano disciplinare e civile) abbia portato ad un danno all'erario?

A fronte di requisiti molto stringenti per configurare una colpa grave (fattispecie di intensa negligenza, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni) l'eliminazione della colpa grave, come la stessa riformulazione della fattispecie dell'abuso d'ufficio, non accelerano l'azione amministrativa e non eliminano la paura della firma che

Spunti di riflessione

andrebbe piuttosto combattuta rendendo più chiare e meno farraginose le leggi. Evitando, così, di rischiare di rendere penalmente irrilevanti violazioni anche gravi, con il rischio di una grave deresponsabilizzazione della Pubblica amministrazione, con possibili contorni criminogeni.

In altri termini, le varie politiche di “azione” (semplificazione, depenalizzazione, e chi ne ha più ne metta) dovrebbero seguire uno schema sistematico di fondo, esprimere una cultura del sistema, evitando che un elenco più o meno ordinato di tagli (o meglio di sfalci) normativi, assieme ai tagli effettuati sotto l’insegna del contenimento della spesa producano più disfunzioni che miglioramenti. E così per evitare il blocco dell’azione amministrativa e conseguentemente della spesa pubblica, la soluzione non può certamente essere un veloce colpo di spugna al sistema penale, idoneo solo a facilitare l’operato criminale dei dipendenti pubblici corrotti.

Appare invece necessario un quadro normativo settoriale chiaro, semplice, per garantire effettività a quel principio di certezza, riferito all’azione dell’amministrazione, alla sua prevedibilità, e alla stessa decisione.

E in questo il libro di Sergio Perongini offre preziosi spunti di riflessione e potrebbe essere un utile strumento per il legislatore.