




Comportamenti del pubblico funzionario e abolizione dell'abuso d'ufficio


Bologna, 23 settembre 2024

*Dott. Antonino Carlo, Magistrato della Corte dei conti,
Sezione regionale di controllo per l'Emilia - Romagna*



Il funzionario (in generale, il dipendente) pubblico tra essere e dover essere

- ▶ L'avvertita necessità di tradurre in regole giuridiche le condotte che dovrebbero essere espressione di valori sentiti e condivisi nasce dall'esigenza di dare concretezza al modello costituzionale di relazione tra cittadino e Amministrazione nell'ottica del miglioramento della qualità dei servizi (ma della stessa immagine e del prestigio dell'Amministrazione pubblica).
- ▶ La «codificazione dell'etica» è un fenomeno del nostro tempo.
- ▶ Codici etici, codici deontologici, regole di condotta, direttive di comportamento: dal pubblico impiego alle imprese private, dall'attività professionale alla tutela della *privacy*.



Prima di entrare nelle questioni tecniche . . . proviamo a delineare . . . lo sfondo culturale su cui . . . maturano le idee di «giurisdizionalizzare» le regole etiche nel pubblico impiego il codice di comportamento . . .

«. . . parallelamente a quello che sono lo sfascio organizzativo della pubblica amministrazione e lo sfascio organizzativo dei pubblici uffici presi singolarmente, abbiamo un allentamento dei codici di deontologia professionale. . . . si può dire che da parte del pubblico funzionario la deontologia professionale è in via di recessione».

(Massimo Severo Giannini, 1983)



. . . da qui il codice di comportamento dei pubblici dipendenti . . .

- ▶ Il Codice mira a ricostituire una morale collettiva del pubblico impiego, basata sull'idea di moralità o di correttezza e non solo su quella di onestà, in presenza di incertezze e sfide etiche ben più difficili che in passato.
- ▶ Dal punto di vista delle Amministrazioni, è il tentativo di dare ai dipendenti un modo di controllarsi dall'interno, di trasferire almeno in parte il sindacato sulla liceità dei comportamenti dei dipendenti **a un livello interno** appunto che consenta di prevenire le disfunzioni più gravi, tra le quali le **situazioni potenzialmente produttive di corruzione**.
- ▶ Distinguendo fra tre tipi di stimoli attraverso i quali il regolatore agisce sui comportamenti – quello dell'educazione, quello della reputazione e quello della sanzione – è stato osservato che il Codice fa proprio il modello reputazionale.



Il codice di comportamento . . . etica, trasparenza e apparenza

- Dal punto di vista dell'etica pubblica le apparenze sono importanti, perché influiscono sul rapporto tra cittadini e istituzioni e sulla fiducia dei primi nelle seconde.
- È anche un problema di trasparenza.
- In un sistema dove i cittadini possono far valere la responsabilità degli amministratori e dove l'amministrazione è una componente del circuito democratico, occorre preoccuparsi anche dell'immagine dell'amministrazione.
- La tutela dell'immagine dell'amministrazione, quindi, si traduce spesso in un obbligo aggiuntivo di trasparenza.



. . . il «dover essere» del comportamento del pubblico funzionario . . . attraverso la «lente» del codice . . .

- ▶ Un codice di comportamento **è uno strumento per orientare i comportamenti e anche per interpretare le leggi**, delle quali può contribuire ad attenuare il rigore formale.
- ▶ Anche quando non sono previste sanzioni per le violazioni delle sue norme, esse possono essere utilizzate per dare contenuto alle «clausole generali» delle leggi, dei regolamenti e dei contratti.
- ▶ Per valutare la «buona fede», la «correttezza nell'adempimento» o l'«efficace rendimento».

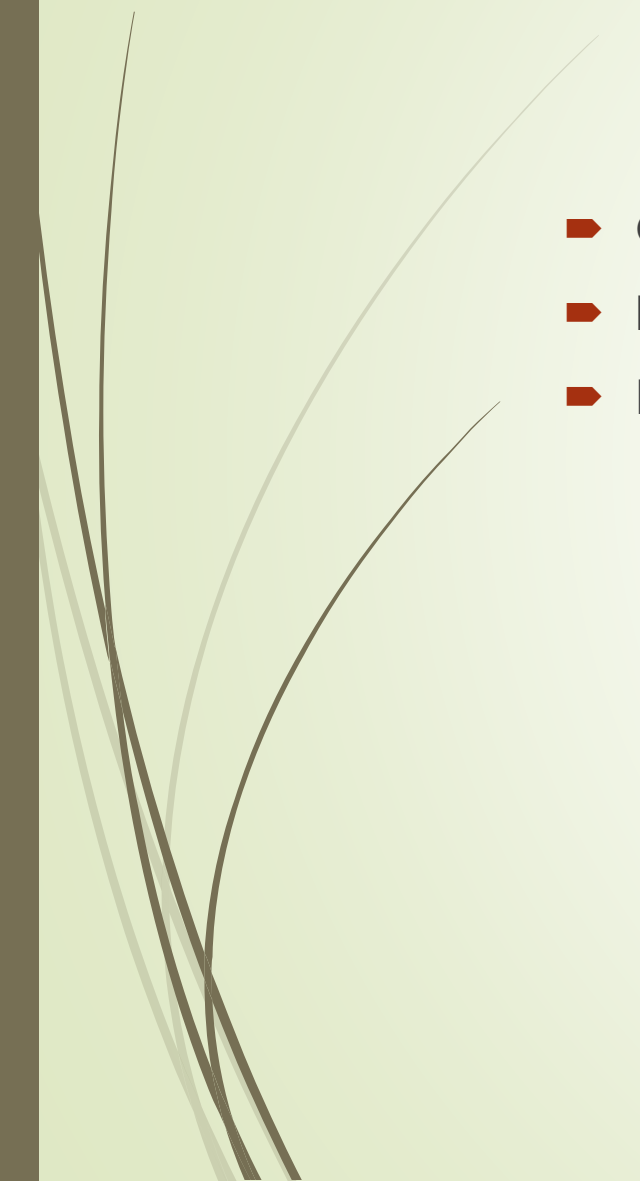


. . . e quindi

- ▶ Nel complesso, il codice è uno strumento di garanzia.
- ▶ Perché consente all'interessato di conoscere con maggiore precisione i comportamenti che potrebbero essere considerati illeciti.
- ▶ Perché consente alle Amministrazioni di tracciare percorsi «di legalità operativa» nell'esercizio del potere basati su modalità trasparenti, efficaci ed efficienti .



Il quadro normativo

- ▶ Qualche riferimento di diritto internazionale ed eurounitario
 - ▶ I principi costituzionali
 - ▶ Le disposizioni di rango primario
- 

I principali riferimenti internazionali

Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, ratificata con L. 3 agosto 2009, n. 116

- ▶ Articolo 8
Codice di condotta dei pubblici ufficiali
 1. Ai fini della lotta alla corruzione, ciascuno Stato Parte incoraggia in particolare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei propri pubblici ufficiali, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico.
 2. In particolare, ciascuno Stato Parte si adopera al fine di applicare, nell'ambito dei propri sistemi istituzionale e giuridico, codici o norme di condotta per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle pubbliche funzioni.
funzioni di pubblico ufficiale.
- ▶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content> (es., *Model code of conduct for pubblici officials, Consiglio d'europa 2010, Commissione Europea, Code of goog administrative belavoir*)



I principi costituzionali

► Art. 54

Tutti i cittadini hanno **il dovere di essere fedeli alla Repubblica** e di osservarne la Costituzione e le leggi.

I cittadini cui sono affidate **funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore**, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

► Art. 97

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano **assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione**.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

I principi costituzionali

► Art. 98

I pubblici impiegati **sono al servizio esclusivo della Nazione.**

Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità.

Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero

► Art. 28


I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Il Testo unico degli impiegati civili

- ▶ L'impiegato **deve prestare tutta la sua opera** nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, **l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene.**
L'impiegato deve conformare la sua condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione, di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi e non deve svolgere attività incompatibili con l'anzidetto dovere.
Nei rapporti con i superiori e con i colleghi l'impiegato deve ispirarsi al principio di un'assidua e solerte collaborazione; deve essere di guida e di esempio ai dipendenti, in modo da assicurare il più efficace rendimento del servizio.
Nei rapporti con il pubblico, **il comportamento dell'impiegato deve essere tale da stabilire completa fiducia e sincera collaborazione fra i cittadini e l'Amministrazione.**
Qualora non sussistano particolari ragioni da sottoporre al capo dell'ufficio l'impiegato deve, di regola, trattare gli affari attribuiti alla sua competenza tempestivamente e secondo il loro ordine cronologico.
Fuori dell'ufficio, l'impiegato deve mantenere condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni.

(art. 13 del d. P. R n. 3 del 1957)



Dalla riforma del T. U. del 1957 intervenuta con il D. Lgs. n. 29 del 1993, passando dall'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001 arrivando al d. P. R. 16 aprile 2013 (ricordando la L. n. 190 del 2012).

- Il passaggio da un approccio di soft law (dove si punta sull'etica dei comportamenti) ad un approccio di hard law (applicazione di regole di diritto).
- Perché gli strumenti fino ad allora utilizzati non avevano dato i frutti sperati.



L'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001

- ▶ **1. Il Governo definisce un codice di comportamento** dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, **la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico.** Il codice contiene una specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, articolati in relazione alle funzioni attribuite, e comunque prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia.



L'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001

- **1-bis.** Il codice contiene, altresì, una sezione dedicata al **corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della pubblica amministrazione.**
- **2.** Il codice, approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata, è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione.



L'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001

- ▶ **3.** La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, **è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti.** Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1.
- ▶ **4.** Per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano un codice etico a cui devono aderire gli appartenenti alla magistratura interessata. In caso di inerzia, il codice è adottato dall'organo di autogoverno.



L'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001

- ▶ **5. Ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento di cui al comma 1.** Al codice di comportamento di cui al presente comma si applicano le disposizioni del comma 3. A tali fini, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) definisce criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazione.
- ▶ **6.** Sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina.



L'art. 54 del D. Lgs. n. 165 del 2001

- ▶ 7. Le pubbliche amministrazioni verificano annualmente lo stato di applicazione dei codici e organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione degli stessi. Le pubbliche amministrazioni prevedono lo svolgimento di un ciclo formativo obbligatorio, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, **sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico.**



Il rapporto tra codice «nazionale» e codici della singola realtà amministrativa

- ▶ Nel rispetto del principio di valorizzazione delle diversità delle amministrazioni, il codice «nazionale» costituisce il nucleo essenziale dei doveri valido per tutte le amministrazioni.
- ▶ Ogni amministrazione deve specificare ed integrare il codice con le proprie specificazioni rispetto alle necessità nascenti dalla sua organizzazione o alla sua attività nell'ottica di un approccio mirato, concreto rispetto alla singola specifica operatività.




La declaratoria delle regole di condotta

- ▶ Il codice definisce (art. 1) i doveri *minimi* di **diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta** che i dipendenti pubblici sono tenuti ad osservare.
- ▶ Il che implica che esso non possa considerarsi esaustivo di tutti gli obblighi gravanti sul pubblico dipendente, poiché le previsioni dei singoli codici devono essere specificative, integrative e migliorative dei doveri appena menzionati



La declaratoria delle regole di condotta

- Ai sensi dell'art. 3, il dipendente "osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa".
- Svolge i propri compiti nel rispetto della legge, **perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare.**
- Opera secondo i «**principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi**»



La declaratoria delle regole di condotta

- Non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica **amministrazione**.
- **Prerogative e poteri pubblici sono esercitati unicamente per le finalità di interesse generale** per le quali sono stati conferiti.



La declaratoria delle regole di condotta

- ▶ Fondamentale l'adempimento degli obblighi di trasparenza connesso alla **tracciabilità dei processi decisionali** dei dipendenti, garantita "attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità", e pertanto ogni verifica possibile.
- ▶ Il *principio di imparzialità* viene specificato al comma 5 dell'articolo 3, in base al quale, nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, "il dipendente assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi sui destinatari dell'azione amministrativa o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o su altri diversi fattori"




La declaratoria delle regole di condotta

- ▶ Per quanto riguarda gli interessi che possono interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio, non vengono precisate le formalità particolari o puntualizzato il termine entro cui effettuare la comunicazione
- ▶ Quindi è ampia la discrezionalità dell'amministrazione nella valutazione della compatibilità di tale partecipazione e si dovranno considerare il ruolo e le funzioni del dipendente interessato.
- ▶ Attenzione anche **alla tutela delle riservatezza del dipendente.**
- ▶ E' vero che la riservatezza può retrocedere a fronte dell'interesse della collettività ad un agire totalmente trasparente nel comparto pubblico.
- ▶ La riservatezza non è un valore assoluto, tanto è vero che il nostro ordinamento prevede che possa essere bilanciato con altri valori.



Le innovazioni al Codice di comportamento viste dal Consiglio di Stato (Sez. atti normativi, 19 gennaio 2023, n. 93)

Le nuove regole di condotta integrano "*comportamenti contrari ai doveri d'ufficio*", molte delle quali vanno oltre quanto richiesto dall'art. 4 della l. n. 79 del 2022 (di conversione del D. L. 30 aprile 2022, n. 36, recante Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e perciò dall'art. 54 del d.lgs. n.165 del 2001, per come modificato da quest'ultimo intervento legislativo.



Le innovazioni al Codice di comportamento viste dal Consiglio di Stato (Sez. atti normativi, 19 gennaio 2023, n. 93)

E' richiesta una attenzione per le «tematiche ambientali» e sui temi della parità e del divieto dalle azioni antidiscriminatorie.



... segue. L'utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha espresso alcune importanti riserve sulle regole riferibili all'area dei doveri concernenti la tutela dell'immagine della pubblica amministrazione, sottesa all'utilizzo delle tecnologie informatiche, dei mezzi di informazione e dei social media.



. . . segue. L'utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della pubblica amministrazione.

- ▶ *«In quelli che si configurano come i nuovi artt.11-bis e 11-ter, dedicati rispettivamente all' "Utilizzo delle tecnologie informatiche" e all' "Utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media", si propone infatti la codificazione di una pluralità di regole connotate da un elevato dettaglio casistico, ma al contempo da una indeterminatezza delle condotte sanzionabili, favorita anche dall'utilizzo di espressioni linguistiche, molte delle quali tratte dal linguaggio tecnico e lasciate prive di definizioni atte a esplicitarne il significato . . .»*




Il dovere: nozione

- Il dovere giuridico è la predeterminazione, in negativo (divieto) o in positivo (obbligo), di comportamenti da tenere, assistita dalla prefigurazione di conseguenze che l'ordinamento farà seguire al suo mancato rispetto. Il dovere giuridico è imposto dalla legge (dalle fonti cui è consentita la predeterminazione dei comportamenti).
- Il pubblico dipendente non ha solo doveri (contrattuali) di erogare la propria prestazione lavorativa al datore di lavoro/pubblica amministrazione, ma ha doveri connessi all'esercizio delle funzioni pubbliche svolte. Doveri esigibili dall'amministrazione di appartenenza, doveri cui il funzionario è tenuto anche nei confronti dei cittadini.



Correttezza e buona fede nell'adozione delle condotte del dipendente pubblico

- ▶ Il principio di correttezza (o buona fede oggettiva) è un principio di carattere generale che trova «cittadinanza» anche nell'esecuzione del rapporto di pubblico impiego sia nella sua declinazione «contrattuale», nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, sia nel dovere di collaborazione nel «salvaguardare l'utilità» della relazione «amministrativa» che si realizza - per il «tramite» del dipendente - tra cittadino e Amministrazione, relazione che trova nella legge (rectius nel quadro normativo) la propria genesi, il proprio «terreno» operativo e i propri confini.
- ▶ Dall'angolatura del cittadino, è espressivo del dovere di solidarietà che lega nella relazione amministrativa il dipendente e il cittadino, secondo il fondamentale canone solidaristico espresso nell'art. 2 della Cost.



... (segue) i comportamenti della correttezza e buona fede. Un tentativo (parziale) di «tipizzazione».

- ▶ Obbligo di concludere un provvedimento espresso (Cons. di Stato, Sez. II, sent. 13 maggio 2024, n. 4278).
- ▶ Divieto di creare falsi affidamenti ovvero ingenerare affidamenti sull'esito positivo della procedura (Cons. di Stato, Sez. V, sent. 27 ottobre 2023, n. 9298).
- ▶ Obbligo di avviare l'istruttoria senza ritardo (Cons. di Stato, Sez. II, sent. 22 maggio 2023, n. 5072)



... (segue) i comportamenti della correttezza e buona fede. Un tentativo (parziale) di «tipizzazione».

- Obbligo di «parlar chiaro» (T.A.R., Puglia, Lecce, Sez. II, sent. 28 marzo 2019, n. 519).
- Obbligo di collaborazione nei limiti delle regole poste a garanzia dell'imparzialità del procedimento e della parità di trattamento (T.A.R., Campania, Napoli, Sez. VI, Sent. 7 giugno 2023 n. 3521; Cons. di Stato, Sez. II, sent. 6 maggio 2021, n. 3537).
- Obbligo di assicurare le garanzie procedurali e il contraddittorio con l'interessato (Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 16 gennaio 2023, n. 483)



La «dimostrazione» della correttezza e della buona fede: la motivazione.


(La motivazione è l'elemento cruciale . . . come vedremo . . .)

- ▶ La motivazione è il «luogo» che consente di «provare» la ragionevolezza, la proporzionalità, la buona fede, la correttezza nell'operare concreto.
- ▶ *«Poche e soprattutto poco appaganti le ragioni, le spiegazioni corredate sulle scelte operate. Eppure è solo da quelle che si può risalire alla valutazione dei comportamenti tenuti»* (Mario. R. Spasiano, Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari, in Diritto e processo amministrativo, ESI, 2024)



Diligenza, lealtà, fedeltà

- ▶ La diligenza consiste nell'impegno adeguato delle energie e dei mezzi per raggiungere un determinato fine.
- ▶ La lealtà è l'attaccamento al dovere, la correttezza nei rapporti, l'assolvimento di doveri morali.
- ▶ La fedeltà è dedizione (in questo caso) al gruppo, alla collettività, oggetto del giuramento prestato nei confronti della Repubblica.



Ipotesi di violazione dei canoni di diligenza, lealtà, fedeltà

- ▶ Inadeguatezza del comportamento organizzativo (Corte dei conti, Sez. giur. Calabria, sent. 21 dicembre 2023, n. 236).
- ▶ La non esclusività del rapporto di impiego (Corte dei conti, Sez. giur. Emilia – Romagna, sent. 6 dicembre 2021, n. 386; Cons. di Stato, Sez. V, sent., 1° marzo 2024, n. 2000).
- ▶ La mancata adozione di misure differenziate e graduali della diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata in ragione dell'interesse pubblico perseguito (T.A.R. Emilia – Romagna, Bologna, Sez. I°, sent. 31 ottobre 2022, n. 385).
- ▶ L'inadeguatezza delle ricerche in materia di notificazione di atti, i.e. presso l'anagrafe, numero dei tentativi di notifica, acquisizione di informazioni dei condomini o vicini, ecc. (Corte dei conti, Sez. seconda giur. centrale d'appello, sent./2024 dell'11 gennaio 2024).
- ▶ La mancata cooperazione di equipe, che si realizza quando non vi è convergenza «delle diligenze» degli operatori verso il fine (pubblico) comune (Corte dei conti, Sez. seconda giur. Centrale d'appello, sent. 139/2024 del 31 maggio 2024).



Il rapporto tra diritto amministrativo e diritto penale

- ▶ Diritto amministrativo e diritto penale condividono «il principio di autorità» che è pur sempre il riflesso del principio di primazia degli interessi pubblici generali rispetto agli interessi privati.
- ▶ Ne è una plastica dimostrazione la naturale intersezione fra il potere punitivo (diritto penale) e la posizione di naturale prevalenza della pubblica amministrazione (diritto amministrativo) anche quando la sua azione si pone sul piano paritetico del privato.
- ▶ Ed è proprio nel contesto dei reati contro la pubblica amministrazione che diritto amministrativo e diritto penale «si sono incontrate e misurate».



Il ruolo del provvedimento amministrativo nelle fattispecie penali

- ▶ Il provvedimento amministrativo è un elemento normativo della fattispecie giuridica penale (nell'abuso d'ufficio, ad esempio, era l'elemento attraverso il quale veniva commessa la condotta illecita, cioè era un elemento «costitutivo» della fattispecie).
- ▶ Il problema vero è come il giudice penale accoglie e valuta l'istituto della discrezionalità nelle sue complesse declinazioni (comparativa, amministrativa, tecnica).
- ▶ Nell'art. 323 c. p. uno punto di maggiore attrito era appunto la valutazione della discrezionalità alla luce della formula non perfettamente chiara della condotta rilevante posta in essere « . . . *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 . . .* »
- ▶ Si deve tener conto che nella strategia legislativa di configurazione del potere amministrativo non esiste una sola determinazione legittima ma l'Amministrazione può scegliere tra diverse soluzioni astrattamente possibili



... (segue) la discrezionalità quale elemento cruciale nella possibile definizione del rapporto tra diritto amministrativo e diritto penale.

- ▶ La discrezionalità postula necessariamente l'acquisizione di tutti gli interessi in gioco (l'interesse pubblico primario, gli interessi pubblici secondari, gli interessi privati collettivi, quelli individuali così come qualificati dalle norme giuridiche), la loro valutazione, comparazione, graduazione.
- ▶ La scelta finale viene adottata secondo criteri desunti da norme di rango diverso, alcune tratte dai principi costituzionali o dall'ordinamento giuridico generale (es. il principio di ragionevolezza o il principio di proporzionalità).
- ▶ In tale contesto è fondamentale distinguere tra attività vincolata e attività discrezionale: nella prima l'Amministrazione non ha possibilità di scelta perché è la legge che predetermina i presupposti e le conseguenze; nella seconda il legislatore affida all'Amministrazione il potere di configurare il contenuto del provvedimento.

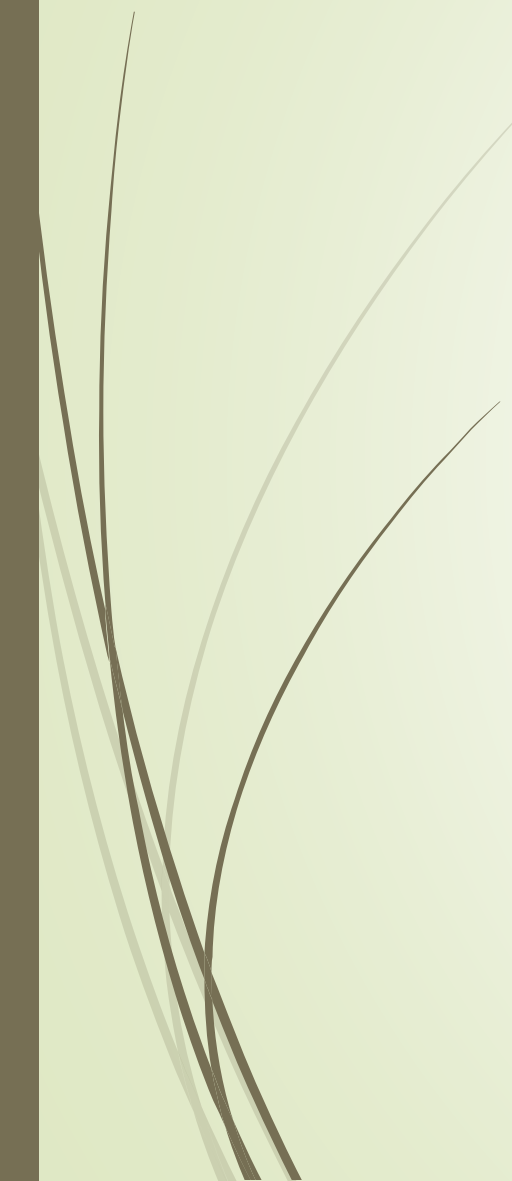


... (segue) la discrezionalità quale elemento cruciale nella possibile definizione del rapporto tra diritto amministrativo e diritto penale.

- ▶ Tuttavia la qualificazione di una attività come discrezionale o vincolata è una scelta del legislatore; pertanto non è possibile per l'amministrazione avviare un'azione amministrativa come attività discrezionale e concluderla come vincolata.
- ▶ Quando l'azione amministrativa giunge ad uno sviluppo tale da non far residuare margini di discrezionalità, significa solamente che l'attività è giunta a «maturazione», vicenda che è profondamente diversa dall'attività vincolata. In questo caso l'attività rimane sempre discrezionale ma l'esercizio del potere conduce verso una sola delle possibili soluzioni, che è sempre riconducibile all'amministrazione e non alla legge. Questo non trasforma il potere discrezionale in potere vincolato (M. S. Giannini).



In conclusione . . .



Nella considerazione di comportamenti del pubblico dipendente (in disparte le altre ipotesi di responsabilità disciplinari, civili e amministrativo-contabile) e nelle ipotesi che la condotta penalmente rilevante presupponga o contempra la valutazione di un provvedimento amministrativo sarà cruciale la motivazione che in questo caso va vista come esercizio effettivo dei doveri di fedeltà e di verità che deve caratterizzare l'esercizio delle attribuzioni affidate al dipendente pubblico.



Grazie molte per l'attenzione

Antonino Carlo