



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Corso di Dottorato in
Imprese, Istituzioni e Comportamenti

curriculum Istituzioni e Azienda

Ciclo XXXIV

L'abuso d'ufficio come paradigma della tutela penale della funzione amministrativa

SSD: IUS/16

Coordinatore del Corso
Chiar.ma Prof.ssa Rosella
Tomassoni

Dottorando
Grazia Ballo

Supervisore
Chiar.mo Prof. Gianrico Ranaldi

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
--------------------------	----------

CAPITOLO I

Il principio di separazione dei poteri: da limite a fondamento del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa

1. Profili introduttivi: l'abuso d'ufficio come pietra miliare del vaglio giurisdizionale sull'esercizio dell'attività amministrativa.....	7
2. Separazione dei poteri e di autorità: cenni storici.....	9
3. Il sindacato del giudice penale tra disapplicazione dell'atto amministrativo e integrazione della fattispecie incriminatrice.....	15
4. Tra sindacato di merito e di legittimità. Le due vie seguite dal legislatore.....	27
4.1. La rigorosa delimitazione dell'elemento oggettivo ed il rafforzamento dell'elemento soggettivo.....	32

CAPITOLO II

L'evoluzione storica dell'abuso d'ufficio

1. L'iter tassativizzante della "valvola di chiusura" del sistema dei reati contro la P.A.....	34
2. L'abuso di potere nelle codificazioni ottocentesche, quale prevaricazione a danno dei cittadini.....	37

3. Il volto autoritario dell’abuso “innominato” d’ufficio nel Codice Rocco: l’arretramento della soglia di punibilità	40
4. Il primo tentativo di descrizione della fattispecie: la nuova centralità nel sistema ridisegnato dalla legge n. 86/1990.....	46
5. Il secondo tentativo: la legge n. 234/1997 alla ricerca di un equilibrio tra determinatezza descrittiva ed effettività della tutela. Dall’abuso di potere alla violazione del dovere.....	54
6. La lettura giurisprudenziale del tipo: violazione di legge e vizio di eccesso di potere; violazione dell’obbligo di astensione.....	68
7. Il danno e il vantaggio ingiusto quali “corazza” del penalmente rilevante. Il dolo intenzionale.....	77
8. Il terzo (e ultimo?) tentativo: il decreto “semplificazioni” (d.l. 76/2020)	86

CAPITOLO III

L’odierno volto dell’abuso d’ufficio tra intenti legislativi e diritto vivente

1. La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale.....	91
2. <i>Ratio legis</i> e coerenza politico-criminale.....	97
3. La struttura della fattispecie e i suoi elementi costitutivi.....	99
3.1. La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”.....	105
3.2. “(...) E dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.....	111

3.3. La (immutata) violazione dell'obbligo di astensione.....	114
4. Il “nuovo” abuso d’ufficio al vaglio della giurisprudenza di legittimità.....	121
4.1. Abuso d’ufficio ed eccesso di potere cosiddetto “estrinseco” (Cass. pen., n. 442/2021).....	124
4.2. Abuso d’ufficio e potere discrezionale in astratto, vincolato in concreto (Cass. pen., n. 8057/2021).....	130
4.3. Considerazioni finali.....	135

CAPITOLO IV

Le ricadute applicative della riforma del 2020.

Questioni intertemporali e processuali

1. Gli effetti intertemporali della novella del 2020: raffronto tra “vecchio” e “nuovo” fatto tipico.....	138
1.1. Rapporto di specialità: <i>abolitio criminis</i> parziale....	141
1.2. (<i>segue</i>) Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: <i>abolitio sine abrogatio</i>	145
1.3. Una ricostruzione alternativa: tesi della <i>abolitio criminis</i> totale e contestuale nuova incriminazione.....	150
2. Effetti determinati dalla modifica in fase esecutiva e nel processo di cognizione.....	152
2.1. Giudizio di esecuzione: revocazione delle sentenze di condanna e limiti alla cognizione del giudice.....	152
2.2. Giudizio di cognizione: processi <i>sub iudice</i>	160
3. Percorsi alternativi alla riforma del 2020: diversi scenari prospettabili.....	164

BIBLIOGRAFIA.....170

INTRODUZIONE

Nell'esercizio della discrezionalità politico-criminale espressa mediante la selezione di fatti penalmente rilevanti non di rado vengono in rilievo condotte già interessate, a monte, dall'intervento dello Stato nelle sue funzioni amministrative. In tali ipotesi, contraddistinte da forti interferenze tra potere amministrativo e giudiziario in sede penale, l'atto amministrativo assume una rilevanza centrale ai fini dell'integrazione della fattispecie criminosa incidendo, a vario titolo, sulla punibilità della condotta descritta nel precetto.

Di tal che si è storicamente posta la necessità di verificare se sia ammissibile un sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo rilevante ai fini dell'applicazione della norma incriminatrice e, in caso positivo, fin dove possa spingersi il giudicante senza "invadere" le prerogative dell'amministrazione in spregio al principio della separazione dei poteri.

Lo studio dell'abuso d'ufficio è legato in maniera imprescindibile al tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'attività amministrativa, rappresentando tale fattispecie delittuosa la cartina da tornasole dell'invasività delle scelte politico-criminali entro il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione.

Non a caso, dunque, il delitto di cui all'art. 323 c.p. assume un ruolo preminente in tema di controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri, al fine di stabilire il corretto spazio di verifica giudiziaria sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione nell'ambito dell'ordinamento penale.

Il reato di abuso d'ufficio è una figura ancipite, dai confini quantomai labili. Esso rappresenta, da un lato, lo strumento primo attraverso il quale il giudice penale può esercitare un controllo sull'attività amministrativa e, al contempo, con la sua struttura tipica, rappresenta il limite entro cui questo sindacato può essere esercitato. Come tutti i territori di frontiera è dunque quasi fisiologico che esso rappresenti un terreno di contrasti, se non addirittura di scontro. Il problema è, appunto, stabilire fin dove possa spingersi lo scrutinio del giudice penale e dove cominci il limite imposto dal tipo legale.

Il problema è aggravato dal fatto che il reato di abuso d'ufficio ha costituito oggetto di ripetuti interventi riformistici e di altrettante applicazioni giurisprudenziali ondivaghe. Alla certezza applicativa non ha certo giovato la difformità tra orientamenti interpretativi che è dato registrare nell'evoluzione dottrinale e pretoria, tanto più che l'elaborazione fin qui maturata nella prassi giudiziaria non sempre è risultata chiara e lineare agli stessi interpreti, come si avrà modo di mettere in luce nel corso del presente lavoro.

È anche per queste ragioni, dunque, che la problematica del delitto di abuso d'ufficio continua a mantenere un carattere di attualità che ne giustifica ulteriori rivisitazioni.

Questo lavoro si propone, appunto, di ripercorrere le linee fondamentali dell'evoluzione legislativa, interpretativa e applicativa del reato di abuso di ufficio, incentrando in particolare l'attenzione sui nodi problematici di maggiore rilievo, nell'evidenziare le ragioni sottostanti al perdurare ancora di questioni controverse che rendono l'abuso d'ufficio terreno di conflitti tutt'altro che sopiti.

CAPITOLO I

Il principio di separazione dei poteri: da limite a fondamento del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: l'abuso d'ufficio come pietra miliare del vaglio giurisdizionale sull'esercizio dell'attività amministrativa. - 2. Separazione dei poteri e di autorità: cenni storici. - 3. Il sindacato del giudice penale tra disapplicazione dell'atto amministrativo e integrazione della fattispecie incriminatrice - 4. Tra sindacato di merito e di legittimità. Le vie seguite dal legislatore. - 4.1. La rigorosa delimitazione dell'elemento oggettivo ed il rafforzamento dell'elemento soggettivo

1. Profili introduttivi: l'abuso d'ufficio come pietra miliare del vaglio giurisdizionale sull'esercizio dell'attività amministrativa

Il delitto di abuso d'ufficio è, nella sua attuale formulazione, il risultato di una stratificazione e di una travagliata vicenda legislativa¹ che si incardina nella articolata materia dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.

Storicamente tale fattispecie rappresenta una “chiusura” sussidiaria del sistema, intercettando comportamenti

¹ Come si vedrà nello specifico in seguito, negli ultimi trent'anni, quella apportata dal d.l. n. 76/2020 (convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120) è la terza modifica della figura criminosa in parola (dopo le note riforme apportate, rispettivamente, dalla l. n. 86 del 1990 e dalla l. n. 234 del 1997); senza tralasciare poi che la l. n. 190 del 2012 (c.d. legge Severino) ha innalzato la pena edittale, adesso della reclusione da uno a quattro anni (invece che da sei mesi a tre anni).

gravemente disfunzionali rispetto ad un efficiente e imparziale andamento dell'attività amministrativa, ma non riconducibili ad altre più specifiche incriminazioni.

Proprio la natura "geneticamente" residuale di tale figura di reato si traduce, dal punto di vista strutturale, in una figura di confine, in cui si ricerca incessantemente un equilibrio tra l'effettività della tutela assicurata al sottosistema penale dell'illegalità amministrativa e le esigenze di determinatezza descrittiva della norma penale². E tale ultima istanza, oltre ad essere funzionale ad ovvie ragioni di garanzia del singolo, pare orientata a scongiurare l'utilizzo dell'abuso d'ufficio quale grimaldello utile a forzare i limiti che il principio della divisione dei poteri impone al controllo giudiziario avente ad oggetto l'operato della Pubblica Amministrazione.

Non stupisce, dunque, che l'abuso d'ufficio rappresenti il principale banco di prova della portata e dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa.

A ben vedere, la ragione ultima di tale stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa risiede proprio nell'essenza dell'attuale incriminazione. In estrema sintesi, col codice Rocco del 1930 si è abbandonata la prospettiva dei codici penali ottocenteschi in cui si tutelava solo la libertà del singolo individuo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, per inserire una figura criminosa che rappresentasse invece lo strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari³. Il delitto di abuso d'ufficio, invero, ha

² Sul tema, per un'indagine sulle origini del problema della determinatezza si veda PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979.

³ A. GARGANI, "L'abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 1226 ss;

dato attuazione all'esigenza avvertita nel nostro ordinamento di una figura di reato che tutelasse l'offesa al bene del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Solo ammettendo un potere di controllo, sindacato, verifica, in capo al giudice penale sugli atti e in genere sull'attività della pubblica amministrazione (e in particolare sugli atti adottati dagli agenti pubblici) si comprende la vocazione politico-criminale sottesa ad una incriminazione di tal fatta. Il sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come l'abuso d'ufficio.

Occorre tuttavia interrogarsi sulla legittimità o meno di una potestà del giudice penale di controllare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione e, in particolare, della compatibilità tra un controllo di legalità amministrativa da parte del giudice penale ed il principio, di matrice illuministica, della separazione dei poteri.

2. Separazione di poteri e separazione di autorità: cenni storici

Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri. Al giudice penale, attraverso il principio della separazione dei poteri, è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini. E tale ruolo di garanzia, per essere efficacemente ed esaurientemente svolto, necessita della possibilità di conoscenza dell'attività amministrativa quando essa interferisca con le libertà individuali fondamentali. Alla

GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, p. 249 ss.

cognizione del giudice penale non può essere perciò sottratto nulla che possa servire a tutelare il diritto fondamentale della libertà del cittadino⁴.

Tale formulazione trova fondamento nella storica teoria espressa da Montesquieu, a tenore della quale: “in ogni stato esistono tre specie di poteri; il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. Attraverso il primo, il principe o il magistrato fa le leggi per un certo tempo o per sempre, e corregge o abroga quelle che sono in vigore. Attraverso il secondo fa la pace o la guerra, invia o riceve degli ambasciatori, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni. Attraverso il terzo, punisce i crimini, o giudica le controversie tra i privati. Chiameremo questo il potere di giudicare; e l'altro semplicemente il potere esecutivo dello Stato”⁵.

Il principio enucleato da Montesquieu e proclamato dall'Assemblea costituente francese è stato, poi, recepito dalla gran parte delle costituzioni degli Stati moderni. Il principio della separazione dei poteri è, infatti, associato dallo stesso testo fondamentale – l'art. XVI della “Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino” del 1789 – alla nozione di garanzia dei diritti: “*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoir déterminée, n'a point de Constitution*”⁶.

⁴ In termini, GAMBARDELLA M., *Simul stabunt simul cadent, Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale Web*, 29.07.2020.

⁵ MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA S., Torino, 1995.

⁶ul punto, TROPER M., *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, E.S.I., 2005, p. 172 ss.

E proprio la garanzia dei diritti individuali, obiettivo del principio proclamato dalla legislazione rivoluzionaria, richiede la presenza di un giudice indipendente rispetto alla pubblica amministrazione, al quale sia attribuito la protezione, terza ed imparziale, dei diritti fondamentali dei cittadini.

Pertanto, il principio di separazione dei poteri, lungi dal rappresentare un ostacolo all'ammissibilità di un sindacato del giudice penale sull'*agere* pubblico, ne costituisce, piuttosto, il fondamento⁷.

Prima di interrogarsi circa l'ampiezza del sindacato del giudice penale, giova, al fine di comprendere l'effettiva portata della separazione dei poteri, distinguere tale tematica dalla differente, benché affine, problematica attinente al riparto di giurisdizione.

A partire dall'epoca dell'*Ancien Régime*⁸ in Francia, infatti, il contenzioso amministrativo, ossia l'insieme delle controversie giuridiche scaturenti dall'azione

⁷ GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 21 ss. Nello stesso senso MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, E.S.I., 2012, p. 89 ss.

⁸ Per la precisione con l'editto di *Saint-Germain-en-Laye* del 21.2.1641 di Re Luigi XIII, per la prima volta, veniva infatti fissata la regola della separazione tra autorità amministrative e giudiziarie, che devolve il contenzioso amministrativo alle autorità amministrativa (intendenti e consiglio del Re), e di conseguenza le sottrae all'autorità giudiziaria. Tale regola trova origine quindi in epoca di assolutismo monarchico, indipendentemente da una separazione dei poteri, ancora del tutto sconosciuta. Nel preambolo dell'Editto il Re espone proprio la necessità di delimitare i poteri dell'autorità giudiziaria e di separarli dall'azione amministrativa, per far cessare il conflitto che poneva i Parlamentari contro gli intendenti, a favore quindi di questi. Nei dieci articoli dell'editto, poi, si vieta ai Parlamentari qualsiasi intervento nelle questioni amministrative, in particolare l'art. 1 costituisce l'esplicito riconoscimento della separazione tra autorità giudiziaria e amministrativa. Per una più attenta disamina storica dell'argomento, si veda SILVA C., *Il sindacato del giudice penale nei reati contro la pubblica amministrazione : una verifica alla luce del delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 2011.

amministrativa, veniva devoluto all'amministrazione stessa, e sottratto al giudice ordinario. Tale circostanza, appunto, attiene alla tematica della cd. separazione di autorità, e non invece a quella della separazione dei poteri⁹. Il fatto che il giudice, dunque, sia in parte privato del proprio potere di giudicare in materia di contenzioso amministrativo, rimesso all'organo esecutivo stesso rappresenta in verità una forma di confusione dei poteri, e non certo di separazione. Non è sicuramente, infatti, il principio di divisione dei poteri (di matrice illuministica) che intende impedire al giudice di svolgere la propria funzione tipica.

Tale forma di separazione, non di poteri ma di autorità, è stata poi mantenuta dall'ordinamento francese, anche nel corso della Rivoluzione Francese, fatta salva dall'Assemblea costituente per un'esigenza di tutela della sfera autoritativa statale.

In buona sostanza, è possibile affermare che la separazione dei poteri e la separazione di autorità consistono in due principi opposti ed antagonisti, accolti entrambi dalla Rivoluzione francese, da un lato per la finalità di garantire i diritti individuali dei soggetti tramite un'autonomia dei poteri (separazione dei poteri), e, dall'altro, per la necessità di mantenere un'efficacia dell'azione amministrativa tramite un'indipendenza della stessa (separazione delle autorità).

I due diversi concetti appena descritti devono volgere ad un equilibrio, affinché la cognizione dell'autorità giudiziaria in materia di contenzioso amministrativo venga limitata, tranne però che nei casi in cui prevalga la separazione dei poteri, con la necessità di tutelare la garanzia dei valori fondamentali del cittadino.

⁹ Per tale distinzione tra separazione di poteri e di autorità, si veda GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 27 e ss.

Si supera così il principio di separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, lasciato dell'*Ancien Régime*, che in pieno assolutismo monarchico devolve il contenzioso amministrativo alla stessa autorità amministrativa e che impedisce all'autorità giudiziaria di conoscere degli affari amministrativi e di partecipare all'amministrazione dello Stato.

Tale preliminare assunto non esaurisce, tuttavia, il complesso studio dei rapporti tra il giudice penale e la Pubblica Amministrazione, in quanto, pur volendo individuare nella tripartizione dei poteri pubblici il fondamento giustificativo del vaglio giurisdizionale sull'attività amministrativa¹⁰, tanto non basta a chiarire quali siano le condizioni ed i limiti che il giudice penale, nell'esercizio di tale sindacato, incontra. Ciò in ragione della natura tendenziale e programmatica del principio in parola, che presta il fianco ad argomentazioni elastiche e mutevoli¹¹.

¹⁰ Assunto, peraltro, tutt'altro che pacifico, non mancando autorevoli voci discordi, fra cui CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 12 e ss. L'autore è molto critico nei confronti di chi fonda la questione del sindacato del giudice penale su tale principio di ordine generale, comune alla maggior parte degli ordinamenti, che è in grado di condurre alle più diverse e spesso opposte argomentazioni. Egli poi non vuole che si trascurino infatti le particolarità normative dei singoli Paesi, senza considerare scambiabili risultati di elaborazioni sistematiche compiute dagli studiosi. Allo stesso tempo però egli diffida anche di chi in modo troppo netto ritiene superfluo un approfondimento dogmatico-esegetico sul tema, "supponendo che la risoluzione dei singoli problemi possa essere desunta, in modo indipendente dalla concreta analisi della disciplina, dai cd. principi". Peraltro, egli aggiunge, si tratterebbe di un profilo non squisitamente penalistico, ma un classico argomento della letteratura giuspubblicistica. E sarebbe per questo che la letteratura penalistica non si sarebbe mai dedicata all'argomento in modo compiuto e globale ma sempre in via trasversale e frammentaria. *Contra*, invece, DI LORENZO M., *Limiti della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti dei cittadini verso la pubblica amministrazione*, Napoli, 1929, 147.

¹¹ BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 17 e ss.; MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, cit., 486 e ss.

L'individuazione del perimetro di intervento del giudice penale in campo amministrativo si pone con un'urgenza acuitasi nel tempo, in ragione dell'evoluzione di una Pubblica Amministrazione che, rispondendo a modelli interventistici tipici del *Welfare State*, ha visto accrescere a dismisura i propri compiti istituzionali. Il che, intuitivamente, non può che essere foriero di difficoltà strutturali e operative, che talvolta rasentano un forte immobilismo ed inattività, spesso controbilanciato da un incisivo interventismo giudiziale, che non di rado si spinge ad interessarsi di vicende probabilmente di cattiva gestione della cosa pubblica ma, a ben vedere, di dubbia rilevanza penalistica¹².

Ed invero, ove il giudice travalichi la propria funzione giudicante, interferendo con l'attività amministrativa, si rischia, per il tramite dell'“invadenza giudiziale”, di concedere al giudice di entrare nei “santuari dell'amministrazione”¹³, instaurandovi un processo penale, fonte di enorme discredito per i soggetti coinvolti e di conseguenza per la stessa Pubblica Amministrazione a cui essi appartengono. Diventa così di importante rilievo, e tuttavia di altrettanta difficoltà, individuare il *limen* nell'ambito del quale sia consentito al giudice penale di muoversi, ed oltre il quale invece non gli sia dato spingersi. Si tratta, in buona sostanza, di un delicato equilibrio che

¹² Tra i tanti ad insistere sul fenomeno, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2009, che riconducono la complessa situazione ad una “permanente situazione di distorsione e confusione istituzionale nei rapporti tra ‘amministrazione’ e ‘partita politica’, nonché dell’assenza di efficaci controlli preventivi e successivi di natura extrapenale. ‘E anche vero, per altro verso, che un controllo penale espletato come ultimo baluardo della legalità istituzionale ha rischiato, almeno in alcuni casi, di attuare indebite ingerenze nelle valutazioni discrezionali riservate alla pubblica amministrazione”.

¹³ Così, PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 93

consenta sia al giudice di svolgere l'accertamento necessario dei reati, sia alla Pubblica Amministrazione di mantenere la propria sfera di autonomia.

3. Sindacato del giudice penale: tra disapplicazione dell'atto amministrativo e integrazione della fattispecie incriminatrice

Nell'affrontare, senza pretesa di esaustività, il complesso tema dei rapporti tra ordinamento amministrativo e processo penale, occorre in prima analisi sgomberare il campo da un frequente equivoco.

Ed invero, sovente nelle impostazioni dogmatiche tradizionali la tematica del sindacato del giudice penale in materia amministrativa si fa quasi esclusivamente coincidere con la questione attinente alla disapplicazione¹⁴, da parte del giudice penale, dell'atto amministrativo illegittimo di cui all'all. E della L. n. 2245/1865. Tale istituto, se rappresenta un indubbio punto nevralgico di interazione fra i due rami dell'ordinamento, non può tuttavia limitare il campo d'indagine all'evenienza che al vaglio del giudice ordinario giunga un atto amministrativo illegittimo.

Per vero, le ipotesi in cui il giudice penale si trova a dover sindacare la materia amministrativa al fine di determinare la sussistenza di un reato sono molteplici e non attengono esclusivamente agli atti illegittimi, bensì la cd. attività amministrativa complessivamente intesa.

¹⁴ Per una sintesi della tradizionale ed interdisciplinare tematica della disapplicazione, da parte del giudice penale, degli atti amministrativi illegittimi, si veda PRETE F., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto penale contemporaneo Web*, 20.09.2013.

In effetti, oggetto del processo penale ben può essere (e, nei fatti, è) una condotta che, inquadrabile entro una delle fattispecie incriminatrici tipizzate, presenti rilevanza penale a prescindere dall'adozione (o meno) di un provvedimento amministrativo. In siffatte ipotesi è l'attività dei pubblici amministratori *tout court* che acquista rilevanza per individuare il limite entro cui è consentito al giudice spingersi, e non solo gli atti illegittimi eventualmente da disapplicare.

Al contempo, quand'anche di atto illegittimo si tratti, il giudice penale non si troverà sempre nella situazione di poter operare una scelta tra applicazione o disapplicazione dello stesso.

Si è accortamente osservato¹⁵, invero, che i casi in cui il giudice penale è chiamato a disapplicare un atto sono solo quelli in cui egli si trovi a giudicare di comportamenti tenuti in conformità (ovvero in difformità) a quanto prescritto da tale atto, qualificandoli dunque come illeciti (o come leciti), e disapplicando di conseguenza l'atto ritenuto illegittimo.

In tutti i rimanenti casi in cui il giudice, invece, non deve "qualificare" un comportamento tenuto sulla base di un atto amministrativo, perché la condotta tipica è estranea allo stesso atto, egli prescindere da simile tipo di valutazione. Il giudice, infatti, si occuperà di tutta l'attività amministrativa intesa non come manifestazione della volontà della

¹⁵ Si fa riferimento, in particolare, a Contento, il quale per primo ha insistito su tale distinzione, concentrando la propria attenzione proprio su tutte le ipotesi in cui il sindacato del giudice penale riguarda casi diversi da quelli della disapplicazione. Egli ha sottolineato con convinzione, così, la necessità di soffermarsi su entrambi gli aspetti e soprattutto di tenerli distinti poiché troppo a lungo la letteratura ha esaurito l'argomento dei limiti del sindacato del giudice penale nei limiti della disapplicazione. Sul punto, CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 3 e ss.; CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in STILE A.M., *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 81 e ss.

pubblica amministrazione in quanto tale, bensì come analisi di comportamenti attivi o omissivi riferibili ad una determinata persona fisica (pubblico ufficiale, incaricato di un pubblico servizio ma anche un soggetto comune) che li ha posti in essere.

Molto più spesso, infatti, il suo sindacato non riguarderà la disapplicazione, dovendo “semplicemente” verificare se una data situazione corrisponda o meno a quella penalmente rilevante descritta dalla fattispecie. In tutti questi casi, il profilo della disapplicazione si rivelerà, pertanto, del tutto inconferente.

La verifica da parte del giudice penale della legittimità dell'attività di un soggetto in nome della Pubblica Amministrazione, perciò, non è volta tanto - o soltanto - alla successiva disapplicazione dell'atto, quanto invece all'accertamento di un elemento della fattispecie delittuosa.

Il giudice opera, infatti, al fine di compiere la sua normale attività, controllando se si siano realizzati gli elementi costitutivi di una fattispecie tipica. Poiché sovente, in effetti, la fattispecie non è configurabile se non in presenza di un atto qualificabile, *latu sensu*, come “viziato”, è imposto al giudice di accertare la sussistenza, o meno, di tale elemento normativo. Egli potrà certo occuparsi della legittimità di un atto, ma non necessariamente allo scopo di applicarlo, quanto al fine di determinare se il fatto tipico previsto da una norma penale sia stato o meno realizzato.

In tal senso è oggi pacificamente orientata anche dalla giurisprudenza, la quale ha ammesso che il giudice penale in molti casi non deve disapplicare un atto quanto “deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale”¹⁶.

¹⁶ In tema di reati urbanistici, si veda tra le varie, Cass., III, 20.1.2009, n. 14504, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 4. 167, ove si osserva che: “Il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un

Pertanto, nell'ambito del sindacato del giudice penale è possibile individuare sia il tema del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo (che dianzi è stato fondato sul principio della separazione di autorità), che quello differente (prima ricondotto al principio della separazione dei poteri) del difficile equilibrio tra necessità di accertamento dei vizi di un atto al fine di stabilire l'avvenuta la realizzazione di un illecito penale e tra la salvaguardia della discrezionalità amministrativa.

Venendo a tale ultimo aspetto, nel tentativo di individuare i confini del sindacato del giudice penale in materia amministrativa (nel senso poc'anzi chiarito) occorre chiarire che diverse sono le forme in cui l'attività amministrativa può assumere rilievo in ambito penale.

La dottrina, da tempi ormai risalenti ¹⁷, ha posto correttamente in evidenza che diverse possono essere le funzioni rivestite dalla P.A. ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice di volta in volta in rilievo.

In particolare, si distinguono i casi in cui l'atto amministrativo può consistere nel mezzo di realizzazione della condotta criminosa, o nel presupposto della fattispecie (positivo o negativo, a seconda che la sua presenza ovvero la sua assenza siano essenziali ai fini della configurabilità

intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal titolo abilitativo; nel caso di accertata difformità da disposizioni legislative o regolamenti, ovvero dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici, non si verifica una " disapplicazione ", da parte del giudice penale, dell' atto amministrativo concessorio in quanto il giudice , qualora come presupposto o elemento costitutivo di una fattispecie di reato sia previsto un atto amministrativo ovvero l'autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale e non limitarsi a verificare l'esistenza dell' atto o provvedimento amministrativo".

¹⁷ ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969, 20 e ss.

del reato) ovvero, ancora, in un riferimento esterno per la qualificazione di alcuni elementi del reato. L'atto, infine, può presentare anche efficacia esimente, ove espressamente previsto.

In buona sostanza, le fattispecie più frequentemente realizzabili saranno quelle in cui l'atto entra a far parte della struttura del reato: potrà trattarsi sia di condotte attive che omissive, nel caso in cui sia proprio la mancanza di un dato atto o comportamento amministrativo a rendere illecita la condotta del soggetto attivo. Il provvedimento, in queste ipotesi, viene ad assurgere al ruolo di "elemento costitutivo negativo" ovvero di "presupposto negativo" della fattispecie, a seconda che la mancanza dell'atto sia espressamente tipizzata nella descrizione del reato ovvero che costituisca solamente l'antecedente logico, affinché una determinata condotta possa essere qualificata come abusiva o ad esempio arbitraria¹⁸.

In un altro insieme di casi, invece, l'atto può diventare la fonte del dovere giuridico la cui inosservanza costituisce la condotta illecita penalmente sanzionata, come nel caso di tutte quelle fattispecie in cui il fatto tipico consiste nella violazione di un provvedimento amministrativo¹⁹.

Ancora, in una terza tipologia di reati è proprio l'atto - o la sua mancanza - a costituire la condotta criminosa: essa si

¹⁸ Tali sono, ad esempio, le fattispecie che sanzionano alcune attività "senza licenza" o "senza autorizzazione dell'autorità", così come quei reati in cui si desume la necessità della presenza dell'atto autorizzativo dal fatto che l'attività viene descritta come compiuta "abusivamente" o "arbitrariamente".

¹⁹ Esempio tipico di questa ipotesi è rappresentato dalla contravvenzione dell'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità di cui all'art. 650 c.p., secondo alcuni emblema delle cd. norme penali in bianco, la quale commina l'inosservanza di "un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene".

sostanza appunto nel compimento o nell'omissione di tale atto²⁰.

Inoltre, possono distinguersi i casi in cui l'atto esaurisce la condotta tipica (come accade nell'art. 328 c.p., sia con riferimento alla precedente formulazione che nell'attuale posteriore al 1990), da quelli in cui è necessaria la sussistenza di ulteriori elementi caratterizzanti (quali la illegittimità dello stesso²¹).

Così identificate le varie forme in cui l'attività amministrativa assume rilevanza ai fini del diritto penale, il problema ulteriore consiste nel tracciare i limiti alla valutazione consentita al giudice sull'*agere* della pubblica amministrazione, interrogandosi su quali siano i vizi dell'atto astrattamente conosciuti dal giudice penale (di legittimità o di merito), con particolare riferimento all'annosa questione della sindacabilità del vizio dell'eccesso di potere.

²⁰ Il riferimento più immediato pare essere, chiaramente quello del delitto di rifiuto o omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. Si vuole evidenziare, tuttavia, che non tutta la dottrina è concorde nel considerare l'art. 328 c.p. comma 2 uno dei casi in cui la condotta si realizza tramite il compimento dell'atto o la sua omissione. In effetti, vi è stato chi ha evidenziato che mentre per l'art. 328 comma 1 non si pone alcun problema, per il comma 2 il soggetto attivo è punito se oltre a non compiere l'atto non espone le ragioni del suo ritardo. Per questo alcuni hanno preferito sostenere che in questo caso il provvedimento concorra a definire la norma: così, DASSANO F., *Il delitto di rifiuto ed omissione in atti d'ufficio*, Torino, 1992, 130 e ss. Più convincente, a parere di chi scrive, pare tuttavia l'opposta impostazione per cui anche nel comma 2 l'atto sia una modalità di realizzazione della condotta, pur se accompagnato anche dalla mancata esposizione delle ragioni del ritardo.

²¹ Così, per esempio, accade per il delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., ove l'atto amministrativo può costituire elemento di realizzazione della condotta solo ove esso integri una violazione di legge ovvero un'omissione di astenersi (sussistendo gli ulteriori elementi costitutivi descritti dalla fattispecie). Nell'art. 323 c.p., però, l'atto amministrativo può consistere anche nello stesso evento di danno ingiusto o di vantaggio patrimoniale ingiusto. L'atto comunque può rappresentare la condotta tipica anche in altri reati contro la pubblica amministrazione: si veda, infatti, il delitto di peculato (art. 314 c.p.), ove l'appropriazione può ben verificarsi per il tramite del compimento di un atto amministrativo.

Il problema del limite del sindacato del giudice penale ha suscitato soprattutto in passato, prima della riforma del 1990, un forte dibattito dottrinale dal quale sono emersi diversi orientamenti ermeneutici²².

Se, invero, è pacifica l'inammissibilità di una intrusione *tout court* del giudice penale nell'esercizio della funzione amministrativa, sarebbe tuttavia miope una lettura tanto restrittiva della separazione dei poteri da inibire *in toto* un intervento del giudicante qualora l'atto amministrativo sia chiamato ad "integrare" il precetto penale, così dispiegando i propri effetti anche ai fini dell'incriminazione.

Di qui nasce l'esigenza di dotare il giudice di un potere che gli consenta di prendere cognizione dell'atto amministrativo e, ove ne accerti la non conformità alla legge, di non applicarlo ai fini della risoluzione della controversia *de qua*.

Pertanto, muovendo dalla presa d'atto della necessaria ammissibilità di un sindacato di tal fatta, storicamente si è ammessa la possibilità per il giudice penale, entro certi limiti, di disapplicare l'atto amministrativo di cui emerga (in via incidentale) l'illegittimità.

²² In tema di sindacato del giudice penale, *ex plurimis* si vedano: ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 764 e ss.; ALBAMONTE A., *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 213 e ss.; PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 7; CAMAIONI S., *Abuso innominato d'ufficio, sindacato del giudice penale ed illiceità speciale*, in *Arch. Pen.*, 1983; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 86; PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali; un primo sguardo d'insieme*, cit., 1990, 827; STILE A.M., voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, I, Torino, 1987, 134; TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999.

Sul punto si registra il tradizionale e serrato dibattito interpretativo volto, da un lato, a rintracciare il fondamento di tale potere di controllo di marca penalistica e, dall'altro, a delimitarne l'ambito applicativo.

In via di prima approssimazione, può dirsi che gli interpreti solevano, dapprima, ricondurre il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi al potere di disapplicazione riconosciuto al giudice ordinario dall'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo (l. 2248/1865), per poi approdare ad una soluzione ermeneutica più strettamente "penalistica", incentrata sul consueto vaglio "di tipicità" circa la sussumibilità del fatto concreto entro la fattispecie astratta²³.

In una prima fase, spintasi sino agli inizi degli anni '60, ha trovato piena adesione la tesi della portata generale in campo penale dell'istituto della disapplicazione.

Inizialmente, infatti, si tendeva ad applicare l'art. 5 l.a.c. in maniera generalizzata, anche al di fuori della sua naturale *sedes materiae*, volta a disciplinare i rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Tale tesi ermeneutica poggiava sul tenore letterale della disposizione richiamata che, prevedendo genericamente che "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi (...) in quanto siano conformi a legge", non pare distinguere a seconda della materia di riferimento, sicché nulla osterebbe – si opinava – alla sua applicabilità anche al giudice penale.

Tale indiscriminato ricorso al meccanismo disapplicativo se, da un lato, presentava il pregio di dotare il vaglio

²³ Sul punto, PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000. Giova, tuttavia, precisare che si tratta di un'evoluzione solo tendenziale, dal momento che ancora oggi è possibile rinvenire sparuti orientamenti pretori che seguono la linea interpretativa più risalente.

giudiziale di un'adeguata base normativa, dall'altro dava la stura a risvolti applicativi altamente problematici, soprattutto qualora la disapplicazione dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo producesse effetti *in malam partem* per il reo.

In particolare, la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale è foriera di effetti ora *in malam* ora *in bonam partem*, a seconda della natura di tale provvedimento. Ove, invero, il provvedimento sia di tipo restrittivo, la condotta contestata all'agente consiste nella inottemperanza al contenuto prescrittivo dell'atto, sicché ove emerga l'illegittimità dello stesso e la sua disapplicazione nel giudizio pendente, l'imputato andrebbe assolto difettando il presupposto del reato (i.e. l'atto asseritamente violato). Si pensi, a titolo esemplificativo, alle fattispecie che incriminano le condotte violative di "ordini" emanati dall'autorità, quali il cd. daspo (art. 6, co. 2, l. 401/89), il provvedimento di espulsione in materia di immigrazione (art. 14, co. 5-ter d.lgs. 286/95) ovvero il provvedimento "per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene" la cui violazione integra la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.

Ebbene, è evidente come in siffatte ipotesi la disapplicazione del provvedimento restrittivo escluda l'integrazione della fattispecie criminosa, così producendo effetto favorevole per il reo.

Viceversa, a conclusioni opposte si giunge qualora il provvedimento disapplicato sia di natura non restrittiva, bensì ampliativa. In tali ipotesi, infatti, la condotta incriminata consiste nell'aver assunto un comportamento in assenza di un atto amministrativo "permissivo", di tal che ove il provvedimento originariamente esista, ma il giudice

penale ne accerti l'illegittimità disapplicandolo, tale operazione si traduce in un ampliamento dell'ambito operativo della fattispecie anche alle ipotesi di atto esistente ma illegittimo, con evidenti ripercussioni *in malam partem* per l'imputato.

Ne consegue che, se la disapplicazione *in bonam partem* non pone problemi ulteriori rispetto a quelli (trattati in apertura del presente capitolo), di ordine generale, inerenti ad una legittima ripartizione dei poteri tra Autorità giudiziaria ed amministrativa, al contrario quella *in malam partem* produce distorsioni difficilmente accettabili, giungendo ad indebite estensioni analogiche e retroattive ai danni del reo²⁴.

La reazione a tali critiche si è sostanziata, in una seconda fase²⁵ dell'iter evolutivo in esame, in una netta divaricazione di posizioni dottrinali e giurisprudenziali, tale da condurre ad una progressiva fuga dall'art. 5 l.a.c., misuratasi sul banco di prova dei reati edilizi²⁶.

²⁴ Per le aspre critiche sollevate dalla dottrina del tempo, si veda per tutti GROSSO V., *I reati previsti nell'art. 17 della l. 10 del 1977 e successive modificazioni e integrazioni (difficoltà interpretative e prospettive di riforma)* in *Cass. Pen.*, 1984, 743-744.

²⁵ ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 764; INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I, 8.

²⁶ Terreno di elezione del contrasto circa l'ammissibilità di un potere disapplicativo *in malam partem* del giudice penale è rappresentato dalla materia edilizia, ambito privilegiato di emanazione di atti amministrativi ampliativi.

Ed invero, è noto come l'attività costruttiva consentita ai privati sia per lo più non libera, bensì assoggettata alla gestione amministrativa dell'assetto del territorio, la quale consta di una pluralità di atti autorizzativi volti a contingentare l'attività edilizia e a verificarne la conformità agli strumenti di regolazione urbanistica.

Ebbene, ove il privato realizzi un intervento edilizio in assenza del necessario titolo abilitativo prescritto dalla legge, a seconda della tipologia di "abuso" potrà ritenersi integrata una delle fattispecie delittuose già previste dalla legge cd. Bucalossi (l. 10/1977), poi rifluite nella l. 47/1985 ed oggi previste dal Testo Unico dell'Edilizia, d.P.R. 380 del 2001.

In dottrina, invero, si è optato per una ricostruzione dogmatica del tema che distingue nettamente le singole ipotesi di rilevanza dei provvedimenti amministrativi nel sistema penale, onde pervenire a soluzioni differenziate a seconda dei casi.

Segnatamente, il contrasto interpretativo ha riguardato la possibilità di ritenere integrato il reato di costruzione in assenza della concessione edilizia (*ex art. 17 lett. b) legge Bucalossi, oggi art. 44 lett. b) d.P.R. cit.*), anche in caso (non di mancanza, bensì) di mera illegittimità del titolo edilizio.

Nulla quaestio in ordine alla condotta di chi inizi o prosegua i lavori a seguito dell'annullamento del provvedimento: costui incorre certamente nel reato di costruzione senza permesso al pari di chi effettui le medesime attività in forza di un titolo non più efficace.

Diverso il caso, invece, in cui tale illegittimità venga incidentalmente accertata dal giudice nell'ambito del processo penale.

Sul punto, sin dai primi anni di vigenza di detta normativa urbanistica si registrava un acceso contrasto interpretativo, nell'ambito del quale si contendevano il campo due opposte impostazioni.

Un primo indirizzo, secondo la predetta vocazione "generalizzante" dell'art. 5 l.a.c., riteneva che il giudice penale, accertata l'illegittimità della concessione (oggi autorizzazione) edilizia, dovesse disapplicarla in quanto *tout court* improduttiva di effetti, sicché la stessa andava ritenuta "tamquam non esset", anche ai fini penali.

Tale impostazione si traduceva, evidentemente, in un ampliamento della fattispecie incriminatrice di cui all'allora vigente art. 17 legge cit. al di là della previsione letterale, che incriminava espressamente le sole costruzioni realizzate in assenza di titolo abilitativo, e non anche in presenza di titolo illegittimo.

L'equiparazione tra assenza di concessione edilizia e illegittimità della stessa e il conseguente potere di disapplicazione del provvedimento illegittimo attribuito al giudice penale conduceva ad esiti applicativi eccessivamente rigorosi sicché, in un'ottica di giustizia sostanziale, si tentava di apportare un temperamento valorizzando l'elemento soggettivo, scusando l'ignoranza del costruttore che avesse senza colpa confidato nella legittimità dell'attività amministrativa. Non a caso, proprio una controversia in questa materia ha dato adito alla questione di legittimità costituzionale sfociata nella storica sentenza della Consulta n. 364/1988.

L'indirizzo in parola, sebbene temperato nei termini suddetti, era tuttavia avversato da quanti ritenevano che conducesse ad una patente violazione del principio costituzionale di tassatività e riserva di legge in materia penale, nella misura in cui estendeva analogicamente (ed *in malam partem*) una fattispecie criminosa dal legislatore prevista per la sola costruzione in assenza di titolo, e non anche in caso di titolo illegittimo.

Pertanto, un secondo orientamento ermeneutico ammetteva l'equiparazione della concessione illegittima all'assenza di concessione soltanto quando la illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto cui è indirizzato, vale a dire quando la concessione fosse frutto dell'attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la consegue o per concorso di entrambi.

Si è distinta, in primo luogo, l'ipotesi in cui l'atto amministrativo operi direttamente e dall'esterno sulla fattispecie criminosa, dispiegando i suoi effetti tipici sul sistema penale (rilevanza cd. diretta o dall'esterno dell'atto), da quella in cui lo stesso operi solo indirettamente nel sistema penale, dall'interno della fattispecie²⁷ (rilevanza cd. indiretta o interna).

Corollario di tale distinzione, sarebbe l'applicabilità del meccanismo della disapplicazione ai soli casi di rilevanza diretta (esterna) dell'atto amministrativo, in quanto qui il provvedimento opera direttamente sulla fattispecie penale e *ab externo* rispetto ad essa, sicché il giudice ha una cognizione in via principale dell'atto e lo disapplicherà ove lo ritenga illegittimo.

È a partire da tale orientamento, allora, che si è iniziato a dare autonoma rilevanza al concetto di sindacato del giudice penale rispetto al profilo della disapplicazione.

Tale assunto si è andato ancor più consolidando in una terza e successiva fase²⁸, in cui si è valorizzata la natura dell'accertamento del processo penale, interamente volto alla determinazione della valenza criminosa della condotta concretatasi (nelle suddette diverse forme) in un atto amministrativo. In effetti, sembra corretto riconoscere che, mentre la giurisdizione del giudice civile è caratterizzata dal dirimere controversie aventi ad oggetto situazioni giuridiche soggettive, il giudice penale non si occupi di diritti soggettivi ovvero di applicare o disapplicare un atto,

²⁷ Si è visto, in precedenza, come si individuino cinque ipotesi fondamentali di rilevanza interna dell'atto amministrativo, così schematicamente riassumibili: atto-presupposto; atto-reato; atto-oggetto; atto-scriminante; atto-circostanza.

²⁸ Così, CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, 1992; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 592.

bensì di stabilire se la condotta degli imputati, tramite un atto illegittimo, integri o meno il fatto previsto dalle norme incriminatrici.

4. Tra sindacato di merito e di legittimità. Le due vie seguite dal legislatore

Se è vero che, come visto in precedenza, deve ritenersi ormai definitivamente superato il risalente indirizzo ermeneutico che precludeva *in toto* al giudice penale di conoscere della legittimità degli atti amministrativi, ciò non può indurre a propendere per l'estremo opposto, vale a dire per una sindacabilità che non soffra alcuna limitazione.

Ed invero, come osservato in dottrina²⁹, il vincolo costituzionale del potere giudiziario alla legge³⁰ impone di ravvisare nelle scelte di merito amministrativo una soglia invalicabile da parte del giudice (tanto penale quanto amministrativo), in quanto esclusiva prerogativa della pubblica amministrazione legalmente predeterminata³¹.

Nei limiti in cui la legge prevede l'esistenza di un merito nell'azione della pubblica amministrazione con conseguente sfera di autonomia e libertà di apprezzamento, vi sarebbe un limite anche per il giudice penale, trattandosi di una zona franca da censure da parte di organi diversi da quelli istituzionalmente preposti alla specifica funzione del controllo della sua attività.

²⁹ In tal senso si veda, CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, cit., 81 e ss., ove egli sostiene che il sindacato è imposto “dalla sola, banalissima quanto insuperabile ragione che, altrimenti, il giudice non sarebbe in grado di accertare se, storicamente, il fatto previsto dalla norma incriminatrice si è realizzato o meno”.

³⁰ Art. 117, co. 2, Cost.: “Il giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

³¹ Si veda l'art. 34, co. 2, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo), che recita: “In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

Secondo tale formulazione, dunque, il chiaro confine apposto al sindacato del giudice penale sarebbe costituito dal merito.

Il “controllo di merito” consisterebbe in un atto dell’amministrazione che comporta, per sua natura, sempre una sostituzione al criterio di giudizio espresso dall’amministrazione nel suo atto; non si potrebbe ritenere che siffatte attività siano contemporaneamente consentite sia all’amministrazione che al giudice: oltretutto questi interverrebbe solo a posteriori per applicare le norme penali e senza poter rimuovere gli effetti giuridici prodotti dall’atto. In presenza di un potere discrezionale, così, a tenore della dottrina in parola, sarebbe ammesso un sindacato solo nel caso in cui vi sia stata un’espressa violazione di legge ovvero si evidenzi una cd. “illegittimità (o ingiustizia) manifesta”³². Per tutti gli altri casi l’indagine del giudice penale dovrebbe limitarsi all’ambito della legittimità.

Nonostante il fascino di tale impostazione, sembra tuttavia più aderente al vero l’impostazione che, con uno sforzo chiarificatore, riconduce le colonne d’Ercole del sindacato giudiziale alla sola distinzione tra merito e legittimità, nel senso di ritenere precluso al giudice penale un giudizio sull’opportunità delle scelte degli amministratori, e consentirlo invece sulla legittimità. Si tratta, a ben vedere, delle stesse conclusioni cui era giunto l’orientamento appena richiamato, senza però abbracciare l’idea di un sindacato sulla cd. illegittimità manifesta anche nel merito. Pertanto, ove il potere discrezionale sia stato esercitato mediante la violazione di un’espressa violazione di legge,

³² CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, cit., 103 e ss.

non occorrerà ravvisare un'ipotesi eccezionale di sindacato nel merito, ma semplicemente si tratterà di un atto illegittimo per violazione di legge, in quanto tale già sindacabile. In ordine, invece, al secondo caso, di "manifesta ingiustizia", sembra che si tratti di un concetto che concretamente trova una difficile applicazione: individuare cosa possa essere ritenuto manifestamente ingiusto e che cosa non possa esserlo, riaprirebbe in definitiva quella sfera di discrezionalità giudiziale che si vuole invece ridurre, tranne che non si voglia far riferimento davvero in soli casi così lampanti e criminosi *ictu oculi* da essere in definitiva del tutto rari. Preme però evidenziare, in ordine al merito ed alla preclusione di un sindacato sullo stesso, che - come si è rilevato precedentemente - il concetto del merito è andato via via riducendosi nel tempo a causa dell'interpretazione conferita allo stesso da dottrina e giurisprudenza, le quali hanno progressivamente finito per assottigliare quell'area di cd. intangibilità amministrativa a favore della sfera della legittimità sindacabile in sede penale.

Quanto allo specifico ambito del vaglio di legittimità, si pone poi il diverso e noto problema dell'eccesso di potere, vizio che si presta a fungere da grimaldello per aprire le porte ad un sindacato nella sfera della discrezionalità amministrativa.

Per questo motivo, a lungo la dottrina ha tentato di costruire delle letture sulla base delle quali sostenere che sarebbe stato precluso al giudice un accertamento di tale vizio di legittimità. In verità, per quanto pericoloso possa apparire un sindacato sull'eccesso di potere, si ritiene che, in assenza di limiti normativi, compito del giudice sia quello di dover applicare le norme penali secondo la delimitazione fornita

dalla singola fattispecie incriminatrice di volta in volta rilevante.

Saranno, pertanto, le singole norme a dettare una linea guida per il giudice, tramite una selezione delle condotte nell'area del penalmente rilevante ed una sufficiente definizione dei concetti che garantiscano un adeguato grado di tipicità alla norma. Va da sé, allora, che tanto maggiore sarà la determinatezza nella descrizione del fatto tipico, tanto minore sarà la sfera di discrezionalità lasciata al giudice.

La risposta normativa ai molteplici problemi finora evidenziati in materia di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, non è stata dunque quella di approcciarsi all'argomento in modo trasversale, individuando dei limiti al sindacato giudiziale in via generale per tutti i reati. Si è scelto, invero, di non effettuare un intervento chiarificatore o definitorio sul punto, ma di percorrere la diversa strada di intervenire specificamente sulle singole fattispecie, modificando in particolare quelle ipotesi che più delle altre davano luogo ad abusi e a supplenze giurisprudenziali.

Si è preferito, così, non senza strali critici da parte di autorevole dottrina³³, riscrivere i singoli delitti, con interventi mirati ai diversi reati, nel tentativo di definirli e di selezionare a monte le possibili condotte penalmente rilevanti, dotandole di maggiore determinatezza.

Tale approccio differenziato, benché foriero di accesi dibattiti interpretativi, presenta tuttavia il pregio di scongiurare le ancor più complesse questioni che

³³ In questi termini si è espresso CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale*, cit., 109. L'autore critica così questa via, ritenendola "insufficiente (benché, comunque necessaria, data la eccessiva ampiezza e la possibile conseguente ambiguità di interpretazione di talune fattispecie)", sottolineando quanto più univoca sarebbe stata la scelta di una trattazione politico-generale.

deriverebbero dalla necessità di applicare uno schema teorico generalizzante alle proteiformi manifestazioni dei casi concreti.

Si condivide, pertanto, l'inversione di prospettiva per cui, piuttosto che individuare astrattamente su quali casi e quali vizi l'indagine giudiziale non possa a priori spingersi, bisogna predeterminare quali condotte selezionare, marcando nettamente l'area del penalmente rilevante.

Solo così il sindacato del giudice penale troverà il suo limite, costituito proprio da tali condotte, ben distinte da quelle in cui gli sarà preclusa l'indagine: si tratterà, cioè, dei comportamenti che non presentano interesse penalistico ma che, al più, potranno assumere rilievo dal punto di vista di legittimità amministrativa o di sanzioni disciplinari.

In un senso simile, si era già espresso autorevolmente Padovani³⁴, subito prima della riforma del 1990. L'Autore suggestivamente definiva il sindacato del giudice come una "invadenza giudiziale", di due tipi, cd. primaria e secondaria³⁵. Egli affermava così che la strada da percorrere era quella di creare fattispecie determinate e ben costruite attorno a note di disvalore pienamente corrispondenti alle esigenze di tutela. Tuttavia, l'autore aggiungeva anche che per contrastare tale forma di invadenza cd. primaria, serve molto di più di fattispecie solide e ben costruite, essendo piuttosto necessario un sistema amministrativo nitido e trasparente, nel quale vi siano "leggi e disposizioni chiare, apparati efficienti, strumenti congrui e precisi,

³⁴ PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 88 e ss.

³⁵ Per "invadenza primaria" l'autore si riferisce a quella forma di ingerenza giudiziale che si esprime con l'attivazione dei meccanismi processuali; la secondaria, invece, si realizzerebbe con la condanna di comportamenti ritenuti abusivi, cui sia stato con ciò stesso negato il carattere di attività amministrativa.

escluderebbero di per sé l'invadenza del giudice, perché il processo potrebbe per lo più definirsi, per gli onesti, prima ancora di cominciare, mentre lo spazio di manovra dei profittatori, oggi pressoché sconfinato, si ridurrebbe entro limiti ben più angusti e temibili”³⁶.

4.1. La rigorosa delimitazione dell'elemento oggettivo ed il rafforzamento dell'elemento soggettivo

Procedendo ad un'analisi delle modalità di intervento del legislatore per definire i confini del vaglio del giudice penale in relazione all'attività amministrativa, la prima via seguita è stata quella di delimitare (quantomeno negli intenti) l'elemento oggettivo della fattispecie delittuosa, descrivendo le condotte secondo i crismi della precisione e determinatezza, così tendenzialmente accentuando il carattere frammentario e selettivo dell'incriminazione.

Sotto questo profilo, dunque, si possono innanzitutto ricordare l'abrogazione del peculato per distrazione *ex art.* 314 c.p. e dell'interesse privato in atti d'ufficio di cui all'art. 324 c.p., nonché la riformulazione del rifiuto ed omissione in atti di ufficio di cui all'art. 328 c.p. e la progressiva (e tortuosa) modifica del delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

In particolare, come noto e come meglio si vedrà con specifico riferimento al delitto di abuso d'ufficio³⁷, si è proceduto a tali abrogazioni allo scopo di porre rimedio alla congenita incertezza dei confini di dette fattispecie, spesso

³⁶ Così, PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 94.

³⁷ Si vedrà, invero, come negli anni l'art. 323 c.p. sia stato progressivamente delimitato sia dal punto di vista dell'elemento oggettivo – sul piano della condotta e dell'evento – sia di quello soggettivo.

indeterminate, costruite mediante il rimando ad elementi connotati da estrema genericità ed ambiguità semantica.

Quanto, infine, alla seconda modalità di intervento legislativo sulla perimetrazione dell'area penalmente rilevante, si è talora proceduto ad un "rafforzamento" dell'elemento soggettivo, con ciò intendendosi la previsione, quale elemento costitutivo del reato, del perseguimento di una particolare finalità.

In tal modo è avvenuto, per quanto in questa sede rileva e come a breve si dirà, nell'art. 323 c.p., ad opera della L. 234/97, che ha introdotto il *novum* dell'elemento soggettivo nella più intensa forma del cd. dolo intenzionale.

CAPITOLO II

L'evoluzione storica dell'abuso d'ufficio

SOMMARIO: 1. L'iter tassativizzante della “valvola di chiusura” del sistema dei reati contro la P.A. 2. L'abuso di potere nelle codificazioni ottocentesche, quale prevaricazione a danno dei cittadini. 3. Il volto autoritario dell'abuso “innominato” d'ufficio nel Codice Rocco: l'arretramento della soglia di punibilità. 4. Il primo tentativo di descrizione della fattispecie: la nuova centralità nel sistema ridisegnato dalla legge n. 86/1990. 5. Il secondo tentativo: la legge n. 234/1997 alla ricerca di un equilibrio tra determinatezza descrittiva ed effettività della tutela. Dall'abuso di potere alla violazione del dovere. 6. La lettura giurisprudenziale del tipo: violazione di legge e vizio di eccesso di potere; violazione dell'obbligo di astensione. 7. Il terzo (e ultimo?) tentativo: il decreto “semplificazioni” (d.l. 76/2020).

1. L'iter tassativizzante della “valvola di chiusura” del sistema dei reati contro la P.A.

I delitti contro la pubblica amministrazione, per il loro naturale ed intimo rapporto di connessione con il tipo di ordinamento in cui si inseriscono e con la struttura che un organismo statale, proprio attraverso l'ordinamento di cui si dota, assume in un determinato momento storico, sicuramente non rientrano in quel “nucleo” costante del Diritto penale³⁸, quel complesso di delitti, cioè, da sempre presente in ogni sistema punitivo, indipendente da

³⁸ MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 2001, p. XXVII e ss.

valutazioni contingenti di carattere politico ed indifferente rispetto ai presupposti economico-sociali di una società (delitti contro la vita; delitti contro il patrimonio); rientrano a pieno titolo, ne rappresentano forse il paradigma, invece, in quel novero di variabili storiche, fortemente condizionate dalla particolare fisionomia che assumono il contenuto e l'organizzazione di un dato potere statale (assolutistico, liberale, democratico), e che dipende sia dall'assetto che si realizza tra i vari organi attraverso cui tale potere viene esercitato (separazione dei poteri, struttura verticale oppure orizzontale della tripartizione), sia dai rapporti tra il potere, largamente inteso, ed i singoli individui che formano la compagine sociale di riferimento (stato di diritto, stato sociale di diritto).

Ne deriva che una ricerca volta a rintracciare, nei precedenti sistemi normativi, figure delittuose che possano considerarsi gli antesignani del moderno abuso d'ufficio, non può che prendere le mosse a partire dal periodo storico in cui comincia a definirsi e distinguersi dal complesso delle funzioni "sovrane", un concetto di pubblica amministrazione che, pur nelle sue multiformi e variabili configurazioni, diventa comunque il dato preordinante rispetto al quale ogni tipo di valutazione risulta condizionata. In un periodo in cui non pare corretto neanche parlare al plurale di poteri, poiché non è in alcun modo individuabile una linea di demarcazione netta che permetta di distinguere, fra le complessive funzioni tutte raccolte nelle mani del sovrano, quantomeno un astratta tripartizione, non trova spazio alcuno un sistema di incriminazioni attraverso cui possa attuarsi un controllo giurisdizionale su una attività pubblica esercitata in violazione di regole precostituite, più o meno precise. Il

monarca è legislatore unico, giudice supremo, detentore di tutto il complesso di attività (in particolare di polizia) attraverso cui si esercita il potere di governo: il Re, in veste di giudice, dovrebbe controllare il suo operato, e attraverso le regole di cui egli stesso si è dotato. A maggior ragione non può ipotizzarsi una censura delle condotte abusive nell'esercizio della funzione amministrativa quando queste si risolvano in una prevaricazione ai danni dei consociati, e non in un mero sfruttamento dell'"ufficio" per fini privati. Nello Stato assolutistico il singolo non può vantare alcuna pretesa nei confronti del potere pubblico, non può, in verità, definirsi neanche cittadino. L'individuo è propriamente un suddito, ed il suo spazio di libertà nella società non rappresenta che una "graziosa" concessione da parte del Sovrano, che può, in qualunque momento, attraverso il suo apparato militare, riaffermare e ribadire il carattere assoluto del suo potere nei confronti di chiunque.

In definitiva, durante l'*Ancien Règime* piuttosto che di pubblica amministrazione, di separazione dei poteri, di controllo giurisdizionale, di regole di esercizio delle pubbliche funzioni, pare più corretto parlare di istituzione monarchica che raccoglie in sé tutte le attribuzioni politiche, amministrative e giudiziarie, sicché il novero delle condotte punibili perché contrastanti con l'esercizio di tali attribuzioni risulta tutto riconducibile ai delitti di lesa maestà (o più in generale al gruppo cd. di crimenlese, che raccoglie, oltre la lesa maestà propriamente detta, anche l'alto tradimento e la turbativa di pubblici poteri³⁹).

³⁹ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 4

2. L'abuso di potere nelle codificazioni ottocentesche, quale prevaricazione a danno dei cittadini

L'abuso del funzionario pubblico è stato storicamente inteso, sin dal Codice Napoleone del 1810, passando attraverso il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, e per giungere, infine, al Codice Zanardelli⁴⁰ del 1889, quale forma di prevaricazione⁴¹ del potere esecutivo contro le emergenti libertà individuali dei cittadini.

La caratterizzazione dell'abuso di ufficio nei codici ottocenteschi, si rinveniva nella strutturazione del delitto nelle forme dell'abuso di autorità, quale "angheria" del potere pubblico verso i nascenti diritti civili dei consociati, e contemplava, quale presupposto indefettibile della fattispecie, un atto arbitrario quale condotta modale dell'agire del pubblico ufficiale, e più raramente recava la dovuta attenzione al, ugualmente sentito, e costantemente emergente, fenomeno del clientelismo affaristico.

Con la norma contenuta nell'art. 175 del Codice Zanardelli del 1889⁴², più specificamente, si assisteva ad una omogeneizzazione tra differenti condotte di abuso di

⁴⁰ Nel Codice per lo Regno delle Due Sicilie, all'art. 234, si disponeva: «Ogni ufficiale pubblico o impiegato che comanda o commette qualche atto arbitrario, sia contro la libertà individuale sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, sarà punito colla interdizione dalla carica da un anno a cinque. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato, l'ufficiale pubblico che lo comanda o commette sarà inoltre punito colle relegazioni, salve le pene maggiori nei casi stabiliti dalle leggi», cfr. *Codice per lo Regno delle due Sicilie, parte seconda, leggi penali*, Rist. anast., Padova, 1996, p. 56.

⁴¹ Sul punto Carrara riteneva l'abuso di autorità una «garanzia contro i poteri temuti, ovvero di difesa dei cittadini dalle aggressioni alla libertà fisica e morale poste in essere dai pubblici funzionari», così GARGANI A., *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1224 ss.

⁴² L'art. 175 del Codice Zanardelli così disponeva: «Il pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, ordina o commette, contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno, e qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione».

autorità, prevedendosi la sanzione penale, sia per la condotta del “pubblico ufficiale che abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge”, sia per la condotta del funzionario pubblico “qualora agisca per un fine privato”.

Il reato di abuso di ufficio, nella versione suddetta del 1889, si preoccupava non solo di inibire tutte quelle condotte (indeterminate) di abuso che fossero finalizzate all’esercizio di un potere indebito di ingerenza e sopruso verso, ed in contrasto, ai diritti dei privati cittadini, ma anche di salvaguardare gli interessi economici dei privati e della stessa Pubblica Amministrazione allorché l’azione di abuso fosse stata adottata per il perseguimento del fine privato clientelare.

La norma venne costruita quale reato di danno, e ciò trovava conferme esplicite nella *ratio* sottostante tesa ad evitare le vessazioni a cui i privati venivano esposti dall’agire incontrollato dei pubblici ufficiali, che non trovassero già adeguata forma di sanzione in altre fattispecie di reato più specifiche e nominate. Ed infatti, la fattispecie di cui all’art. 175 del Codice Zanardelli apriva alla concezione, consolidatasi nel tempo, della norma relativa all’abuso di ufficio quale norma di chiusura dell’intero sistema, ed a tutela degli abusi innominati, da invocarsi quale condotta modale “aspecifica” dell’agire illegittimo ed abusivo del funzionario pubblico.

E così sin dalla sua nascita, in culla, l’abuso di ufficio (di autorità) venne aspramente criticato⁴³ per la eccessiva

⁴³ In dottrina MANNA A., *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, il quale rileva che già la fattispecie del 1889 presentasse un “difetto endemico di tipicità” al quale si cercò di

dilatazione dei contenuti precettivi della norma che, intesa e realizzata quale norma di chiusura, non garantiva alcun controllo predeterminato sulla ampia nozione di abuso e di arbitrarietà dell'atto. L'abuso di autorità sarebbe divenuto penalmente rilevante in ogni circostanza in cui l'atto assunto fosse stato arbitrario, e quindi, realizzato *non iure*, e ciò a discapito della esigenza di tipizzare le categorie di atti illegittimi assunti dal funzionario pubblico e da assimilare al concetto di arbitrarietà.

Si considerava arbitrario, in altre parole, tutto ciò che fosse contrario all'esercizio della funzione conferita al funzionario pubblico, e che, al contempo, nuocesse direttamente o indirettamente agli interessi e diritti dei privati, rimettendosi la valutazione circa la illiceità penale del fatto realizzato, proprio all'evento di danno patito dal privato.

La caratterizzazione della condotta illecita veniva, così, a confondersi con la evidenza *ex post* del danno subito dal privato interessato o coinvolto dall'azione abusiva del funzionario pubblico o, per altro verso, veniva assorbita dal vantaggio offerto al privato, nell'aver abusato dell'agire pubblico per finalità di favoritismo affaristico. Di qui la netta percezione che la norma incriminatrice dovesse ineluttabilmente procedere ad un drastico arretramento della propria soglia di punibilità e dovesse trasferire anche all'elemento psichico criteri di selezione dell'area del penalmente rilevante attraverso la indagine della finalità perseguita dall'agire infedele del funzionario pubblico. E così, come si vedrà *infra*, la disposizione normativa del

porre riparo ricorrendo alla nozione di atto arbitrario, comunque "sinonimo" di abuso, e al "modello del reato di danno".

Codice Rocco in materia di abuso di ufficio andrà a sostituire la nozione di atto arbitrario con quella di “fatto”.

3. Il volto autoritario dell’abuso “innominato” d’ufficio nel Codice Rocco: l’arretramento della soglia di punibilità

Prendendo atto del *deficit* di tipicità della norma di cui all’art. 175 del Codice Zanardelli, il legislatore del 1930 intervenne, *in subiecta materia*, cercando di ovviare alle vaghezze ed indeterminatezze, ancorando le condotte modali, in cui si estrinsecava l’abuso, alle categorie ed ai motivi di annullamento dell’atto amministrativo, secondo le regole proprie di tale ramo dell’ordinamento e la disciplina dei relativi vizi.

Si realizzò la nuova fattispecie incriminatrice mantenendone la natura giuridica di reato generico e sussidiario, confermandone la sua naturale funzione di chiusura, supplementare⁴⁴ rispetto a tutte le fattispecie incriminatrici che reprimevano abusi nominati di autorità. Così che l’abuso innominato di ufficio residuasse come ultimo baluardo del sindacato penale sull’agire del funzionario pubblico allorché si fosse abusato dei “poteri inerenti alle funzioni”. Così si prevede nell’art. 323 c.p. il seguente precetto normativo, che resterà invariato fino agli anni ’90: «Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non

⁴⁴ *Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 132 «L’opportunità, se non la necessità, d’una disposizione che configuri questo delitto sussidiario, appare indiscutibile. Senza questo titolo generico, supplementare, di delitto, rimarrebbero impuniti quegli abusi dei pubblici ufficiali, che non potessero farsi rientrare in alcuno dei titoli specifici di reato, con i quali si reprimono gli abusi nominati d’autorità»; in dottrina E. Contieri, voce *Abuso innominato di ufficio*, *Enciclopedia del diritto*, Vol. I, Milano, 1958, p. 190.

preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire ventimila a quattrocentomila».

In tal modo l'abuso di autorità si trasformò in abuso di potere convergendo l'attenzione del legislatore del 1930 sull'esame della condotta abusiva tenuta dal funzionario pubblico piuttosto che sul danno o sulla limitazione al diritto subito dal privato.

Apparve evidente che si fosse voluto tenere fuori dall'abuso di potere il diverso caso della usurpazione del potere, non conferito dalla legge al funzionario pubblico, richiedendosi per la realizzazione del fatto tipico del reato un cattivo uso di poteri realmente affidati al funzionario pubblico. Del pari emerse cristallina la *voluntas legis* di vincolare la prognosi sul giudizio circa la abusività della condotta al ricorrere di violazioni già passibili di sindacato in sede amministrativa per vizi di legittimità⁴⁵. E così si ritenne essere abuso di potere non solo la condotta che avesse ecceduto i poteri, per inosservanza delle formalità prescritte dalla legge nel suo esercizio, ma anche le forme di eccesso/abuso di poteri, rispettose delle formalità, ma relative allo sviamento nell'esercizio del potere discrezionale. In particolare, si tese a valorizzare la c.d. "arbitrarietà soggettiva" quale forma di eccesso di potere sintomatica del fenomeno per il quale il funzionario pubblico, pur agendo nel rispetto di ogni

⁴⁵ *Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale*, II, pp. 132 e 133 «Troppo vago e indeterminato appare il concetto di abuso di ufficio. Mi sembrò, in un primo momento, necessario precisare le forme nelle quali l'abuso si estrinseca, e cercai di ottenere la maggiore possibile compiutezza attingendo la nozione di tali forme dal diritto amministrativo, ossia dalla classificazione dei motivi di annullamento dei provvedimenti emessi da enti pubblici. Solo da tale classificazione può trarsi un esatto criterio per le previsioni e distinzioni di atti arbitrari del pubblico ufficiale, lesivi di interessi altrui [...] ho considerato che la formula tradizionale dell'abuso di potere rispecchi, in sintesi, con sufficiente esattezza tutte le varie possibilità di comportamento illegittimo del pubblico ufficiale [...]».

condizione formale prevista dalla legge per l'esercizio del suo potere, anche discrezionale, avesse agito o si fosse determinato ad agire per soddisfare uno scopo diverso da quello da perseguire a causa della funzione rivestita.

Sul punto della determinatezza del concetto di abuso dei poteri la Corte costituzionale non tardò a sdoganarne la legittimità costituzionale⁴⁶.

Da molti si dedusse pertanto un arretramento della soglia di punibilità del reato, poiché, nella volontà del legislatore del 1930, si scorse la intenzione di sottoporre a giudizio l'agire abusivo valorizzandosi in maniera assorbente il solo disvalore penale della condotta, piuttosto che il disvalore di evento, e quindi il danno provocato al privato dall'agire abusivo ed infedele del funzionario pubblico. La norma, in altre parole, sembrò porsi a contrasto di ogni forma di infedeltà ⁴⁷ del pubblico funzionario, mutando la prospettiva di tutela da quella relativa ed incentrata

⁴⁶ Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. cost.*, 1965, p. 50; in dottrina PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, il quale rileva che «l'abuso innominato [...] avrebbe, di lì a poco, superato anche il vaglio di legittimità. La Corte Costituzionale ritenne, infatti, che il concetto di abuso dei poteri inerenti le funzioni pubbliche fosse sufficientemente definito, essenzialmente perché basato sull'identificazione di un vizio di legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere».

⁴⁷ Ed infatti, nelle intenzioni del legislatore del 1930, si sarebbe dovuto introdurre nell'art. 329 c.p. una incriminazione specifica della infedeltà amministrativa *sub specie* di condotta del funzionario pubblico che si rendesse infedele nell'adempimento dei doveri dell'ufficio o del servizio, in modo da compromettere il prestigio o gli interessi della Pubblica Amministrazione. Tale intenzione fu fatta decadere poiché come si legge nella *Relazione Ministeriale su progetto del codice penale*, II, p. 135 «Si ritenne eccessivo, dopo le numerose disposizioni sugli abusi nominati e la previsione anche dell'abuso generico e innominato di autorità, dettare ancora altre norme di carattere generico e sussidiario in questa materia. Si osservò che la nuova disposizione, con la sua formula indeterminata e generica, poteva riuscire pericolosa, prestandosi alle esagerazioni di un eccesso di zelo nella persecuzione penale a tutela dei beni e interessi della pubblica amministrazione [...]»; in dottrina L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976.

sull'interesse/diritto del privato lesa, a quella di stretto interesse al buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, espressiva della concezione *egocentrica* dello Stato, propria di quel periodo storico dominato da culture nazionalsocialiste.

La eccezionale mole di possibili abusi di potere venne, però, a trovare adeguata limitazione attraverso la valorizzazione finalistica dell'agire abusivo del funzionario pubblico, tanto che si prevede l'elemento psicologico del dolo specifico consistente nel fine di "recare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio", da considerarsi, evidentemente già allora, ingiusto, di carattere patrimoniale e non ancora non patrimoniale.

E così per tale via accanto alla lesione, inevitabile e costante, del bene giuridico del buon funzionamento della Pubblica Amministrazione poteva, nel caso in cui il danno o il vantaggio si concretizzassero, aversi lesione del bene giuridico patrimoniale del privato.

Sotto altro profilo, il legislatore del 1930 preferì differenziare, dall'abuso di ufficio *stricto sensu* di cui all'art. 323 c.p., la connessa e problematica tematica del c.d. conflitto di interessi, prevedendo una disciplina *ad hoc* per l'infedeltà del funzionario pubblico proteso al perseguimento del proprio o dell'altrui interesse privato, collidente con l'esercizio del potere esercitato in funzione dell'ufficio rivestito. E così si disciplinò all'art. 324 c.p. l'interesse privato in atti di ufficio: «Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio

ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire quarantamila ad ottocentomila»⁴⁸.

Nella interpretazione originaria della norma, si postulò che il «prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione» significasse ritenere penalmente rilevante anche la condotta del funzionario pubblico protesa al soddisfacimento di un interesse privatistico nell'ambito, però, di un esercizio del potere che nella sua esplicitazione risultasse formalmente conforme alla legge. Ciò lasciò presagire la necessità, che in ipotesi siffatte, si dovesse indagare quale fosse il reale movente dell'agire del pubblico ufficiale, e se cioè vi fosse corrispondenza effettiva nel binomio, implicitamente presupposto dalla norma, atto legittimo-sfruttamento indebito della funzione, per giungere, in maniera non equivoca, a sanzionare la condotta assunta. Che, del resto, questa indagine, tesa a dimostrare il perseguimento dell'interesse privato, fosse particolarmente complessa, risultava evidente sia per la difficoltà *in re ipsa* di dimostrare tale finalità della volontà, soprattutto in quelle ipotesi che non fossero trasmodate in corruzione impropria, sia per la ulteriore ed assorbente considerazione che il pubblico ufficiale sarebbe stato tacciato, in caso di inazione per concomitante conflitto di interessi, di omissione di atti di ufficio, ed in ciò avrebbe potuto simulare, giustificandola, la spinta volitiva alla azione.

La tipicità della fattispecie apparve quindi del tutto carente non essendosi specificamente valorizzata, anche qui, la

⁴⁸In dottrina R. PANNAIN, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1965, I, p. 117; F. BRICOLA, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 72; C.F. GROSSO, *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966; D. SANTAMARIA, *La condotta punibile nell'interesse privato in atti di ufficio*, Napoli, 1965.

finalizzazione della condotta del funzionario pubblico verso la forma della prevaricazione e sfruttamento⁴⁹ della funzione esercitata, seppur nell'ambito della legittimità formale.

Prendere un interesse privato, allora, sarebbe dovuto diventare, per sanare tali profili di indeterminatezza della fattispecie, sinonimo di svolgimento del pubblico potere conferito dalla legge, esercitato in ossequio ai principi e condizioni formali e sostanziali regolatori del detto potere, in vista però di una finalità illecita privata propria od altrui. Era, da tale punto di vista, prossima l'emersione del tema del conflitto di interessi⁵⁰, essendosi da molti rilevato che non necessariamente l'interesse pubblico e quello privato dovessero trovarsi in conflitto l'uno con l'altro, essendo sufficiente la mera incompatibilità funzionale e la indebita ingerenza profittatrice⁵¹.

Che si trattasse solo di interesse privato in atti "legittimi" del funzionario pubblico, risultava evidente dalla netta differenziazione di questo caso da quello dell'interesse privato perseguito con la realizzazione di atti illegittimi, e cioè al di fuori del perimetro dei presupposti e connotati sostanziali e procedurali legittimanti l'esercizio del potere. L'essenza del disvalore penale della condotta di cui all'art. 324 c.p., risiedeva nel fatto del pubblico ufficiale che prendesse un interesse privato, e cioè, in definitiva, nell'obbligo di astenersi dall'esercitare, seppur a tanto

⁴⁹ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 16, che evidenzia: «fondamento comune tra le fattispecie di cui agli artt. 323 e 324 c.p. consistente proprio nella strumentalizzazione, o sfruttamento, del pubblico potere».

⁵⁰ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 16, che rileva: «Era, dunque, *in nuce*, la tematica del conflitto di interessi, pur se, a nostro sommesso giudizio, ancora sottovalutata, ma bisogna tenere anche conto del fatto che non si era a quel tempo "legislativamente" sviluppato il *pendant* privatistico dell'abuso di ufficio, ovverosia l'infedeltà patrimoniale».

⁵¹ Cfr. Cass. 30 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, p. 429; Cass. 9 gennaio 1979, in *Giust. pen.*, 1980, II, p. 676.

legittimamente abilitato, un potere conferito dalla legge, nei casi di possibile conflitto di interessi.

4. Il primo tentativo di descrizione della fattispecie: la nuova centralità nel sistema ridisegnato dalla legge n. 86/1990

Dopo anni di inerzia legislativa, nonostante fossero con il tempo divenute quasi unanimi e certamente ripetitive le opinioni della dottrina circa la necessità di un rinnovo dell'originario impianto dei delitti contro la p.a., oramai difficilmente adattabile rispetto al mutato del sistema statutale-amministrativo e non più in linea con i valori emergenti dalla Costituzione repubblicana, con la l. 26 aprile 1990, n. 86, che porta a conclusione un complesso iter parlamentare, il legislatore dà vita ad una delle più radicali ed importanti opere di revisione novellistica della parte speciale del codice, intervenendo su gran parte delle fattispecie contenute nelle disposizioni del capo primo e del capo terzo (quello relativo alle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio) del titolo relativo ai delitti contro la p.a.

Le scelte di fondo della riforma, e quindi gli obiettivi di politica criminale che quelle scelte hanno orientato, possono incanalarsi lungo due evidenti solchi: da un lato il legislatore si fa carico dell'esigenza di potenziare il controllo penale sull'operato della pubblica amministrazione, in particolare sulle condotte di ingiustificato arricchimento ottenuto attraverso la strumentalizzazione degli uffici, e di appropriazione delle risorse pubbliche, di fronte all'esponentiale crescita dell'affarismo e della corruzione, e di quel "melmoso" connubio, riscontrabile praticamente ad ogni livello di

gestione della cosa pubblica, tra il mondo politico e quello imprenditoriale, economico e finanziario largamente inteso. Sotto questo primo profilo, sintomatiche appaiono le modifiche attraverso le quali viene estesa la “legittimazione” attiva di talune fattispecie, anche all’incaricato di pubblico servizio (come nell’abuso d’ufficio o nella concussione), soluzione imposta anche dall’ampliarsi della sfera di intervento dello Stato in settori sempre più vasti della vita economica e sociale. Oltretutto, tale sviluppo non avviene secondo un preciso modello di organizzazione dei pubblici uffici, ed anzi diventano sempre più fluide ed ambivalenti le possibili forme di intersezione tra sfera pubblica e privata, circostanza che spiega come mai attraverso la riforma del '90 il legislatore abbia sentito l’esigenza di modificare anche le disposizioni inerenti alle qualifiche di pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio.

La seconda tendenziale linea guida della riforma, muovendosi in direzione opposta ma non incoerente rispetto alla prima, tende invece a ridurre l’ambito di rilevanza penale delle possibili condotte riconducibili ad alcune fattispecie la cui formulazione, estremamente elastica ed indeterminata, in patente contrasto con l’art. 25 co. 2 della Cost., aveva consentito una ricostruzione del volto dell’illecito penale tale da concedere un notevole spazio di manovra a favore dell’autorità giudiziaria e della sua discrezionalità interpretativa. Era proprio il caso dell’abuso d’ufficio, il cui ruolo fino ad allora marginale ne aveva relegato anche i relativi difetti di formulazione in posizione secondaria.

Dalla natura residuale, assegnata all’abuso di ufficio dal Codice Rocco, negli anni '90, si passò, con il primo

intervento di riforma avvenuto con la legge 26 aprile 1990, n. 86 di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., ad attribuire, differentemente dal passato, una posizione centrale ed assorbente al nuovo abuso di ufficio⁵².

La prima evidenza di ciò la si percepì attesa la incorporazione del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti di ufficio nella nuova fattispecie di cui all'art. 323 c.p., che per tale motivo andava a marcare lo spazio di tipizzazione normativa precedentemente ricoperto dalle due diverse norme degli artt. 323 e 324 c.p.

Non solo, ma si evidenziò un inasprimento della pena quale conferma dell'assorbimento nella stessa fattispecie di cui all'art. 323 c.p. della ipotesi delittuosa del peculato per distrazione, che appunto veniva espunto dall'art. 314 c.p.

La sussidiarietà della norma prevista in origine dal Codice Rocco venne limitata alle sole ipotesi di reato più gravi, con estensione dell'ambito di operatività del novellato art. 323 c.p. anche ai comportamenti omissivi del pubblico ufficiale, e la estensione soggettiva, di non poco momento, della ipotesi di reato anche all'incaricato di pubblico servizio con ampliamento fisiologico delle ipotesi penalmente rilevanti, attesa la possibilità di sussumere nella fattispecie gli atti assunti dall'incaricato di pubblico servizio, non tipicamente attribuiti alla competenza funzionale del pubblico ufficiale. E così l'art. 323 c.p. venne novellato con la seguente formula: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico

⁵² In dottrina T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 595 ss.; ed ancora T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, cit., p. 5, che ritiene: «L'art. 323 venne riformulato essenzialmente allo scopo di poter fungere da *legatario* di una parte delle condotte originariamente sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324 c.p., assicurando (almeno secondo le intenzioni) un filtro selettivo più adeguato a definire la loro offensività».

servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

La caratterizzazione della finalità della condotta, con l'introduzione dell'elemento psicologico del dolo specifico, fu il tratto tipico della prima riforma del 1990 poiché tese a valorizzare, da un lato, la natura del bene conseguibile all'esito della attività abusiva del funzionario pubblico, e dall'altro lato, a valorizzare il connotato della ingiustizia del risultato.

L'ingiustizia del danno o del vantaggio (patrimoniale e non) fu considerato elemento che aggiungeva alla fattispecie incriminatrice rilievi significativi, espressione diretta delle scelte di politica criminale, ostative e di rifiuto di quelle tese a punire per la mera infedeltà del funzionario pubblico che avesse agito adottando atti illegittimi. Il rifiuto si evidenziò allorché, si riconobbe che l'illegittimità dell'atto potesse qualificare ipotesi di abuso di ufficio penalmente rilevanti, solo alla condizione della finalizzazione alla realizzazione dell'evento del vantaggio o del danno *non iure datum*. Con la conseguenza che l'agire illegittimo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che non avesse finalizzazione o non avesse realizzato lo scopo ingiusto, veniva ad essere sottratto dall'area del penalmente rilevante, nel tentativo di recuperare profili di materialità alla fattispecie criminosa oramai abbandonati dai tempi remoti dello schema delittuoso dell'abuso prevaricatore ed

in danno del privato cittadino, proprio dei codici ottocenteschi.

Nella valutazione del profilo della ingiustizia, connotata in termini di illiceità speciale⁵³, si incentrò il giudizio di disvalore penale del fatto realizzato dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, tanto da ritenersi necessario, a tal fine, e per definire il contenuto precettivo dell'ingiustizia, ricorrere ad ogni criterio normativo per poter qualificare il risultato dell'azione abusiva come ingiusta, attraverso il fenomeno della etero integrazione del precetto penale.

In relazione al fine perseguito, al dolo specifico richiesto dalla novellata fattispecie dell'art. 323 c.p., si ebbe modo di comprendere che il legislatore avesse voluto, anche per meglio tipizzare la fattispecie, valorizzare le istanze punitive sottese al profilo dello sfruttamento dell'ufficio per il perseguimento di finalità diverse da quelle assegnate al funzionario pubblico in maniera istituzionale, e come detto, sminuire quelle espressive della mera infedeltà agli interessi della Pubblica Amministrazione.

La finalità della condotta penalmente rilevante venne caratterizzata dalla strumentalizzazione allo scopo privato della funzione rivestita (e dallo stesso agire *contra ius*) del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, in grado di assimilare, pienamente, il disvalore delle condotte

⁵³ In dottrina SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 136 ss., il quale rileva: «con la qualifica del profitto e del danno in termini di illiceità speciale, in quanto intrinsecamente ingiusti, si è vincolata la rilevanza penale dell'atto illegittimo all'ulteriore requisito secondo cui il risultato prodotto si riveli di per sé non *iure dato*. Da ciò, quindi, non deriva la necessaria ed automatica consequenzialità tra illegittimità dell'atto ed ingiustizia del profitto o del danno inferito, registrandosi un netto rifiuto dell'equivalenza *illegittimità-ingiustizia*: quest'ultima, infatti, sarebbe frutto di un'autonoma valutazione ispirata anche a criteri indiretti di riferimento ordinamentale».

di c.d. favoritismo affaristico, proprie del previgente art. 324 c.p., e di *distrazione per peculato*, espunte dalla norma in cui erano precedentemente contenute (art. 314 c.p.).

In particolare, la finalità non patrimoniale, che esitava dalla previsione normativa «procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale [...] arrecare ad altri un danno ingiusto», conteneva sia fatti di prevaricazione del potere pubblico in danno del privato, sia fatti di sfruttamento privato dell'ufficio per il conseguimento di vantaggi a carattere non patrimoniale. Viceversa, la finalità patrimoniale «procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale», esprimeva in tutta evidenza la *voluntas legislatoris* di reprimere quei fatti di c.d. favoritismo affaristico, in sé coinvolgendo le espunte condotte di peculato per distrazione.

La diversità dell'interesse, bene giuridico, coinvolto nelle ipotesi suddette aveva indotto parte della dottrina a ritenere le ipotesi del comma 1 del tutto disgiunte ed autonome da quelle del comma 2 dell'art. 323 c.p.⁵⁴, altra a ritenere il comma 2, invece, una circostanza aggravante.

Il *trait d'union* delle due fattispecie era però certamente collegato all'elemento psicologico del dolo specifico, lanterna lueggiante i profili di tipicità della rilevanza penale dei fatti di abuso di ufficio. L'attenzione si spostava sull'accertamento della volontà finalistica dell'agire infedele del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, tralasciandosi di determinare, con maggiore chiarezza, sia i profili relativi alla legittimità-illegittimità dell'azione assentita dal potere pubblico al funzionario, sia tralasciandosi il non marginale profilo di richiedere il

⁵⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, I, Appendice*, Bologna, 1991, p. 27; nello stesso senso cfr. App. Palermo, 29 maggio 1990, in *Foro it.*, 1990, II, p. 638.

concretizzarsi di un danno per la Pubblica Amministrazione e per il privato cittadino.

I filtri selettori della norma vennero esclusivamente affidati al dolo specifico, doppio dolo specifico nella specie, con evidenti ricadute sia sulla materialità del fatto di abuso, assolutamente indeterminato, e sia sulla previsione della realizzazione del danno del tutto assente, se non in termini di mera volontà perseguita⁵⁵.

Il deficit di tipicità diveniva, nuovamente, il vero problema riscontrabile nella novella normativa, primigenia, dell'abuso di ufficio del 1990, apparendo necessaria una migliore specificazione delle condotte penalmente rilevanti sia in termini di "abusività della condotta", *melius* dei criteri da utilizzare per rilevarne la illegittimità, sia in termini di concretizzazione delle conseguenze dannose⁵⁶.

La infelice tipizzazione normativa delle condotte di abuso penalmente rilevanti, l'estensione soggettiva della norma all'incaricato di pubblico servizio (e quindi l'ampliamento della fattispecie oggettiva agli atti non tipicamente riservati ai pubblici ufficiali), l'incorporazione per assimilazione delle fattispecie, sino ad allora distinte, di peculato per distrazione ed infine l'assegnazione al dolo specifico del compito di selezionare i comportamenti oggetto del divieto penale, condussero a ritenere particolarmente imprecisa la individuazione delle categorie di atti amministrativi da includere nel promiscuo concetto di "abusa del suo ufficio".

⁵⁵ V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 191 ss.

⁵⁶ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 24, rileva: «Il riconoscere, infatti, giustamente, che, nella ipotesi criminosa in esame, il fine di vantaggio o di danno ingiusto abbia un ruolo fondante la tipicità, significa anche rendersi conto di un *deficit* di tipicità quantomeno della condotta criminosa [...] una *qualificazione* [...] di un *contenuto della volontà* non corrisponde certo a una *realizzazione* della volontà stessa, che *resta tale: portatrice di uno scopo* che potrà realizzarsi oppure no, *senza alcuna rilevanza sul piano effettuale* [...]».

Dalla paventata necessità di meglio determinare gli atti con i quali il pubblico funzionario abusasse dei poteri inerenti alla propria funzione, di cui alla norma del 1930, si passò, probabilmente, con l'attribuzione al dolo specifico del peso eccessivo di tratteggiare la tipicità del reato di abuso di ufficio, a peggiorare, in termini di certezza del diritto, i profili di precisione descrittiva degli atti amministrativi, ed in generale dell'esercizio del potere, quali condotte modali della fattispecie dell'abuso di ufficio.

Pertanto, anche nell'ottica di dover adeguatamente ricercare le intenzioni o la finalità recondita nell'*agere* del pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, si profitò, da parte della giurisprudenza più incline a "creare" diritto, nel forzare le maglie del penalmente rilevante, e nella macrocategoria dell'atto amministrativo illegittimo per contrarietà alla legge o carenza di potere, si fece entrare anche lo sviamento di potere per eccesso, anche quando esercitato nel contesto di poteri discrezionali, con la manifesta intenzione di disvelare le reali intenzioni dell'*agere* del funzionario pubblico in condotte che potessero apparire formalmente legittime.

E così, per lungo tempo, proprio per ricercare le reali intenzioni, magari quelle recondite e maliziosamente simulate, si aprì al sindacato da parte del Giudice penale sul comportamento tenuto dal funzionario pubblico, anche nelle ipotesi in cui, come detto, le condotte e le scelte assunte sembrassero, *prima facie*, ineccepibilmente conformi alle regole dettate dalla legge per l'esercizio del potere conferito. Intenzioni recondite e "marce", contrarie all'interesse pubblico o agevolatrici, indebitamente, dell'interesse privato, perseguite dal soggetto agente attraverso lo sfruttamento del potere.

L'ampia sintomatologia⁵⁷ del carattere abusivo dell'*agere* del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che aveva accorpato alla illegittimità formale anche lo sviamento di potere per eccesso, sebbene tesa a confermare la evidenza dello sfruttamento del potere attraverso il filtro selettore del dolo specifico, lasciava spazi troppo ampi all'intervento sanzionatorio della autorità giudiziaria penale, come detto libera di sindacare anche le scelte discrezionali del funzionario pubblico.

In altre parole, proprio la ricerca del fine improprio o contrario all'interesse della Pubblica Amministrazione dilatava inesorabilmente l'area del penalmente rilevante in tema di abuso di ufficio, e determinava il sorgere di un ampio potere di investigazione della autorità giudiziaria penale che indussero il legislatore a intervenire con immediatezza con una nuova riforma espressiva delle preoccupazioni collegate alla *impasse* o cortocircuito in cui ci si era ritrovati.

5. Il secondo tentativo: la legge n. 234/1997 alla ricerca di un equilibrio tra determinatezza descrittiva ed effettività della tutela. Dall'abuso di potere alla violazione del dovere

Fino a tempi recentissimi l'art. 323 c.p. ha mantenuto, per più di un ventennio, con la riforma avutasi con la legge n.

⁵⁷ Cfr. Cass. 30 giugno 1993, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1277, per la quale «In relazione al delitto di abuso di ufficio, il vizio di violazione di legge costituisce, di regola, il sintomo della condotta di abuso, mentre l'illegittimità che designa l'atto in cui si esprime la condotta descritta nell'art. 323 c.p., è sempre rappresentata dallo sviamento di potere: dall'esercizio, cioè, del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, così, per un verso, da far conseguire all'atto uno scopo estraneo rispetto a quanto preordinato dalla norma e, per un altro verso, da realizzare una sorta di eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa predisposto», orientamento citato in A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 21.

234/1997, un volto ben definito, che però non è andato esente da critiche aspre e continue.

Nel tentativo di chiudere la falla apertasi a valle della riforma del 1990, con la quale, come detto, si dilatò eccessivamente l'area di rilevanza penale, attesa la particolare attenzione, rivolta dal legislatore dell'epoca, al fine/intento personalistico perseguito dal soggetto agente, con la riforma del '97⁵⁸ furono introdotti dei filtri selettori della fattispecie idonei, meglio che in passato, a circoscrivere le maglie slabbrate dell'abuso di ufficio.

Si valorizzò, pertanto, un profilo della condotta tipica a presidio della ingerenza, fino a quel momento troppo ampia, della magistratura penale sull'agire della Pubblica Amministrazione: la violazione di norme di legge o di regolamento⁵⁹ e l'omissione del dovere di astenersi in presenza di un conflitto di interessi. In tal senso si assistette al netto passaggio dall'abuso generico di potere alla violazione tipica di un dovere, da individuarsi, in prima

⁵⁸ In relazione all'abuso d'ufficio nella configurazione legislativa del 1997 la letteratura è vastissima: si veda ad es., oltre gli Autori già citati, T. PADOVANI, *Commento alla modifica dell'art. 323 c.p.*, in *Leg. pen.* 1997, p. 741; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Giappichelli, 2008, p. 242 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, E.S.I., 2011, p. 257 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Giuffrè, 2015, p. 345 ss.; E. INFANTE, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, II, 296 ss.; C. BENUSSI, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Cedam, 2015, I, t. 1, p. 933 ss.

⁵⁹ PERONGINI S. *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso di ufficio*, Napoli, 2018, p. 15 ss., rileva sul punto che: «[...] requisito della violazione di norme di legge o di regolamento [...] era stato introdotto dal legislatore per cercare di ridurre il grado di indeterminazione della fattispecie e di fronteggiare le interpretazioni più disinvolte. La formulazione, per quanto rappresenti un sicuro progresso rispetto all'impianto precedente, non costituisce un capolavoro di tassatività».

istanza e senza le necessarie puntualizzazioni, nella violazione della legge o regolamento posti a governo formale dell'azione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Non solo, ma vi fu una operazione strutturale di consolidamento delle fondamenta della tipicità dell'abuso di ufficio che determinò il legislatore a costruirlo quale reato di evento caratterizzato dal danno (altrui) ingiusto o dal vantaggio patrimoniale ingiusto. In tale architettura il legislatore del '97 assorbì con indubbio sforzo costruttivo le esigenze di tutela collegate sia al tema della prevaricazione (danno) che quelle connesse al tema dell'affarismo e clientelario privatistico (vantaggio patrimoniale)⁶⁰, meglio assorbendo le scelte valoriali di politica criminale che la mutata sensibilità socioeconomica degli anni '90, post tangentopoli, aveva evidenziato.

Con la riforma si intese sacrificare sull'altare della determinatezza e tipicità della fattispecie la rilevanza penale di talune ipotesi, di per sé non sussumibili in fatti di reato più gravi, che potenzialmente nascondevano le peggiori distorsioni⁶¹ dell'agire pubblico, proprio quando

⁶⁰ Secondo A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 141, «Con la trasformazione dell'art. 323 c.p. in reato di danno e la *abolitio criminis* espressa delle ipotesi di vantaggio non patrimoniale, relegate al rango di illecito amministrativo, il legislatore ha voluto dare un chiaro segnale sulla prevalente oggettività giuridico penale di tale norma, esaltando la tutela del patrimonio collettivo pubblico rispetto alla tutela della imparzialità-legalità». Lo stesso Autore specifica in nota: «La conferma di un tale assunto viene anche dalla manualistica, in cui non manca chi, prendendo atto della duplicità di eventi presenti nell'attuale art. 323 c.p., non può fare a meno di rilevare la introduzione nel momento dell'offesa di un elemento spurio di carattere patrimoniale, tale da rendere il reato ricomprensibile tra quelli che comunque offendono il patrimonio».

⁶¹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7, il quale rileva: «Dal punto di vista della razionalità legislativa l'intento perseguito era però ispirato ad una sorta di follia. Si compiva, in effetti, una selezione 'inversa': colpendo attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità, si calava una cortina

compiute in aderenza al dato formale del rispetto della legge, ma adottate con finalità simulata poiché in contrasto con i reali interessi della Pubblica Amministrazione. Tutto ciò appariva in linea con la volontà del legislatore di espungere il profilo dell'eccesso di potere dal poter di controllo del giudice penale soprattutto nelle ipotesi di discrezionalità amministrativa non vincolata.

L'abuso di ufficio, per tali motivi, venne riformato⁶² prevedendosi una fattispecie incriminatrice di riserva e di chiusura del sistema («salvo che il fatto non costituisca un più grave reato») tesa a punire le condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che «nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in 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, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». La iniziale sanzione da sei mesi a tre anni venne poi, nel 2012 con la c.d. legge “anticorruzione”, n. 190, modificata in “da uno a quattro anni”. La pena veniva

impenetrabile proprio sulle distorsioni funzionali più gravi, compiute nell'ambito dell'attività discrezionale più ampiamente intesa»; sul medesimo punto lo stesso T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 legge 16 luglio 1997, n. 234*, in *L.P.*, 1997, citato da A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., subito evidenziò che «[...] è proprio nelle maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa, e dietro il paravento di una “scrupolosa osservanza” delle leggi e dei regolamenti, che si annida l'arbitrio più sfacciato e partigiano».

⁶² Con la legge n. 234/1997 si modificò l'art. 323 c.p. nella seguente versione: «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 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, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità».

aumentata nelle ipotesi in cui il danno o il vantaggio fossero di rilevante gravità (comma 2 art. 323 c.p.).

La fattispecie che ne derivò differì profondamente da quella del 1990 e venne, come efficacemente osservato⁶³, caratterizzata dalla frammentarietà mediante un “approccio selettivo multilivello”.

La configurazione legislativa dell’abuso d’ufficio previgente, invero, si snoda attraverso una serie di requisiti di fattispecie molto dettagliati, i quali hanno creato una profonda e precisa selezione dei comportamenti penalmente rilevanti.

Per realizzarsi le due alternative condotte tipiche di abuso, bisogna che ricorrano una serie di elementi di fattispecie i quali, in estrema sintesi e a riprova di quanto appena detto, vengono di seguito tratteggiati.

Soggetto attivo dell’abuso d’ufficio può essere unicamente il pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o l’incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), trattandosi di un reato proprio dell’agente pubblico. E per la qualifica di agente pubblico ai fini penali, quel che conta non è il rapporto di dipendenza tra il soggetto e la pubblica amministrazione, ma piuttosto se l’attività in concreto svolta dall’agente sia disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi⁶⁴.

⁶³ M. NADDEO, *Abuso di ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 32, che rileva: «[...] viene positivizzato un tipo adeguatamente contestualizzato (dalla indispensabile qualifica soggettiva dell’autore e dall’oggettivo svolgimento delle funzioni o del servizio) e vincolato alla descrizione di una modalità offensiva normativamente predeterminata [...] che, insieme al doppio dolo (generico e intenzionale) sotteso alle condotte oggettive, salda eziologicamente il disvalore di azione all’ingiusto vantaggio patrimoniale o al danno ingiusto (*disvalore d’evento*)».

⁶⁴ Cass. Sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, in *Giur. it.*, 1999, p. 354.

La condotta abusiva deve realizzarsi nello svolgimento delle funzioni o del servizio, escludendosi di conseguenza i comportamenti fondati sull'abuso della qualità dell'agente pubblico. Il reato in questione risulta dunque configurabile solo se il comportamento incriminato costituisca modalità di esplicazione dell'ufficio stesso; viceversa, rimangono penalmente irrilevanti quei comportamenti anche solo occasionati dallo svolgimento delle funzioni ovvero quelli tenuti come soggetto privato, senza servirsi in alcun modo dell'attività funzionale svolta.

Quanto all'elemento soggettivo, dopo la riforma del 1997 che ha trasformato l'abuso d'ufficio da reato di pura condotta in reato di evento, è richiesto il dolo intenzionale. L'elemento soggettivo è qualificato dall'avverbio "intenzionalmente", escludendo di conseguenza le condotte poste in essere sia con dolo eventuale sia con dolo diretto⁶⁵. In particolare, il dolo intenzionale riguarda l'evento del reato, essendo necessario che l'evento del vantaggio patrimoniale o del danno sia la conseguenza immediatamente ottenuta dall'agente, mentre gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico⁶⁶. Ne deriva che assumono rilevanza penale, dal punto di vista

⁶⁵ In questo senso, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, p. 150 ss.; v. anche M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, p. 93 ss.; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, a cura di AA.VV., Monduzzi, 2009, p. 177; A.M. STILE – C. CUPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, vol. I, p. 43; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Cedam, 1999, p. 308 ss. Cfr. altresì G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 2012, p. 255, i quali esprimono riserve sulla disciplina dell'elemento soggettivo laddove — sotto il profilo politico criminale — esclude dal campo di applicazione della norma le ipotesi caratterizzate dal c.d. dolo diretto.

⁶⁶ Cass. Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 34116, in *CED*, n. 250833.

soggettivo, unicamente le condotte del pubblico ufficiale dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, o ad arrecare un ingiusto danno altrui.

La prova dell'intenzionalità del dolo esige altresì il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto. E tale certezza non può essere ricavata esclusivamente dal rilievo di un comportamento *non iure* osservato dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva *ratio* ispiratrice del comportamento. Ad esempio, la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento ed il tenore dei rapporti personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento stesso ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno⁶⁷.

Inoltre, l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, perché venga meno la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente⁶⁸.

⁶⁷ Cass. Sez. III, 6 aprile 2016, n. 35577, in *CED*, n. 267633 – 01; Cass. Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, *ivi*, n. 255368-01.

⁶⁸ Cass. Sez. VI, 17 settembre 2019, n. 51127, in *CED*, n. 278938-01; Cass. Sez. II, 23 gennaio 2019, n. 10224, *ivi*, n. 276094-01; Cass. Sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14038, *ivi*, n. 262950-01. Sull'intenzionalità del dolo, in dottrina cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 375 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 320 ss.; A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3204 ss.

Si sono inseriti con la riforma del '97 altresì l'evento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto e la c.d. doppia ingiustizia.

Il reato di cui all'art. 323 c.p. è un reato di evento, che consiste – alternativamente – nell'ingiusto vantaggio patrimoniale del pubblico ufficiale o di altri oppure nel danno ingiusto arrecato ad altri⁶⁹.

Ai fini del perfezionamento del reato di abuso d'ufficio assume rilievo, stante la sua natura di reato di evento, unicamente il concreto verificarsi di un ingiusto vantaggio patrimoniale che il soggetto attivo procura con i suoi atti a sé stesso o ad altri, ovvero di un ingiusto danno che quei medesimi atti procurano a terzi⁷⁰. Il delitto deve essere considerato pertanto come “reato causalmente orientato”, nel senso che deve sussistere un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione di norma di legge (o regolamento), realizzata dall'agente, e l'evento naturalistico.

L'evento di vantaggio deve essere necessariamente “patrimoniale” e va riferito al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale. Tale elemento sussiste, pertanto, non solo quando l'abuso sia volto a procurare beni materiali o altro, ma anche quando sia volto a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere.

Quanto all'evento di danno può essere sia di natura patrimoniale che non patrimoniale. Al riguardo si è asserito che il danno cui si riferisce l'art. 323 c.p. non corrisponde

⁶⁹ Cass. Sez. V, 6 maggio 1999, n. 2133, in *CED*, n. 213525 – 01.

⁷⁰ Cfr. Cass. Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 36020, in *CED*, n. 250776-01; inoltre per la necessità della effettiva verifica di tali eventi, v. Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, *ivi*, n. 225894.

solo a situazioni soggettive di carattere patrimoniale e nemmeno a diritti soggettivi perfetti, ma riguarda anche l'aggressione ingiusta della sfera della personalità, ai sensi della tutela prevista dalle norme costituzionali⁷¹.

Il vantaggio o il danno per rilevare ai sensi della fattispecie di abuso d'ufficio devono essere "ingiusti". Ingiustizia che ha un significato autonomo e non dipendente dalla stessa condotta illegittima. E perciò ad avviso della giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio è necessario che sussista la c.d. "doppia ingiustizia", nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge, ed ingiusto deve essere l'evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia. Ne consegue che occorre una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito dalla illegittimità del mezzo utilizzato e quindi dalla accertata esistenza dell'illegittimità della condotta.

La reale portata normativa della riforma del '97 potrebbe, in sintesi, rinvenirsi nella stretta correlazione voluta dal legislatore tra la illegittimità dell'atto amministrativo e la ingiustizia dell'evento conseguito. Solo al compimento di atti illegittimi, poiché assunti in violazione di norme di legge o di regolamento, quantunque assunti nell'esercizio dei poteri conferiti dall'ufficio pubblico rivestito, o assunti nel contesto del servizio di pubblica utilità esercitato, sarebbe stato possibile dedurre il presupposto della illiceità penale del fatto, da corroborare con la verifica, ulteriore, del

⁷¹ Cass. Sez. V, 19 febbraio 2014, n. 32023, in *Dir. & Giust.* 2014, 22 luglio.

disvalore di evento di cui al vantaggio patrimoniale o danno ingiusti⁷².

Ne risultava evidente il coinvolgimento dei profili propri della dogmatica dei vizi dell'atto amministrativo nel tema della prova del presupposto del fatto illecito di abuso di ufficio, quanto meno per la valutazione preliminare della natura illegittima dell'atto quale sintomo ineluttabile della rilevanza penale del fatto.

La incidenza del vizio amministrativo sulla sfera e nell'orbita del penalmente rilevante poneva, però, problemi particolari su cosa dovesse ivi rientrare e se anche l'incompetenza (abuso di qualità) e l'eccesso di potere vi facessero parte, oltre alla violazione di legge. Ciò in quanto il dato normativo formale sembrava ancorare la fattispecie, *prima facie*, alla mera violazione della legge, ed a limitarne la portata a quelle violazioni correlate alla funzione o servizio esercitati rispettivamente dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, con espunzione delle condotte assunte al di fuori della qualità e servizio esercitato. Inoltre, si riteneva maggiormente corrispondente alla interpretazione *ad litteram* della norma, e comunque espressiva del principio di legalità formale, la esenzione dal sindacato del giudice penale degli atti assunti in via di mera discrezionalità dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, con estromissione dell'eccesso di potere dai vizi dell'atto amministrativo rilevanti nella fattispecie penale.

⁷² Secondo A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 138 ss., «[...] chiari segni di un radicale mutamento di prospettive. Infatti, dal recupero del disvalore di evento al disvalore della condotta, in un reato “a struttura normativa”, sembra derivare una conferma del ruolo meramente strumentale che la stessa condotta assume rispetto alla integrazione dell'offesa al bene emergente dal disvalore complessivo dell'illecito».

Ma le intenzioni non trovarono adeguata concretizzazione, ed attraverso il costante ricorso al formante giurisprudenziale si assisteva ad un assedio alla interpretazione restrittiva del contenuto normativo della dizione “in violazione di norme di legge o di regolamento” che ha speso ceduto ad aperture interpretative più ampie⁷³, forse *in malam partem*.

Infatti, in linea di principio, il tema della violazione di norme di legge o di regolamento avrebbe dovuto afferire alle violazioni di disposizioni immediatamente precettive e cioè che contenessero regole e/o procedure ben determinate e non sarebbe stata riferibile ai meri principi espressi dalla norma. Ma, si constatò, che nonostante la intenzione di selezionare e frammentare l’area della rilevanza penale, si utilizzò, da parte della “disinvolta” giurisprudenza, anche la violazione della norma di legge mediata quale violazione di norma di legge rilevante per la contestazione processuale dell’abuso di ufficio. La principale tra le norme mediate, *melius* interposte, espressiva di principi rilevanti nella materia dell’abuso di ufficio, ed utilizzata a tal fine⁷⁴, fu

⁷³ M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’abuso di ufficio*, in *L’indice penale*, I, 2018, p. 235 ss., il quale rileva: «Eppure, a fronte della descrizione modale insita nella “violazione di norme di legge o di regolamento” [...], si è ancora una volta assistito al pendolarismo involutivo della fattispecie, questa volta innescato da una interpretazione giurisprudenziale disinvolta. La disarticolazione del testo per via esegetica ha inizio con la svalutazione della seconda parte del precetto, che slatentizza il rischio insito nell’assolutizzazione del requisito della violazione di norme di legge, favorendo la reviviscenza delle figure più vaghe di *eccesso di potere*, quale premessa necessaria e sufficiente della condotta abusiva».

⁷⁴ Da tale punto di vista si è osservato criticamente da parte di S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l’abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, cit., p. 17 ss. che «la deduzione della regola immediatamente precettiva dal principio costituzionale è frutto di una complessa attività interpretativa, riservata al giurista, non ascrivibile né imputabile al cittadino» ed anche che «[...] i principi costituzionali posseggono una struttura normativa differente dalle regole [...] i principi costituzionali sono suscettibili di una pluralità di interpretazioni [...] i principi costituzionali non possono essere

l'art. 97, comma 3, Cost., portatrice del principio di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, quali obiettivi cui deve mirare l'agere del funzionario pubblico⁷⁵.

Nello stesso senso ulteriori norme mediate vennero riconosciute nella legge 241/1990 espressiva sia di principi generali dell'azione della Pubblica Amministrazione, come previsto nell'art. 1 che espressamente recita: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza [...]», che di norme procedurali, come l'art. 3 per il quale: «Ogni provvedimento amministrativo [...] deve essere motivato [...] la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione [...]».

Nell'utilizzare la violazione della norma mediata, e dei principi generali e procedurali dalle stesse espressi, a fondamento della violazione della norma di legge penalmente rilevante di cui all'art. 323 c.p., si recuperò il

assunti a base della fattispecie penale perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa».

⁷⁵ La giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 42801/2008, ritiene, viceversa, che «in tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui riguarda l'attività dei pubblici funzionari, poiché esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi»; ed anche, seppur apparentemente in adesione all'orientamento per il quale la norma interposta, mediata, dovrebbe contenere, per essere rilevante nella analisi della rilevanza penale dei fatti di abuso, precetti immediatamente percepibili, cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 41215/2012, che ritiene: «in tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 della Costituzione, 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 intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni».

vizio dell'atto amministrativo, nella sua accezione di eccesso di potere, così come tipizzato negli artt. 26 r.d. n. 1054/1924 e 2 legge TAR n. 1034/1974, nel sindacato del giudice penale sull'azione della P.A. Pertanto, le distorsioni dell'agire del funzionario pubblico rispetto al fine della imparzialità e del buon andamento della P.A., o in violazione degli altri principi generali e procedurali caratterizzanti l'azione della P.A., rientravano nel vaglio penale allorché, sebbene gli atti assunti fossero apparentemente rispettosi delle norme di legge o di regolamento, si fosse voluto perseguire un fine o scopo diverso da quello espresso dal principio generale violato.

Sul punto la giurisprudenza ebbe a precisare, con la sentenza n. 155/2012, resa a Sezioni Unite, che la violazione di norme di legge rilevante ai fini dell'accertamento dell'abuso di ufficio *ex art. 323 c.p.* si doveva rinvenire anche nella ipotesi in cui la condotta risultasse orientata alla esclusiva "realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito", realizzandosi per tale via un vizio della funzione legale dell'agire del pubblico ufficiale denominato sviamento di potere integrante la violazione di legge poiché il potere non sarebbe esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione⁷⁶.

⁷⁶In maniera adesiva M. NADDEO, *Abuso di ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance*, cit., p. 37, il quale evidenzia che «l'analisi del testo normativo gemmato dalla riforma del 1997, infatti, non sembra realmente escludere dalla categoria della violazione (di legge o di regolamento) rilevante neppure l'eccesso di potere inteso come *sviamento della funzione*; ponendo al centro proprio il *fine pubblico*, lo sviamento della funzione conserverebbe la sua pregnanza offensiva in quanto rappresentativo di quelle condotte che contraddicono lo specifico fine perseguito dalla norma [...]».

Sotto diverso punto di vista, si ebbe modo di precisare che la c.d. “incompetenza funzionale” del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio sarebbe, pur sempre, violazione di norma di legge rilevante *ex se*, ai fini dell’art. 323 c.p., poiché ogni condotta esercitata al di fuori del potere attribuito al funzionario pubblico violerebbe la stessa norma di legge, che conferisce il suddetto potere, e sarebbe quindi tipica violazione di norma di legge secondo il *dictum* dell’art. 323 c.p.

In tale prospettiva, di ampia inclusione, nel concetto di violazione di norme di legge, anche di quelle espressive di principi generali, si veniva, peraltro, a valorizzare in maniera eccessiva il valore “normativo” dell’elemento del fatto tipico, poiché connotato *ab esterno* attraverso il richiamo del fenomeno della etero integrazione della fattispecie. Il disvalore penale della condotta, presupposto della prognosi di illiceità del fatto complessivo di abuso, si generava in una sorta di norma penale in bianco⁷⁷ inversa in cui l’elemento valoriale da tutelare, veniva imposto dalla norma, di ampio respiro e non immediatamente precettiva, oggetto di violazione.

⁷⁷ Secondo A. MANNA, *Abuso d’ufficio*, cit., p. 38, «[...] siamo in presenza [...] nel caso dell’art. 323 c.p., dopo l’ultima riforma, di un caso tipico di norma penale *parzialmente in bianco*, giacché gli altri elementi della fattispecie, quali l’evento e il dolo, sono descritti dalla norma incriminatrice, mentre, per quanto attiene alla condotta, la sua nota modale di illiceità si ricava, a sua volta, dalla violazione di norme extrapenalistiche integratrici del precetto». In senso parzialmente adesivo Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 138 in nota, il quale osserva «[...] in questi termini, anche quando la norma esterna richiamata dalla fattispecie non si limiti alla specificazione di elementi di fatto, ma finisca per fonderne, seppur parzialmente, la qualificazione penalistica, si potrà, allora, ovviare, nello stesso art. 323 c.p., agli effetti di una *norma parzialmente in bianco* ricercando sul terreno del giudizio di colpevolezza/responsabilità, secondo le storiche acquisizioni operate dalla nota sentenza 364/88, quei riscontri qualitativi ... necessari alla individuazione di un affidabile spartiacque tra illiceità distinte».

6. La lettura giurisprudenziale del tipo: violazione di legge e vizio di eccesso di potere; violazione dell'obbligo di astensione

Con precipuo riferimento alla violazione di norme di legge, la formulazione dell'art. 323 c.p. ha sollevato nell'interprete un primo, fondamentale dubbio in ordine alla possibilità di intendere la dizione adoperata quale richiamo alla violazione di legge come vizio tipico di legittimità dell'atto amministrativo⁷⁸. In realtà, «se le classificazioni in materia di vizi del provvedimento possono fungere da utile ausilio, esse non possono vincolare a priori l'interpretazione della norma penalistica»⁷⁹ in quanto siffatto automatismo rischierebbe di deprimere la funzione selettiva del penalmente rilevante, collocando fuori dall'area della tipicità situazioni che, nel rispetto del principio di legalità, dovrebbero invece rientrarvi. Riconosciuta l'opportunità di aderire a una concezione autonomistica degli elementi del fatto, che eviti indebite sovrapposizioni tra disciplina penale e disciplina amministrativa, occorre procedere ad uno step ulteriore al fine di comprendere se il requisito della violazione di norme

⁷⁸ Il sindacato giurisdizionale sull'attività della Pubblica Amministrazione è circoscritto alla verifica della conformità del provvedimento a prescrizioni normative, la cui inosservanza è fonte dei vizi di *violazione di legge* o di *incompetenza*, oppure ai limiti del potere discrezionale, la cui inosservanza comporta l'illegittimità del provvedimento sotto il profilo *dell'eccesso di potere* (F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, p. 1326, corsivo e sottolineatura nostra).

⁷⁹ A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Trattato di Diritto Penale*, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 292. L'autore mette in luce come sia opportuno «dimenticare la categorizzazione dei vizi dell'atto amministrativo, per non farsi condizionare da opzioni proprie di altre branche dell'ordinamento, senza necessità né particolare vantaggio» atteso che «non si tratta qui di disapplicare l'atto medesimo ma quanto di ravvisare gli estremi tipici di un fatto di reato così come descritto da una norma incriminatrice, a prescindere dalla valutazione che di quel medesimo fatto si possa dare dal «punto di vista» del diritto amministrativo» (*ibidem*, p. 300).

di legge possa essere interpretato in modo da includere nel suo potenziale raggio di azione anche il vizio di eccesso di potere. Quest'ultimo, pur rimanendo un vizio di legittimità e non di merito, consente al giudice (amministrativo) di compiere un sindacato più incisivo e penetrante dell'esercizio del potere discrezionale; con esso, infatti, si verifica il rispetto dei criteri posti a presidio della correttezza della formazione della scelta discrezionale⁸⁰, criteri che non coincidono con regole scritte bensì con i principi regolanti l'esercizio della funzione e che consentono di accertare se la decisione amministrativa sia stata assunta in modo da garantire la realizzazione dello scopo per il cui raggiungimento quel potere è stato attribuito al pubblico agente. Volendola leggere a contrario, vi sarà dunque (vizio di) eccesso di potere ogni qual volta l'atto amministrativo sia stato assunto per un fine diverso da quello prefissato dalla norma attributiva del potere. Ora, proprio la circostanza che il sindacato sull'eccesso di potere non richieda la verifica del rispetto di un obbligo di comportamento imposto dall'ordinamento consente di comprendere le ragioni per cui, subito dopo la riformulazione dell'art. 323 c.p. ad opera della legge n. 234/1997, fosse invalso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la natura di reato a forma vincolata assunto dall'abuso (incentrato sulla violazione di singole norme specificamente individuate) comportasse l'esclusione del vizio di eccesso di potere dalle possibili modalità

⁸⁰ Cfr. in merito F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1326, che richiama tra detti criteri, la logicità, la razionalità e l'uguaglianza, e F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1987, p. 193 che osserva come il nucleo essenziale dell'eccesso di potere sia nella violazione di «parametri generalmente non espressi di razionalità, coerenza e giustizia sostanziale riconducibili ai principi generali che regolano l'esercizio della potestà discrezionale».

commissive del delitto. In particolare, si era affermato: «è stata espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o funzioni non concretantesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari o del dovere di astensione. Si tratta in sostanza di quella ampia e discussa sfera di comportamenti riconducibili all'eccesso di potere, che, nella formulazione previgente della fattispecie criminosa, consentivano e imponevano al giudice penale di compiere dirette incursioni in un ambito di discrezionalità amministrativa, che il legislatore ha ritenuto, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato»⁸¹ e ancora «non è configurabile il reato di abuso di ufficio in presenza di un mero addebito di eccesso di potere»⁸².

In realtà non sono mancate pronunce di senso contrario, che hanno viceversa affermato la rilevanza del vizio dell'eccesso di potere ai fini della configurabilità del delitto de quo, spesso in ipotesi incentrate su forme particolari definite come sviamento di potere⁸³. Segnatamente «il reato di abuso di ufficio connotato da violazione di legge è configurabile anche in caso di sviamento di potere, cioè quando il comportamento dell'agente, pur formalmente corrispondente alla norma che regola l'esercizio dei suoi poteri, è tenuto in assenza delle ragioni d'ufficio che lo

⁸¹ Cass., sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 1163

⁸² Cass., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761, relativa a ipotesi in cui la sussistenza del delitto è stata esclusa per il dirigente di un ente pubblico economico il quale, non potendo procedere alla conclusione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, aveva stipulato una serie di contratti di lavoro a tempo determinato, condotta sintomatica, sotto il profilo amministrativistico, del vizio di eccesso di potere.

⁸³ Lungi dall'integrare un vizio diverso dell'atto amministrativo, lo sviamento di potere rappresenta esclusivamente una figura paradigmatica dell'eccesso di potere, adoperato dalla dottrina al fine di «ridurre al massimo le potenzialità destabilizzanti dell'eccesso di potere e nello stesso tempo allo scopo di superare le difficoltà relative alla sua dimostrazione», F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1441.

legittimerebbero e produce intenzionalmente un danno alla persona offesa (fattispecie relativa a procedure di identificazione, ispezione e fotosegnalazione condotte da agenti di polizia senza reale necessità e a ritenuti fini di vessazione»⁸⁴. Tale ultimo orientamento risultava peraltro “in linea” con la posizione di parte della dottrina penalistica. Quest’ultima aveva riconosciuto la riconducibilità del vizio di eccesso di potere alla violazione di legge rilevante *ex art. 323 c.p.* in ragione della circostanza che la deviazione del potere verso il raggiungimento di obiettivi personali (di vantaggio o di danno) rappresenta una violazione implicita della normativa di attribuzione⁸⁵, atteso che il potere viene distolto dallo scopo in funzione del quale era stato riconosciuto. In altri termini, la violazione di legge sarebbe certamente integrata in ragione della «violazione delle regole inerenti all’uso del potere discrezionale» ogni qualvolta «quel potere di fatto che era stato attribuito al funzionario perché fosse impiegato come potere discrezionale, e fosse dunque al servizio dell’amministrazione, è stato stravolto verso uno sfruttamento privato»⁸⁶.

Sul contrasto giurisprudenziale venutosi a creare sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte che, con

⁸⁴ (Cass., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196; in senso conforme: Cass., sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965; Cass., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402; Cass., sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501.

⁸⁵ A. TESAURO, *op. cit.*, p. 223.

⁸⁶ A. PAGLIARO, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 106. Lucidamente si osserva come «il potere discrezionale non è libertà assoluta: la facoltà di scelta del pubblico ufficiale incontra limiti precisi. Il funzionario che non si ispira all’interesse generale o non persegue nel caso specifico quel particolare obiettivo concreto in funzione del quale il potere in questione gli viene attribuito non rispetta i precetti di logica e di imparzialità, viola le regole che disciplinano il potere discrezionale. Perciò egli “eccede” il potere discrezionale, ne sta fuori. Quello che esercita è un potere di fatto che affonda le sue radici nel potere discrezionale ma non è più tale. Ecco allora l’*eccesso* di potere».

sentenza 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, hanno infine chiarito che «si ha violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimino lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito»; detta ipotesi integrerebbe, secondo il dettato del massimo organo nomofilattico, «un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione». Si è dunque affermata una interpretazione della violazione di legge che ammette la rilevanza di quelle forme di distorsione funzionale dell'atto dai fini pubblicistici contrassegnate da una gravità tale da tradursi in violazione delle norme di relazione attributive del potere. Anche sotto tale profilo si assiste a un percorso esegetico poco lineare che “sfrutta” l'elasticità del precetto e apre a valutazioni casistiche suscettibili di ampliare la sfera di intervento dell'interprete. Meccanismi che allargano le maglie del delitto di abuso d'ufficio, giustificandone la “fama” di fattispecie onnivora.

La seconda modalità di integrazione del reato di abuso ufficio, alternativa alla violazione di norme di legge o di regolamento, consiste nell'omessa astensione in presenza di

un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti ⁸⁷.

Lo scopo dell'incriminazione è quello di impedire che l'agente pubblico, nello svolgimento della funzione o del servizio, obliteri il dovere di perseguire gli interessi della Pubblica Amministrazione per favorire quelli propri (o di prossimi congiunti) ovvero per arrecare un danno ad altri.

Opportuno sottolineare come il concetto di prossimi congiunti vada desunto dall'art. 307 c.p. che vincola l'interprete della legge penale (l'incipit del comma 4 stabilisce «agli effetti della legge penale si intendono per prossimi congiunti...») al significato fissato una volta per tutte dal legislatore ⁸⁸.

Il primo profilo che viene in rilievo è l'ampiezza della nozione di interesse: indipendentemente dalla riconducibilità al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio ovvero a un loro prossimo congiunto, esso non si identifica nel «vantaggio di natura patrimoniale, la cui realizzazione perfeziona il delitto di abuso di ufficio, ma non è neppure sinonimo di lucro o di utilità, per cui comprende ogni interesse personale, anche non economico e del tutto affettivo, quale la finalità di favorire altri quando da ciò derivi per l'agente una situazione di vantaggio nella sfera personale delle sue relazioni sociali e amicali» (Cass., sez. VI, 19 novembre 1997, C.E.D., n. 210843) ⁸⁹. L'estesa

⁸⁷ Nonostante l'apparente riferimento a una condotta omissiva, si tratta di una *condotta attiva*, consistente nel violare un divieto di agire.

⁸⁸ Sarà dunque rilevante, ai fini dell'art. 323 c.p., l'omessa astensione in presenza di interessi di ascendenti, e discendenti, del coniuge o della parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, di fratelli o sorelle, degli affini dello stesso grado, di zii e nipoti; con specifico riferimento agli affini, essi non saranno compresi nella denominazione di prossimi congiunti allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.

⁸⁹ Di diverso avviso la dottrina prevalente, che accoglie viceversa la nozione di interesse quale «rapporto intercorrente tra un soggetto, al quale fa capo un bisogno, e un bene idoneo a soddisfarlo; questa nozione di interesse abbraccia, dunque, l'insieme delle utilità che

latitudine del concetto, che consente di ricondurre al raggio di operatività della fattispecie una variegata casistica, si salda alla lettura estremamente fluida dello stesso conflitto di interesse. Sebbene una prima interpretazione (specie di matrice dottrinale) si fosse espressa a sostegno della rilevanza penalistica dell'omessa astensione soltanto in presenza di un obbligo giuridico di astenersi, come tale derivante dalla legge o da altra fonte normativa⁹⁰, anche in questo caso il filtro giurisprudenziale si è mosso in senso opposto, sposando una chiave di lettura estensiva. Si è così affermato che «l'art. 323 c.p. ha introdotto nell'ordinamento, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione o ve ne sia una che riguardi un numero più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente»⁹¹.

Va peraltro rilevato come, nell'ottica di limitazione dell'ampia portata (della violazione) del dovere di

l'uomo può ricavare dai più diversi beni, purché a sfondo economico-patrimoniale [...] Saranno perciò irrilevanti gli interessi che si traducono in meri sentimenti quali, ad esempio, la soddisfazione del dovere compiuto, il piacere di essersi comportato meglio degli altri colleghi, il compiacimento per il giudizio favorevole espresso da terzi sul proprio operato» (per tutti E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato sub art. 323*, Milano, 2012, p. 3221).

⁹⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 248, *contra* N. PISANI, *Abuso di Ufficio*, in S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2015, p. 269, secondo il quale «l'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto non deve ripetere la sua fonte nella legge o nel regolamento; a ritenere diversamente, apparirebbe superflua una previsione autonoma rispetto alla violazione di norma di legge o di regolamento che caratterizza la prima modalità di condotta tipizzata dal legislatore».

⁹¹ In termini, Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457.

astensione⁹², la giurisprudenza abbia sottolineato la necessità di accertare il verificarsi di uno dei due eventi previsti dalla norma richiedendo che anche nel caso di violazione dell'obbligo di astensione fosse necessario che a tale omissione si aggiungesse l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale deliberato, con conseguente duplice, distinta valutazione da parte del giudice che non può far discendere l'ingiustizia del vantaggio dalla illegittimità del mezzo utilizzato. Di talché si riteneva che ai fini della configurazione del delitto di abuso di ufficio non fosse sufficiente che il pubblico ufficiale abbia emesso un atto violando il proprio dovere di astensione, ma fosse necessario che tale atto abbia arrecato un indebito vantaggio patrimoniale: se l'atto è conforme al trattamento riservato a tutte le altre istanze di identico contenuto presentate dagli altri cittadini non è idoneo a configurare l'illecito.

In ossequio a tale valorizzazione dell'orientamento teleologico dell'art. 323 c.p. la giurisprudenza ha escluso che l'obbligo di astensione sussista in caso di approvazione di provvedimenti di rilievo generale, ove cioè non si tratti di una composizione tra interessi individuali determinati ma si prendano statuizioni valide in generale per un complesso di soggetti e situazioni indefiniti a priori, ad esempio in relazione a una realtà territoriale, senza considerare le istanze dei singoli.

L'altro versante della condotta sanzionata, invece, si snodava attraverso la violazione del divieto di astensione nel caso in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio si venga a trovare in una condizione di conflitto di interessi. L'ipotesi, volta ad adeguatamente tutelare i fatti

⁹² G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. VI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, p. 370.

di favoritismo affaristico, vietava l'esercizio del potere al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio sia nel caso in cui l'esercizio del potere attribuito coinvolgesse contestualmente un interesse proprio o di un prossimo congiunto, sia nel caso in cui l'esercizio del potere dovesse essere abdicato in virtù di altre ragioni, normativamente previste.

Anche in tale ipotesi, nel tempo, è emersa, preponderante, l'esigenza di analizzare, in profondità, la motivazione intima dell'*agere* del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che in linea di stretto rigorismo formale si sarebbe dovuto astenere dall'esercitare il potere. Ed infatti, si è riconosciuto che, il non essersi astenuti, in presenza delle ragioni che lo imponessero, non sempre equivalesse ad integrare la illiceità del fatto, posto che il mero indizio della mancata astensione (disvalore d'azione) non sempre si coniugava con il perseguimento di un interesse contrario a quello della Pubblica Amministrazione (disvalore di evento), ben potendosi riscontrare ipotesi in cui, sebbene in presenza di un conflitto di interessi, l'azione adottata, seppur in formale violazione del divieto di astensione, fosse finalizzata esclusivamente al perseguimento dell'interesse pubblico⁹³.

⁹³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 17628/2003 che ritiene: «Perché si configuri il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. non è sufficiente che il pubblico ufficiale abbia emesso un atto violando il proprio dovere di astensione, ma è necessario che tale atto abbia arrecato un indebito vantaggio patrimoniale». Con ciò confermandosi nella mancata astensione la mera sintomaticità dell'abusività della fattispecie. Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 26324/

2007 per la quale «Ai fini della integrazione del reato di abuso di ufficio, anche nel caso di violazione dell'obbligo di astensione, è necessario che a tale omissione si aggiunga l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale deliberato [...]».

7. Il danno e il vantaggio ingiusto quali “corazza” del penalmente rilevante. Il dolo intenzionale

Ulteriore *baluardo*, della tipicità e precisione della fattispecie, venne individuato dal legislatore del '97 nell'evento naturalistico, previsto nella novellata costruzione dell'abuso di ufficio.

Come si è rilevato⁹⁴, non tutte le violazioni delle norme di legge o regolamento avrebbero potuto avere l'automatismo di *attivare* l'art. 323 c.p.

L'evento si sarebbe dovuto caratterizzare nell'ingiusto vantaggio patrimoniale proprio o di altri oppure nell'ingiusto danno altrui. Con la descrizione del primo evento, di ingiusto vantaggio patrimoniale, il legislatore del '97 intese ridurre la portata della fattispecie a quelle ipotesi che determinassero, a vantaggio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, solo un accrescimento (o nuova acquisizione) relativi alla sfera di diritto soggettivo di natura patrimoniale, sancendo l'abrogazione delle ipotesi, diverse, nelle quali il vantaggio potesse presentare la caratteristica della non patrimonialità, con ciò esprimendosi il netto contrasto della norma, in parte qua, al fenomeno del favoritismo affaristico.

Con la descrizione del secondo evento, del danno ingiusto altrui, si richiamò l'esigenza, ancora viva, di reprimere le condotte di prevaricazione del funzionario pubblico dettate da pure condotte, illegittime, di eccesso di autorità e/o dettate dal simulato intento di avvantaggiare terzi soggetti.

⁹⁴ F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in www.archiviopenale.it, 18 giugno 2020, che osserva: «[...] nel caos normativo, si fa una selezione, *ratione materiae* delle fonti essenziali per il virtuoso esercizio della funzione, escludendo che qualsiasi violazione commessa dall'agente pubblico possa attivare l'art. 323 c.p.».

Sia il vantaggio patrimoniale proprio od altrui, quanto il danno altrui, nella nuova versione del '97, vennero qualificate dalla natura della ingiustizia, e quindi *non iure e contra ius*⁹⁵. Ne derivò, quindi, la costruzione della fattispecie secondo lo schema della “doppia ingiustizia”⁹⁶, cioè la ingiustizia avrebbe dovuto riguardare tanto la condotta (violazione della norma di legge o regolamento, oppure violazione del dovere di astensione) quanto l’evento realizzato. In entrambi i casi di ingiustizia, il giudizio prognostico relativo al disvalore della condotta ed al disvalore d’evento venne affidato a due diverse valutazioni⁹⁷ normative con l’implicito richiamo delle discipline legali dell’intero ordinamento giuridico interno, comunitario (unionista) ed internazionale.

Ingiustizia dell’evento, non *in re ipsa* nei casi di violazione di norma di legge o regolamento, bensì da ricercare nella diversa ed ulteriore norma integratrice del precetto penale

⁹⁵ Secondo A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 140, si dovrebbe dimostrare l’ulteriore legame eziologico dell’evento con il bene oggetto della tutela penale, sul punto osservando che «[...] gli elementi che determinano lo specifico contenuto della condotta, non più di abuso, ma di procurato ingiusto vantaggio patrimoniale o di danno, assumono un valore meramente sintomatico e non più assorbente rispetto alla ulteriore verifica del loro eventuale legame eziologico con la lesione del bene oggetto di tutela».

⁹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. V, sentenza n. 16895/2009 per la quale «Ai fini della integrazione dell’abuso di ufficio è necessario che sussista la c.d. doppia ingiustizia, nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge, ed ingiusto deve essere l’evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia; conseguentemente, occorre una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l’ingiustizia del detto vantaggio dalla illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall’accertata esistenza dell’illegittimità della condotta».

⁹⁷ A. PERIN, *L’imputazione per abuso di ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2020, attribuisce peso specifico, peraltro, al requisito del nesso di rischio «idoneo a stabilire e a garantire l’esistenza, ai fini della tipicità del reato, di un rapporto di *causalità normativa*, fra condotta ed evento. L’evento deve essere uno di quelli che la norma violata mirava a prevenire; il risultato appartiene allo *scopo di protezione* della norma».

che rilevasse ai fini della qualificazione di evento ingiusto. Anche in tale ottica si valorizzò la norma, già richiamata, di cui all'art. 97, comma 3, Cost., quale norma fondante il giudizio di disvalore dell'evento conseguito dall'agire abusivo del funzionario pubblico⁹⁸.

Allo stesso modo della ingiustizia, e parimenti a tutti gli altri criteri selettori introdotti dalla riforma del '97, anche l'elemento psicologico del reato, del dolo intenzionale, ha contribuito, o avrebbe dovuto contribuire nelle intenzioni, a cingere, in maniera ferrea, le mura del fortino della tipicità del nuovo abuso di ufficio. Con la previsione della nuova oggettività del reato, ed in particolare con la previsione dell'evento naturalistico quale suo substrato, il dolo intenzionale avrebbe dovuto riguardare proprio la finalizzazione della condotta al risultato.

La *voluntas legislatoris* con la previsione della diretta, ed univoca, finalizzazione della condotta all'evento di vantaggio patrimoniale o danno, consentiva di limitare l'ambito del penalmente rilevante alle sole ipotesi intenzionali con esclusione delle fattispecie espressive di un elemento psicologico diverso, quali quelle del dolo

⁹⁸ In particolare, M. NADDEO, *Abuso di ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 39 che rileva: «[...] andrà verificata l'alterazione della regola degli effetti [...] la valutazione dell'attività del pubblico agente andrà valutata in concreto, apprezzando il rispetto dei valori d'imparzialità e buon andamento nella loro proiezione finalistica esterna. Sicché l'atto illegittimo sarà penalmente rilevante quando avrà prodotto un risultato *non iure*».

eventuale⁹⁹, secondo alcuni anche del dolo diretto¹⁰⁰, tese in ultima analisi al perseguimento dell'interesse pubblico. L'attenuazione della portata precettiva della norma diveniva quindi di immediata applicazione processuale proprio perché, attraverso questo ulteriore filtro selettivo, si scandagliava l'*eticità* del comportamento del funzionario pubblico estromettendo dall'area della rilevanza penale quelle ipotesi, comunque dubbie, in cui all'apparente fine evento previsto tipicamente dall'art. 323 c.p. si accompagnava comunque il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 8745/2000 che ritiene: «*In tema di abuso di ufficio ... il legislatore, con la utilizzazione dell'avverbio intenzionalmente, ha voluto escludere la rilevanza penale non solo di condotte poste in essere con dolo eventuale, ma anche con dolo cosiddetto diretto, che ricorre quando il soggetto si rappresenti la realizzazione dell'evento come altamente probabile o anche come certa, ma la volontà non sia volta alla realizzazione di tale fine (fattispecie nella quale è stata ritenuta la insussistenza dell'abuso di ufficio per insussistenza del dolo intenzionale nella condotta del Rettore di una Università, che pur consapevole del blocco delle assunzioni di personale non docente, per particolari esigenze dell'ufficio aveva comunque proceduto alle assunzioni con la diversa finalità, non di procurare agli assunti un vantaggio, ma di garantire il funzionamento dell'ente stesso)*».

¹⁰⁰ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 66, rileva che «la distinzione fra dolo intenzionale e dolo diretto abbia scarse *chance* già sul piano concettuale» ma che forse proprio la dizione normativa di intenzionalità probabilmente potrebbe avere l'unico senso compiuto di escludere il dolo diretto dall'abuso di ufficio e ciò potrebbe altresì giustificare il perché «il legislatore abbia focalizzato il dolo d'abuso in termini tali da rendere assai difficoltosa la sua prova [...] tanto più l'indagine si concentra sul singolo processo motivazionale, quanto più diventano meno utili le c.d. massime di esperienza».

¹⁰¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 42839/2002 che evidenzia: «*In tema di abuso di ufficio [...] l'uso dell'avverbio intenzionalmente per qualificare il dolo ha voluto limitare il sindacato del giudice penale a quelle condotte del pubblico ufficiale dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad arrecare un ingiusto danno [...] qualora nello svolgimento della funzione amministrativa il pubblico ufficiale si prefigga di realizzare un interesse pubblico legittimamente affidato all'agente [...] pur giungendo alla violazione di legge e realizzando un vantaggio al privato deve escludersi la sussistenza del reato (fattispecie in cui veniva rilasciato un certificato di abitabilità e agibilità di un complesso turistico in violazione delle norme urbanistiche che avrebbero richiesto nella specie il rilascio di una concessione in sanatoria, subordinata al nulla osta ambientale, allo scopo di*

Per tale via il dolo intenzionale assurgeva a limite poderoso al sindacato del giudice penale sul compendio delle scelte valoriali effettuabili dal pubblico ufficiale nell'esercizio dei poteri conferiti dalla legge, e ciò soprattutto, nelle ipotesi di scelte ampiamente discrezionali, ancorché non vincolate, ove il risultato perseguito potesse presentarsi come il corretto bilanciamento tra interessi contrapposti.

In definitiva, si è assistito ad una singolare distorsione della norma (come novellata nel 1997) ad opera della prassi applicativa. Nell'ottica di limitare il controllo del giudice penale sull'attività dei pubblici funzionari, il legislatore del 1997 aveva, infatti, mirato a una più puntuale e definita descrizione del fatto punibile, eliminando la generica locuzione «abusa del suo ufficio» e agganciando l'abuso penalisticamente inteso alla «violazione di norme di legge o di regolamento»¹⁰². Ciò al fine di porre un argine al «diffondersi, presso i giudici, ma soprattutto presso i P.M. della convinzione di potere decidere da sé, magari in contrasto con i criteri ai quali si ispira la p.a., e in materie nelle quali neppure gli esperti del settore sono in grado di formulare un giudizio sicuro, su che cosa era doveroso per il funzionario»¹⁰³. Atteggiamenti espressivi di un sindacato indebito – in quanto attinente al merito della discrezionalità amministrativa – sulle scelte degli organi della Pubblica Amministrazione, con evidente

perseguire il fine pubblico di assicurare la stagione turistica del Comune)».

¹⁰² Evidenziano come le ragioni politico-criminali della riforma del 1997 siano state legislativamente perseguite sotto un triplice piano (i) trasformazione in reato di evento e introduzione di note modali della condotta; (ii) introduzione del dolo intenzionale; (iii) abbassamento del limite edittale per impedire l'applicazione di misure coercitive, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, Volume I, Bologna, 2005, p. 155 ss.

¹⁰³ A. PAGLIARO, *La nuova riforma del delitto di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, fasc. 11, p. 1401.

compromissione del principio costituzionale della separazione dei poteri.

L'esigenza così profondamente sentita nel contesto sociologico e giuridico trova perfetta corrispondenza nelle prime decisioni della giurisprudenza di legittimità chiamata a pronunciarsi sulla fattispecie di nuovo conio. Cogliendo le potenziali derive cui (anche) il riformulato precetto si presta, in ragione della notevole ampiezza semantica della violazione di norme di legge o di regolamento, con la sentenza 4 dicembre 1997, Tosches, la Corte di Cassazione statuisce che «perché la violazione di legge o di regolamento possa integrare il delitto di abuso di ufficio 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 un pubblico servizio; pertanto, sono irrilevanti le violazioni di norme a carattere meramente procedimentale, ovvero le violazioni di norme generalissime o di principio».

La Suprema Corte delimita le modalità di produzione del risultato lesivo, ancorando la configurabilità del tipo alla circostanza che il singolo agente violi una norma dotata di specifico contenuto prescrittivo¹⁰⁴, e puntualizza espressamente come restino escluse dall'area della punibilità le violazioni di norme a carattere meramente procedimentale, come ad esempio quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie o dei

¹⁰⁴ Escludendo le norme prive di immediata portata precettiva la Corte «recepisce in pieno le indicazioni fornite dalla dottrina più attenta a scongiurare il pericolo di un eccesso di controllo del magistrato penale sui meccanismi decisionali del pubblico potere, teoricamente consentito dall'estrema ampiezza della formula usata dal legislatore per qualificare la modalità di realizzazione del comportamento punibile», A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, p. 6.

documenti prodotti dal privato ovvero quelle che abbiano ad oggetto le violazioni di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. che [...] non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti 105. La Corte pare quasi prevedere le torsioni a cui il testo normativo sarà costretto e fornisce indicazioni tese a rendere aderente la nuova struttura del reato alla necessità sottesa alla riforma appena intervenuta; ecco dunque che nel tentativo di disinnescare la (preoccupante) elasticità del dettato normativo 106, espunge dall'area penale un concetto di illegittimità esclusivamente formale, identificabile con la mera irregolarità, attraverso il richiamo all'applicazione (doverosa) del principio di determinatezza. La posizione assunta, con particolare riguardo all'esclusione della violazione di imparzialità e buon andamento ai fini della integrazione della fattispecie,

¹⁰⁵ Si vedano, nello stesso senso, (Cass. 10 gennaio 2001, Masi) «*Per la sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p., non è sufficiente che il soggetto ponga in essere un comportamento contrario ai doveri di imparzialità cui devono essere informati gli atti della p.a., ma è anche necessario che la sua condotta si risolva nella violazione di un obbligo determinato imposto dalla legge o dal regolamento direttamente connessa al perseguimento del vantaggio ingiusto richiesto dalla previsione normativa*»; e (Cass., sez. VI, n. 226706/2003) «*in tema di abuso di ufficio la norma di cui al 1° comma dell'art. 97 della Costituzione, secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, sicché tali principi per il carattere generale che li distingue non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 c.p.*».

¹⁰⁶ Vera e propria premonizione sembra scorgersi nelle parole di G. Fiandaca e E. Musco che osservano «l'espressione violazione di legge, considerata nella sua estrema genericità, potrebbe di per sé consentire nella giurisprudenza futura, interpretazioni così late da includervi anche norme generalissime e di principio, a cominciare dallo stesso art. 97 della Costituzione; se ciò avvenisse, il magistrato penale si sentirebbe autorizzato a sindacare, sotto il profilo della violazione di legge (costituzionale), la corrispondenza del comportamento del pubblico funzionario ai principi del buon andamento e dell'imparzialità, col risultato possibile di dilatare il campo della rilevanza penale entro confini ancora più estesi di quelli precedenti» (*op. cit.*, p. 247).

sembra fare buon governo dei principi propri del diritto penale classico.

Ferma restando la fin troppo ovvia riconducibilità della disposizione costituzionale al livello primario delle fonti del diritto, e soddisfatto quindi il requisito testuale, l'inclusione dell'art. 97 Cost. tra i referenti normativi la cui violazione potrebbe consentire la configurabilità dell'abuso di ufficio finirebbe per entrare in stridente contrasto con il principio di sufficiente determinatezza della fattispecie penale¹⁰⁷. Le norme costituzionali, per loro natura, hanno sempre valore di principio¹⁰⁸, come tali caratterizzate da profili di flessibilità e vaghezza scarsamente idonei a delineare i requisiti minimi di precisione e riconoscibilità del precetto penale, impedendo al destinatario di comprendere con certezza quale sia la condotta sanzionata. Il principio, infatti, ha ontologicamente bisogno di essere ripreso e specificato in una norma di legge o di regolamento che da esso estragga il comportamento vietato¹⁰⁹; con il rischio che detta attività venga svolta, in carenza di

¹⁰⁷ Ciò in quanto «la norma giuridica trasgredita, non essendo formalizzata con sufficiente precisione dall'ordinamento giuridico positivo, non è individuabile con anticipo e senza incertezze ma verrebbe di volta in volta ricostruita dal giudice penale nell'esercizio di poteri sostanzialmente normativi» A. TESAURO, *op. cit.*, p. 15. Negli stessi termini E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato sub art. 323*, Milano, 2012, p. 3196 osservano a proposito del canone costituzionale di cui all'art. 97 Cost. come «nonostante il "rango" della fonte da cui promana, sarebbe davvero problematico porre una siffatta statuizione a fondamento della struttura e del contenuto di una fattispecie incriminatrice; ed in effetti, i principi costituzionali, per quanto indubbiamente vincolanti rispetto alle fonti gerarchicamente subordinate, non possono tuttavia proprio in quanto principi e non regole rivelarsi idonei a fornire il sostrato tipico a una condotta penalmente rilevante».

¹⁰⁸ In argomento, M. DONINI, *Teoria generale del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 25 ss.

¹⁰⁹ Rileva la natura di «generatori di norme» dei principi, osservando come «applicare un principio significa formulare una regola in base a cui risolvere il caso in questione, regola che non esiste come già formulata prima del caso in questione», A. TESAURO, *op. cit.*, p. 10.

adeguata specificazione, direttamente dal giudice in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

L'approccio garantista è sbiadito con il tempo, lasciando posto a un'interpretazione dell'abuso di ufficio che ha progressivamente allontanato il formante giurisprudenziale dal dato normativo 110, fino a far rientrare nel sintagma violazione di norma di legge o di regolamento rilevante ex art. 323 c.p. un'ampia casistica, ben lontana dall'imprinting degli esordi, comprensiva della violazione di principi costituzionali, di norme diverse dalla legge o dal regolamento (come nel caso delle norme del piano regolatore attraverso il richiamo alla legge che lo disciplina) o della violazione dell'interpretazione di una disposizione. Rinviando al paragrafo che segue per una più puntuale analisi casistica, particolare rilievo in termini dimostrativi dell'assunto riveste la sopravvenuta rilevanza ai sensi dell'art. 323 c.p. della violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, esemplificativa della «interpretazione largheggiante in punto di condotta commissiva della nota comportamentale tipica, per certi versi analoga a quella corrente nel vigore della precedente formulazione» 111.

Tale impostazione ha consentito la costante divaricazione dei margini della fattispecie, divenuta capace di contenere un novero di condotte via via più ampio e di consentire un

¹¹⁰ M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'abuso d'ufficio*, cit., p. 241, che cita a riprova, oltre «la concretizzazione della violazione di norma di legge mediante violazione dell'art. 97 Cost.» anche l'aver fatto rientrare «nell'abuso di ufficio anche la violazione di norme diverse dalla legge o dal regolamento (es. norme del piano regolatore), facendo riferimento alla fonte sovraordinata (es. legislazione urbanistica), benché priva di contenuto precettivo».

¹¹¹ A. NATALINI, in *Guida al diritto*, n. 42 del 24 ottobre 2020, p. 10, che osserva come «Dopo un primo decennio di applicazione restrittiva della novella del 1997, ha preso piede un filone giurisprudenziale animato dalla finalità di più incisiva repressione degli abusi all'interno della Pubblica Amministrazione [...] ripudiandosi il falso dogma dell'insindacabilità della discrezionalità amministrativa».

sempre crescente numero di procedimenti penali per abuso di ufficio, con i conseguenziali contraccolpi dannosi, in termini economici e reputazionali, in capo ai pubblici ufficiali.

Lo “slabbramento” della norma ha finito così per innescare ulteriori interventi riformatori che, pur operando sulla struttura del reato, si sono spesso rivelati poco o nulla risolutivi.

8. Il terzo (e ultimo?) tentativo: il decreto “semplificazioni” (d.l. 76/2020)

Quanto sin qui esposto induce a ritenere gli effetti della riforma del 1997, per quanto abbiano segnato «un apprezzabile progresso»¹¹² nel cammino dell’abuso d’ufficio, muovendosi nella direzione di restringere l’area penalmente rilevante dello sfruttamento dell’ufficio e di contenere le invasioni del giudice penale nella sfera di discrezionalità dell’azione amministrativa, sono stati sostanzialmente annullati dalla giurisprudenza, che si è fatta portatrice di istanze spesso moralizzatrici e stigmatizzanti. Ciò si è tradotto, nella prassi degli uffici della P.A., in atteggiamenti da parte dei pubblici funzionari di estrema prudenza ove chiamati a decidere su pratiche che li avrebbero esposti a future censure in ragione delle valutazioni date e delle conseguenti decisioni prese, secondo uno schema di burocrazia “difensiva” che ricalca l’analoga ritrosia decisoria registrata in ambito medico, nella fondata preoccupazione di potersi incorrere nella contestazione di abuso di ufficio ex art. 323 c.p. a fronte dell’attività esercitata.

¹¹² M. ROMANO, *Comm. sist., I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2020, pp. 351-352.

Tutto ciò, a cascata, ha totalmente impantanato l'azione della Pubblica Amministrazione ed ha determinato la situazione di stallo a cui si assiste nelle scelte della vita politica ed amministrativa contemporanea, con il sempre più largo uso dello scarico delle responsabilità, anche attraverso la continua ricerca del parere del comitato, del pool di esperti e di altri team a suffragazione della scelta da effettuare.

Ed infatti “la fuga dalla firma” è una evidenza della patologica situazione in cui versa la Pubblica Amministrazione e si palesa in ogni forma, a parte rarissime eccezioni, di governance amministrativa. Il funzionario pubblico tenta di sottrarsi alla scure della indagine penale perché essa stessa, oramai, non solo genera angoscia per l'esito dell'eventuale processo penale che ne dovesse derivare, ma anticipa, attraverso il primo ed immediato giudizio dei media, una sentenza di condanna mediatica, che magari nella realtà processuale non vi sarà.

Il funzionario pubblico è quindi assiso su posizioni di difesa totale ed utilizza gli strumenti del rinvio, del parere, dell'incompetenza parziale, etc. per evitare la scelta che pure la legge gli impone di adottare, con immediate ricadute su tutti i settori cruciali della vita del paese.

Nella ottica di superare tale impasse il legislatore contemporaneo sembra voler adottare delle scelte a definitiva risoluzione delle criticità evidenziate ed ha previsto con l'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, denominato, “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”, convertito nella legge n. 120 del 11 settembre 2020, la riforma dell'art. 323 c.p. sostituendo le parole “di norme di legge o di regolamento” con le seguenti «di specifiche regole di condotta espressamente previste

dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»¹¹³.

Prende dunque forma la modifica legislativa del luglio 2020¹¹⁴ con un tentativo volto a colmare quel *deficit* di tassatività intervenendo sulla locuzione “violazione di norme di legge o di regolamento”, ma fa salvo il restante assetto della norma, ivi compreso il requisito della intenzionalità richiesto per la configurazione della fattispecie.

In via di prima approssimazione, può dirsi che resta dunque immutata, quanto meno formalmente, l’esigenza di individuare quella consapevolezza, quell’acclarato grado di partecipazione del soggetto agente, nel pubblico ufficiale o nell’incaricato di pubblico servizio, tanto nella condotta – ora divenuta «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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti» – quanto nell’evento, che agisce proprio al fine, allo scopo di procurare o procurarsi un ingiusto profitto patrimoniale ovvero di arrecare un danno ingiusto¹¹⁵.

¹¹³ La vigente versione dell’art. 323 c.p., così come modificata dall’art. 23, comma 1 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recita: «*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 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità*».

¹¹⁴ Legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione con modifiche del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “Decreto Semplificazioni”), recante misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale.

¹¹⁵ Tra le tante, cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2009, n. 4979.

Eliminando dall'area del penalmente rilevante ogni condotta caratterizzata da margini di discrezionalità, la riforma in parola impone un radicale mutamento della stessa morfologia dell'abuso¹¹⁶. Ora, è necessaria la «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» – emerge evidente il paradosso della incontestabilità del delitto di abuso d'ufficio in capo al pubblico agente che viola con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale (o di danno ingiusto) un regolamento dato dall'amministrazione o che eserciti con lo stesso obiettivo un potere discrezionale previsto dalla legge.

La nuova formulazione interviene sulla qualificazione giuridica dell'art. 323 c.p., e, di conseguenza, sulla fase procedimentale, preliminare al dibattimento, quella maggiormente stressata dallo slabbramento della fattispecie.

Il dato di una violazione concentrata su sole regole di condotta vincolanti ha il pregio di semplificare l'accertamento del reato, mirando ad una marginalizzazione della *probatio diabolica*. Avendo il legislatore voluto rimarcare il dolo dell'abuso d'ufficio con un avverbio rafforzativo, è evidente che ciò è stato fatto con il fine di restringere l'area del penalmente rilevante e, quindi, l'ambito dell'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 323 c.p.

Il disvalore della fattispecie, incentrato oggettivamente sul verificarsi dell'evento, rappresentato dal procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero

¹¹⁶ Sul punto, M. NADDEO *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale diritto e procedura*, 10 agosto 2020.

dall'arrecare ad altri un danno ingiusto, richiede necessariamente, sotto il profilo soggettivo, che il soggetto attivo agisca proprio per perseguire l'uno o l'altro evento normativamente previsto.

È necessario, dunque, che il soggetto pubblico commetta l'abuso proprio allo scopo di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare un danno ingiusto: l'evento deve rappresentare lo scopo finale della condotta e, quindi, l'oggetto di una rappresentazione intenzionale. L'agente non soltanto deve avere la coscienza e la volontà dell'abuso che compie, ma deve anche, consapevolmente, perseguire la realizzazione delle suddette finalità di vantaggio o di danno in via diretta ed immediata (il dolo intenzionale riguarda peraltro solo l'evento di danno o di vantaggio, mentre tutti gli altri elementi della fattispecie costituiscono oggetto di dolo generico: tanto si ricava dal fatto che l'avverbio intenzionalmente è relativo alla sola condotta del procurare o dell'arrecare).

CAPITOLO III

L'odierno volto dell'abuso d'ufficio tra intenti legislativi e diritto vivente

SOMMARIO: 1. La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale. 2. Ratio legis e coerenza politico-criminale. 3. La struttura della fattispecie e i suoi elementi costitutivi. 3.1. La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”. 3.2. “(...) E dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. 3.3. La (immutata) violazione dell'obbligo di astensione. 4. Il “nuovo” abuso d'ufficio al vaglio della giurisprudenza di legittimità. 4.1. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere cosiddetto “estrinseco” (Cass. pen., n. 442/2021). 4.2. Abuso d'ufficio e potere discrezionale in astratto, vincolato in concreto (Cass. pen., n. 8057/2021). 4.3. Considerazioni finali.

1. Riforma e strumento normativo prescelto

La parziale riforma del delitto di abuso d'ufficio per effetto del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120) ha riscritto, con l'art. 23, il primo comma dell'art. 323 del codice, sostituendo le parole (in violazione) «di norme di legge o di regolamento» con quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La riforma del 2020 ha inteso restringere il perimetro applicativo della fattispecie di abuso d'ufficio, elevando, almeno nelle intenzioni del legislatore, la discrezionalità amministrativa ad elemento negativo del fatto. L'esercizio di potere discrezionale, in altri termini, segnerebbe il limite della condotta di abuso, di modo che fin dove sussista discrezionalità non ci sarà esercizio abusivo del potere¹¹⁷. Prima di entrare nel merito della riforma e del raggiungimento degli obiettivi prefissati, non possono sottacersi le perplessità sollevate dallo strumento normativo prescelto, vale a dire il decreto legge¹¹⁸. Il ricorso alla decretazione d'urgenza in materia penale negli ultimi decenni è un dato tanto censurabile quanto consolidato, a cui si aggiunge che, nel caso di specie¹¹⁹, la scelta di

¹¹⁷ In termini, A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 1 aprile 2021.

¹¹⁸ Sulla compatibilità tra l'impiego del decreto legge in materia penale ed il principio di riserva di legge, ex multis e con diversi accenti, F. BRICOLA, Il II ed il III comma dell'art. 25, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, XXI, Bologna, 1981, p. 238 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1990, p. 1 ss.; V. MAIELLO, 'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 167 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, p. 32; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 27-32; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 23, p. 58; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 27 ss.

¹¹⁹ Oltretutto approvata "salvo intese" e sulla quale è stata posta la questione di fiducia. Per una lucida analisi della «discutibile scelta di fondo [...] di ricorrere al decreto-legge, anziché alla legge, per modificare una norma penale, per di più in assenza di un accordo tra le forze di maggioranza e all'interno del Consiglio dei Ministri. L'abuso d'ufficio è infatti stato approvato dal Consiglio dei Ministri, il 7 luglio scorso, con la formula "salvo intese"», oltre che della generale questione di legittimità costituzionale che si pone tutte le volte in cui il decreto-legge divenga veicolo normativo per introdurre o modificare norme incriminatrici, v. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso*

sottrarre al Parlamento il compito di definire ponderatamente il volto della nuova fattispecie pare discutibile per due ulteriori ordini di ragioni. In primo luogo, il messaggio mandato si è rivelato non del tutto attendibile (al pari di quanto accaduto per altre “riforme” varate nel corso della legislatura, come ad esempio in tema di legittima difesa¹²⁰), sgretolandosi, come vedremo, fin dalla prima pronuncia di legittimità sul “nuovo” abuso d’ufficio. L’impunità promessa non trova al momento

d’ufficio, approvata dal governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?), in questa Rivista, 17 luglio 2020. L’autore ricorda come la pratica dell’approvazione “salvo intese” – sempre più frequente nell’ultimo decennio – sia stata da ultimo autorevolmente denunciata da Sabino Cassese, in un’intervista a *Il Messaggero* relativa proprio al “Decreto Semplificazioni”. Quella pratica «marginalizza il ruolo del Consiglio dei Ministri e fa sì che i testi normativi non vengano presentati e approvati dall’organo collegiale: ormai il Consiglio dei Ministri è diventato un organo di ratifica di decisioni prese altrove». Salvo intese – con le parole del professore Cassese – «vuol dire che non c’è accordo, che si raggiungerà successivamente, in negoziati tra le forze politiche, ma è grave anche che nel Consiglio dei Ministri non vengano veramente discussi i testi normativi, che sono preparati altrove, negli incontri tra rappresentanti dei partiti. Ed è ancor più grave, mi sentirei di aggiungere, quando si tratta di mettere mano al codice penale. La riserva di legge in materia penale è messa in crisi non solo dalla invisibilità del Parlamento, ma anche da un Consiglio dei Ministri che approva “salvo intese” una riforma in materia penale. E non si tratta – si badi bene – di una approvazione salvo intese tecniche, che rimette ad altra sede la definizione di aspetti tecnici e di dettaglio. La nuova fisionomia dell’abuso d’ufficio non risulta dal dibattito parlamentare, come imporrebbe l’art. 25, co. 2 Cost., e non risulta nemmeno, come presuppone l’art. 77, co. 2 Cost., da una deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri che approvi un determinato testo normativo, che è diventato noto al pubblico solo al momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Che ciò sia compatibile con i principi costituzionali è lecito dubitare, a dir poco. Ed è a mio avviso un compito della dottrina, nel suo ruolo di coscienza critica, farlo notare».

¹²⁰ In argomento, G. L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale*, a margine della lettera con la quale il presidente della repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, sentenza 20 febbraio 2020 – 21 luglio 2020, n. 21794 in *Foro it.*, 2020, con nota di F. PARISI, “La difesa non è sempre legittima”. La Cassazione si pronuncia sulla legittima difesa domiciliare dopo la legge n. 36 del 2019.

riscontro, con seri problemi in punto di accessibilità del precetto.

Inoltre, il mancato coordinamento con la precedente “spazzacorrotti” reca con sé il rischio di generare un certo disorientamento negli uffici dell’amministrazione.

Attraverso testi normativi autonomi e non coevi vengono mandati messaggi antitetici: tranquillizzanti rispetto all’art. 323 c.p., allarmanti nel resto. I dubbi sollevati in dottrina circa l’idoneità della tecnica normativa adottata dal legislatore a soddisfare esigenze riformatrici sistemiche (e non meramente contingenti) non hanno tardato a trovare ingresso in giurisprudenza, giungendo al vaglio della Consulta, che si è pronunciata con la recente sentenza n. 8 del 2022. In tale pronuncia la Corte si è pronunciata – ritenendola non fondata – sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal GUP del Tribunale di Catanzaro sull’art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito, nell’art. 323 c.p., la locuzione, riferita alla violazione integrativa del reato, «di norme di legge o di regolamento» con l’altra, più restrittiva, «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Ed invero, la Consulta ha ritenuto che la norma del cosiddetto Decreto Semplificazioni, che restringe, definendola meglio, la sfera applicativa del reato di abuso d’ufficio non nasca soltanto dalla necessità di contrastare la “burocrazia difensiva” e i suoi guasti derivanti dalla dilatazione dell’applicazione giurisprudenziale

dell'incriminazione. È «l'esigenza di far "ripartire" celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia che – nella valutazione del Governo (e del Parlamento in sede di conversione) – ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Valutazione, questa, che non può considerarsi, comunque sia, manifestamente irragionevole o arbitraria».

La Corte ha ricostruito la lunga vicenda politico-parlamentare-giudiziaria dell'abuso d'ufficio e di quella "burocrazia difensiva" derivante dalla dilatazione dell'ambito applicativo del reato, per cui «i pubblici funzionari si astengono [...] dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative [...], o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")». Tuttavia, la Corte ha rilevato che la scelta di porre mano all'intervento legislativo censurato è maturata «solo a seguito dell'emergenza pandemica da COVID-19, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento d'urgenza volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale, messa a dura prova dalla prolungata chiusura delle attività produttive disposta nella prima fase acuta dell'emergenza». La modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale era stata censurata dal Gup del Tribunale di Catanzaro con riferimento, sia alla scelta di attuarla con un provvedimento d'urgenza, sia alla correttezza, dal punto di vista sostanziale, delle soluzioni concretamente adottate. Il giudice chiedeva una pronuncia di incostituzionalità che avrebbe avuto come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, dal perimetro più

vasto.

La Corte ha escluso che la modifica censurata fosse «eccentrica e assolutamente avulsa», per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è stata inserita, composto di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che ha caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica. Nel Governo, prosegue la sentenza, era diffusa l'idea che questa ripresa potesse essere facilitata anche «da una più puntuale delimitazione della responsabilità». Da questo punto di vista, «la modifica non è neppure una “monade” isolata» ma si abbina «a disposizioni volte a “tranquillizzare” i pubblici amministratori» rispetto all'altro “rischio” della responsabilità erariale, parimenti oggetto di modifiche a carattere limitativo. Pertanto, la Corte ha concluso che la norma censurata non è «palesamente estranea alla traiettoria finalistica portante del decreto».

La sentenza esclude, inoltre, che mancassero i requisiti di straordinaria necessità e urgenza, derivanti, secondo la valutazione del Governo, proprio dall'emergenza epidemiologica e dalla necessità di far “ripartire” il Paese celermente. È stata dichiarata, invece, inammissibile la questione relativa ai contenuti sostanziali della modifica, che secondo il Gup di Catanzaro avrebbe depotenziato eccessivamente la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (articoli 3 e 97 della Costituzione). La questione mirava a una pronuncia sfavorevole per l'imputato in materia penale, fuori dei casi in cui ciò è consentito alla Corte. La sentenza ha pure ricordato che la salvaguardia dei valori costituzionali non si esaurisce nella tutela penale e che

«l’incriminazione costituisce anzi un’*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l’assenza o l’inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

2. *Ratio legis* e coerenza politico-criminale

Tale riformulazione si inserisce in un più ampio disegno e muove dall’intento dichiarato dal Legislatore di offrire, con il coacervo di “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”¹²¹, «un intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all’eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno all’economia verde e all’attività di impresa»¹²², nel contempo contrastando la “burocrazia difensiva” e la “paura della firma” individuati quali fattori a rischio di bloccare l’azione amministrativa per timore di danno erariale o, appunto, abuso d’ufficio. Il Governo ha così ritenuto di muoversi nel senso di imprimere un forte impulso all’azione della Pubblica Amministrazione, al suo svecchiamento e alla sua semplificazione.

¹²¹ Il “Decreto Semplificazioni” è stato peraltro recentemente modificato dall’art. 51 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», meglio noto come “Decreto Governance”.

¹²² Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 54 del 7 Luglio 2020, in www.infoparlamento.it. Circa pregi e “peccati originali” del “Decreto Semplificazioni” nel suo complesso, si rinvia, tra gli altri, all’Editoriale di MOCHI SISMONDI, Decreto semplificazioni: una buona legge con dei gravi limiti strutturali, in www.forumpa.it, 16.09.2020.

Sul versante della responsabilità penale si è inciso mediante una modifica alla disciplina dell'abuso d'ufficio la quale tocca il nucleo della fattispecie, già affrontato dalla riforma del 1997, nell'intento di liberare i funzionari pubblici dal timore di un controllo pervasivo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa da parte del giudice penale. Un'azione, dunque, espressamente indirizzata a restringere l'area del penalmente rilevante, in controtendenza rispetto alle riforme dell'ultimo decennio nella materia dei reati contro la Pubblica Amministrazione, in specie alla cosiddetta "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019).

Per la verità, si è visto come pure la novella del 1997 fosse indirizzata a "contenere" il sindacato del giudice penale sugli atti della Pubblica Amministrazione e, soprattutto a questo fine, a puntellare la tipicità della fattispecie divenuta, anche dopo la riforma del 1990, una sorta di ultima spiaggia destinata a raccogliere tutti i comportamenti "innominati" di ritenuta infedeltà nei confronti della Pubblica Amministrazione; e tuttavia, come noto, il riferimento alla «violazione di norme di legge o regolamento» non aveva sortito l'effetto sperato.

La riforma attuata con il "Decreto Semplificazioni" trova così origine negli stessi rilievi che hanno motivato quella del 1997 (e, per dirla tutta, anche quella del 1990): rompere il (supposto) legame tra scarsa efficienza della Pubblica Amministrazione e i timori connessi all'eccessiva ampiezza dell'ipotesi criminosa, delimitandone l'ambito applicativo attraverso una sua migliore perimetrazione.

La scelta del Legislatore del 2020 di circoscrivere l'abuso rilevante alla 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 propone dunque, anzitutto, di (nuovamente) assecondare l'intento di sbarrare la strada, *recte* contenere dette interpretazioni espansive. Nella stessa direzione si iscrivono l'esclusione di rilevanza della violazione di norme regolamentari e la precisazione della perseguibilità della sola inosservanza di regole di condotta specifiche ed espressamente previste da fonti primarie, ponendosi con ciò all'indice il classico schema della eterointegrazione, ovvero della violazione mediata di norme di legge interposte. Da tali regole di condotta non devono poi residuare margini di discrezionalità.

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, intestato alle «semplificazioni», modifica, all'art. 23, la fattispecie dell'art. 323, comma 1° c.p., già integralmente riformulata dall'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234: un ennesimo intervento «riformatore» seguito a quello, di più ampio respiro sistematico, compiuto con la l. 26 aprile 1990, n. 86, e condotto – ancora una volta, vien fatto di dire – all'insegna del principio di tassatività e di determinatezza; che sinora, evidentemente, e nonostante gli sforzi profusi, il legislatore non sarebbe stato in grado di assicurare. Il proposito perseguito è di liberare amministratori e politici dalle ambasce che ogni scelta discrezionale, compiuta nell'esercizio del potere corrispondente all'esercizio delle loro funzioni, provocherebbe loro, in quanto connessa alla minacciosa prospettiva di un'indagine penale e di una successiva incriminazione.

3. La struttura della fattispecie e i suoi elementi costitutivi

La riforma incide sulla condotta del reato, sostituendo la locuzione “di norme di legge o di regolamento” dell'art.

323 c.p. con “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. Restano invariati, invece, l’evento e l’elemento soggettivo.

Anche la condotta alternativa di abuso, relativa alla mancata astensione “in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”, non subisce modifiche.

Come puntualmente osservato ¹²³, la modifica apportata alle violazioni tipiche opera secondo tre direttrici: quale riduzione quantitativa del catalogo delle fonti capaci di attivare l’abuso d’ufficio, dal quale viene esplicitamente escluso il regolamento; tramite la selezione qualitativa delle sole leggi – o degli atti equiparati alla legge – che disciplinano espressamente la condotta del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio; con l’introduzione, quale “elemento negativo del fatto” ¹²⁴, dell’assenza di margini di discrezionalità nella disciplina legislativa che può attivare contestazioni ai sensi dell’art. 323 c.p.

Restringendo “a monte” il catalogo delle condotte da sottoporre alla lente d’ingrandimento (anche mediatica) del procedimento penale, l’intento perseguito dal legislatore è quello di assicurare l’operatore pubblico, censurando di fatto la slabbratura operata per via ermeneutica attraverso l’inclusione nel cono delle “norme di legge” delle ‘porose’ violazioni ‘mediate’ della legge e gli evanescenti principi

¹²³ A.R. CASTALDO-F. COPPOLA, La riforma dell’abuso d’ufficio nel D.L. “Semplificazioni”, in Il quotidiano giuridico, 17 luglio 2020.

¹²⁴ T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio, in Giur. pen. Web, 7-8/2020, p. 10.

costituzionali dal contenuto precettivo, quale il divieto di favoritismi (art. 97 Cost.)¹²⁵.

La interpretazione dell'art. 323 c.p. (*abuso d'ufficio*) deve tener conto del bene giuridico tutelato, che può farsi garante della lettura sostanzialistica del precetto e, insieme al principio di offensività, misurare il disvalore del fatto tipizzato, assecondandone un'applicazione tassativa nel rispetto del principio di legalità formale. Preservato dalla indebita diluizione nello scopo della norma incriminatrice, l'interesse giuridico può presiedere alla fase ermeneutica imponendo al giudice l'accertamento della effettiva lesione (o messa in pericolo) conseguente alla condotta. Premessa indispensabile che impone al disvalore di azione di emanciparsi e distinguersi dalla mera disobbedienza¹²⁶, proiettando l'attenzione sul disvalore di evento che è parametro epistemologicamente verificabile.

Declinare l'oggetto giuridico in funzione selettiva è particolarmente utile per assicurare la tenuta applicativa di una fattispecie a carattere residuale come l'abuso d'ufficio e lo è ancor di più se si pone mente alla natura bifronte delle condotte che la caratterizzano.

Collocato tra i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, l'art. 323 c.p. è destinato ad assorbire ogni fatto che non costituisca più grave reato; l'inquadramento sistematico ne consente l'applicazione ogni volta che la violazione di (specifiche) norme si accompagna al tradimento delle finalità di imparzialità e/o di buon andamento dell'amministrazione che prende corpo nell'ingiusto vantaggio patrimoniale (procurato a sé o ad altri) ovvero nel danno ingiusto (ad altri arrecato).

¹²⁵ Così A.R. CASTALDO-F. COPPOLA, op. cit.

¹²⁶ R.M. HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, Bensheimer, 1919, p. 94.

Il nucleo dell'oggetto giuridico, insomma, è rappresentato dal buon andamento, dalla imparzialità e dalla trasparenza cui deve essere improntata l'azione dei pubblici ufficiali, appunto destinatari di poteri da esercitare nell'interesse della Pubblica Amministrazione. Non a caso, il *Tatbestand* è quello di un reato proprio che ritrae soggetti giuridicamente qualificati "nello svolgimento delle funzioni o del servizio". In quest'ottica, il reato ha natura monoffensiva e l'eventuale danno ingiusto subito dal privato non è suscettibile di sradicare la titolarità dell'interesse protetto dalla sfera della Pubblica Amministrazione (unica parte legittimata alla proposizione dell'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione del P.M. ovvero del reclamo avverso il provvedimento di archiviazione del G.I.P.), lasciando al danneggiato – sguarnito di diritti processuali in fase d'indagini – la sola legittimazione a costituirsi parte civile nel processo (sez. III, 10/18811 e, nella stessa ottica, sez. II, 97/3529, conf. sez. VI, 98/17, sez. VI, 99/1147, conf. sez. VI, 97/1106, sez. V, 99/2133).

Si tratta di un indirizzo che valorizza la gerarchia degli interessi, preferendo la duttilità ermeneutica degli avamposti (pubblicistici) al bene giuridico-finale del privato sul quale è fisiologicamente destinata a impattare la condotta del pubblico agente nelle ipotesi di abuso in danno ¹²⁷. Di contro, porre l'interesse privatistico sullo

¹²⁷ Segnala come «il danno ingiusto subito dal soggetto prevaricato passi necessariamente attraverso un comportamento lesivo degli interessi tradizionali dell'amministrazione e solo nei limiti di tutela a questa apprestata», C. CUPELLI, L'abuso d'ufficio, in B. ROMANO-A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, p. 276. L'Autore precisa che al diritto del privato è riconosciuta una tutela indiretta, l'evento del reato coinciderà con la sola lesione al bene giuridico dell'imparzialità, che dovrà essere «a sua volta collegata all'illegittimità della condotta, secondo i parametri specifici contenuti nella norma». Si tratta di una

stesso piano di quelli della Pubblica Amministrazione significa considerare l'abuso d'ufficio come reato plurioffensivo con conseguenze processuali (il privato rivestirà la qualità di parte offesa con abilitazione all'esercizio dei diritti di cui agli artt. 408 ss. c.p.p.)¹²⁸ ed esegetiche (Cass. pen., sez. VI, 08/17642). D'altra parte, la tesi della dotazione plurioffensiva dell'art. 323 c.p. impone a maggior ragione il confronto con il concetto di pubblica amministrazione funzione¹²⁹, impegnando l'interprete in un lavoro di precisione che consenta di puntare la focale repressiva sul reale contenuto di tale funzione e non certo sul mero formalismo provvedimentale che deve attualizzarlo. In questa direzione, è irrinunciabile sfruttare il disvalore d'evento come dato esprime l'offesa all'interesse protetto.

Si tratta di un assunto non rispettato dalla riforma del 2020, che si è concentrata esclusivamente sulla violazione di legge, rischiando la deriva formalistica del precetto, dal quale è stata espunta una porzione significativa dell'attività illecita dei pubblici agenti. Senza contare che l'attuale modello di P.A. ha superato il ruolo di mera esecuzione passiva della legge, assumendo il delicato compito di ricomporre contrapposti interessi (pubblici e privati), grazie alla componente discrezionale che, sottratta al tipo, continua criminologicamente a rappresentare il terreno di coltura degli abusi più gravi.

soluzione interpretativa in grado di salvaguardare il corollario della tassatività in sede applicativa.

¹²⁸ In tal senso, M. ROMANO, I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Milano, 2019, p. 352 ss., che considera «riduttivo ritenere il privato semplice danneggiato».

¹²⁹ Ne ripercorre lucidamente le tappe fondamentali A. SESSA, Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, Napoli, 2006, p. 95 ss.

Sostituire il bulino selettivo del monomio fondato sulla concreta offesa del bene giuridico con l'ingessatura oggettivistica tipica della violazione di leggi vincolanti rischia di confondere la pretesa illegittimità della condotta con la mera irregolarità, escludendo dal bilanciamento degli interessi i criteri di economicità ed efficacia che, viceversa, devono orientarne la composizione.

Al contrario, mantenere fermo il baricentro della norma sull'offesa del buon andamento della Pubblica Amministrazione (anche quale bene giuridico intermedio rispetto alla lesione dell'interesse privatistico) consente di recuperare quel disvalore d'evento sul quale si innerva l'abuso penalmente rilevante, preservando la valenza dell'eccesso di potere laddove esso si traduca nello sviamento che innesca la transizione dal "merito amministrativo" al "merito privato" di consistenza criminosa¹³⁰.

Il taglio del riformatore è dunque destinato a riflettersi sui beni giuridici che la fattispecie continua a preservare solo da particolari forme di aggressione, ovvero da azioni «in violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità»¹³¹.

¹³⁰ T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, in *Giur. pen.*, 7-8/2020, spec. p. 14 ss.

¹³¹ Locuzione immediatamente tacciata di contraddittorietà implicita da chi ha evidenziato che «le regole sono generali e astratte. Le prescrizioni invece sono esistenziali e sono specifiche», motivo per cui «l'aggettivo specifiche nega il sostantivo regole e le regole, a loro volta, non possono essere specifiche», così S. PERONGINI, L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020, Torino, 2020, p. 152. Senza contare che «non sempre un abuso di poteri o di qualità integra gli estremi della violazione di legge o di regolamento», così – prima della riforma – D. BRUNELLI, Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento, in *Riv. Federalismi.it*, 2012, p. 15.

In sintesi, si esclude la rilevanza penale delle condotte violative di regolamenti, di regole di condotta che non siano specifiche ed espressamente previste in legge o atti ad essa equiparati, e, con riferimento a quanto detto, di condotte rispetto alle quali residuino margini di discrezionalità nell'agire dell'agente. La condotta punibile, in generale, è stata quindi parzialmente rielaborata con l'introduzione di elementi specializzanti per specificazione rispetto alla precedente formulazione. Tuttavia, non può non tenersi conto di come tale modifica lasci ulteriormente dubbi circa l'effettiva portata innovativa della riforma. Se, da un lato, si è escluso il riferimento ai regolamenti quali fonti di diritto rispetto ai quali può realizzarsi la condotta violativa del precetto da parte dell'agente, dall'altro lato si inseriscono concetti di non facile definizione, soprattutto in ragione del fatto che la discrezionalità è connaturale all'agire di un soggetto in tal senso qualificato dalla norma. In questi termini devono essere analizzate le singole specificazioni attuate dalla modifica normativa.

3.1. La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”

Quanto all'inserimento dell'espressione “in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste da legge o da atti aventi forza di legge”, la ratio della modifica sembra essere quella di escludere la possibilità di configurare il reato di abuso di ufficio per violazione di principi generali come desunti dall'art. 97 Cost., da leggersi in combinato disposto con l'art. 1 l. n. 241 del 1990. In epoca anteriore alla suddetta modifica, parte della giurisprudenza riteneva possibile, come evidenziato in

precedenza, sussumere nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p. condotte violative della legge intesa, in senso lato, come comprensiva del principio immediatamente applicabile desumibile dall'art. 97 Cost., ossia il principio del buon andamento. Tale disposizione si qualificava quale norma di carattere precettivo, vincolante e non meramente programmatica, come confermato dal disposto dell'art. 1 l. n. 241 del 1990. La soluzione che esclude la rilevanza di condotte violative del principio di cui all'art. 97 Cost. è da apprezzare per quanto riguarda una maggiore garanzia di prevedibilità delle conseguenze degli illeciti commessi nell'ambito dell'attività amministrativa, da sempre considerato quale *punctum dolens* della disciplina del reato di abuso d'ufficio. Escludere la rilevanza penale dei fatti commessi in violazione del principio di buon andamento permette di eludere il pericolo di configurare una indeterminata casistica potenzialmente sussumibile nella fattispecie ex art. 323 c.p. In altri termini, risulta particolarmente difficoltoso predeterminare, ex ante, la moltitudine di condotte astrattamente riconducibili a tale principio, il quale permea lo svolgimento dell'attività amministrativa complessivamente intesa.

L'esclusione della rilevanza penale della violazione dei regolamenti è stata accolta con favore da coloro che ritenevano i regolamenti fonti secondarie integrative del precetto di cui all'art. 323 c.p. Tali osservazioni comportavano rilievi critici in punto di legittimità costituzionale della fattispecie di abuso d'ufficio, la cui condotta punibile doveva essere individuata in riferimento alla norma secondaria rilevante caso per caso. Il rischio connaturato alla punibilità di condotte violative di regolamenti attiene alla lesione dei principi di

determinatezza e tassatività del precetto penale, atteso che si richiederebbe al pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio di conformarsi ad un sistema particolarmente complesso di integrazioni fra norme. Di converso, la modifica in esame è stata criticata da parte della dottrina che la ha considerata irragionevole¹³², se non dannosa e pericolosa, in quanto esclude dal novero dei comportamenti penalmente rilevanti quelle condotte poste in violazione di fonti del diritto proprie dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione, ovvero i regolamenti e, in generale, le fonti subprimarie¹³³. Sul punto, altra opzione ermeneutica successiva alla riforma ha ritenuto che, per evitare che tale norma risulti tacitamente abrogata in concreto dall'*intentio legis* di esclusione radicale di qualsiasi rilevanza penale delle condotte violative di regolamenti, queste ultime non debbano ritenersi estranee al disposto normativo se realizzate quale forma di violazione mediata o indiretta del

¹³² Sull'irragionevolezza dell'esclusione della violazione dei regolamenti cfr. G. L. GATTA, Da "spazzacorrotti" a "basta paura": il decreto – semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?), in *Sistema penale*, 17 luglio 2020, p. 6; Cfr. A. MANNA – G. SALCUNI, Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio, in *La legislazione penale eu*, 2, 17 dicembre 2020, p. 9. Critica alla modifica altresì A. MERLI, Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma, in *Arch. pen.*, {<https://URL>}paradosso di escludere dal novero delle fonti normative (...) in cui si rinvengono regole di condotta espresse e specifiche, di immediata applicazione, più specifiche al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori (...) e tuttavia – ecco il paradosso – regolamento non utilizzabile come parametro di riferimento agli effetti della norma novellata in quanto esclusa dall'area applicativa dell'abuso d'ufficio per effetto della restrizione dell'area del punibile che ha ispirato la riforma».

¹³³ Cfr. G. INSOLERA, Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, in *diScrimen*, 31 luglio 2020, pp. 2 e ss., secondo cui i regolamenti sono «notoriamente indispensabili, purtroppo, nel dare esecuzione alle opzioni legislative».

precetto penale¹³⁴. Tale conclusione risulta conforme al principio della riserva di legge in materia penale, secondo cui è possibile un'eterointegrazione della legge qualora il regolamento assurga a fonte meramente specificativa e descrittiva in senso tecnico del precetto ab origine conforme ai canoni di tassatività e tipicità. Sulla questione non può non criticarsi la soluzione aprioristica di esclusione della rilevanza di qualsiasi norma regolamentare, altrimenti il pericolo è l'impunità delle condotte tipicamente abusive nella pubblica amministrazione. In particolare «il buon andamento della p.a. non può essere tutelato efficacemente se si consente di violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno, spesso attraverso procedimenti particolarmente complessi»¹³⁵. Per questi motivi, l'interpretazione successiva alla modifica dell'art. 323 c.p. ha escluso dalla tipicità del reato le condotte poste in violazione diretta di regolamenti, ma continua a ritenere penalmente rilevanti quelle frutto della violazione indiretta e mediata di fonti

¹³⁴ Sul punto v. S. PERONGINI, L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione (con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla l. n. 120/2020), Torino, 2020, p. 75, secondo cui il legislatore «avrebbe dovuto precisare che la violazione doveva essere diretta e non mediata o indiretta (...) la riforma introdotta dalla l. n. 120/2020 non ha risolto il problema. Né l'aggettivo "specifiche", né l'avverbio "espressamente", presenti nella nuova formulazione, posseggono la funzione selettiva volta ad impedire la configurazione del reato di abuso d'ufficio in caso di violazione indiretta e mediata». Conforme a tale impostazione C. PAGELLA, La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del decreto semplificazioni, in Sistema penale, 19.5.2021, nota a Cass. Sez. VI 9 dicembre 2020 (dep. 8.1.2021) n.442, pp. 3 e ss., secondo cui «il legislatore, pur avendo espunto dalla norma sull'abuso d'ufficio il riferimento alla violazione dei regolamenti, non si è preoccupato di sterilizzare il rischio di rinvii a catena innescati dall'elemento normativo».

¹³⁵ Sul punto G.L. GATTA, Da "spazzacorrotti" a "basta paura": il decreto – semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, op. cit., p. 2

subprimarie che integrino il precetto penale esclusivamente dal punto descrittivo e tecnico.

La soluzione in esame risulta giustificata dalla prospettazione della teoria della norma interposta e dei c.d. richiami o rinvii a catena¹³⁶. In particolare, la condotta violativa del regolamento assume rilevanza penale nel momento in cui tale fonte risulti richiamata “espressamente”¹³⁷ ed in maniera “specificata” dalla legge in conformità al disposto dell’art. 323 c.p., le cui espressioni assurgono ad elementi normativi della fattispecie, suscettibile quindi di eterointegrazione¹³⁸. Alla luce delle suddette coordinate ermeneutiche si evidenzia come, a latere della voluntas legis sottesa alla riforma di circoscrivere la rilevanza penale delle condotte astrattamente riconducibili all’art. 323 c.p., la modifica dell’abuso di ufficio ivi esaminata abbia prodotto un effetto contrario ed opposto. Per evitare di lasciare impunte le condotte violative di norme regolamentari, infatti, la giurisprudenza successiva ha ampliato l’operatività della teoria della norma interposta e dei c.d. rinvii a catena. Tale prospettiva esegetica ha accentuato il rischio che si voleva

¹³⁶ Avalla l’operatività della teoria della norma interposta M. ROMANO, Abuso d’ufficio, in Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Milano, 2006, p. 266; G. SALCUNI, La “disciplina altrove”. L’abuso d’ufficio tra regolamenti e formazione flessibile, Napoli, 2019, pp. 165 e ss.

¹³⁷ Contrario a tale interpretazione A. NISCO, La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile, in Sistema penale, 20.11.2020, p. 7, il quale esclude che l’abuso d’ufficio possa derivare da forme mediate di violazione di legge perché non si tratterebbe più di “espressa” violazione ma desunta da norma subordinata

¹³⁸ Cfr. A. MANNA – G. SALCUNI, Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?, op. cit., p. 8, secondo cui «la teoria della norma interposta ben può allora essere utilizzata per ricostruire le condotte vietate dall’art. 323 c.p.: non solo le violazioni di specifici precetti interamente posti dalla legge ma pure quelli di discipline di cui specifiche norme di legge espressamente impongono l’osservanza».

neutralizzare, ovvero lasciare alla discrezionalità del giudice la valutazione del complesso sistema di norme suscettibile di violazione consapevole da parte del pubblico ufficiale¹³⁹.

In definitiva, i comportamenti posti in violazione dei regolamenti risultano quindi sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p. in virtù dell'interpretazione della dicitura "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge", quale elemento normativo suscettibile di eterointegrazione ad opera di una fonte sublegislativa che si limiti a specificare, in senso tecnico, il precetto comportamentale ab origine ben definito dalla norma penale¹⁴⁰, onde evitare il rischio di lesione del principio di riserva di legge. La modifica normativa, tuttavia, non appare in grado di «neutralizzare le tentazioni giurisprudenziali a ritenere integrato tale elemento di fattispecie anche nel caso in cui ad essere trasgredite siano

¹³⁹ Sul punto v. la riflessione di 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.*, marzo 2021, p. 78, secondo cui, in merito alla eliminazione della dicitura "violazione di regolamenti", «con questa irrazionale – e per certi versi asfittica – chiusura a tutte le fonti sublegislative, la fattispecie riscritta nel 2020 potrebbe invece produrre una sorta di rebound effect, finendo cioè con l'incentivare la ricerca di nuove breccie attraverso il ricorso agli schemi della violazione mediata e dei rinvii a catena, che il legislatore – pur prodigo di dettagli – non ha espressamente vietato». V. altresì E. LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa ad requiem" o eterna "araba fenice"?*, in *Giur. It.*, giugno 2021, p. 1463, secondo cui, sull'eliminazione dell'inciso "violazione di regolamenti", «in realtà la portata di tale innovazione potrebbe essere fortemente ridimensionata dalla prassi applicativa. Non è difficile immaginare che – per una sorta di eterogenesi dei fini – proprio l'asfittica e irrazionale chiusura a qualsivoglia fonte sub – legislativa finisce con l'incentivare il ricorso agli schemi della violazione mediata e dei rinvii a catena».

¹⁴⁰ Sul punto v. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, op. cit., p. 7, secondo cui permane la rilevanza penale della violazione di regolamenti «espressivi di precetti comportamentali, connessi alla tutela del pubblico interesse e aventi preciso fondamento legale». Cfr. altresì B. BALDINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *diScrimen*, 10 agosto 2020, pp. 2 – 3.

prescrizioni subprimarie emanate in forza di una legge e di cui la legge stessa comanda il rispetto»¹⁴¹.

3.2. “(...) E dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Il requisito appena discusso viene arricchito di un ulteriore elemento qualificativo, atteso che dalle regole di condotta *de quibus* non devono residuare margini di discrezionalità.

In sede di primo commento, si è osservato che il legislatore abbia inteso proclamare con irta tassatività che l’abuso si debba risolvere nell’inosservanza di un dovere vincolato nell’*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell’attività, precisando al contempo, che i casi in cui la legge determina il se, il cosa e il come di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell’attività amministrativa: quella di mera esecuzione. Il rinvio a *residui margini* di discrezionalità appare scivoloso per via delle incertezze che accompagnano il concetto stesso di discrezionalità amministrativa. È noto, infatti, come la discrezionalità non costituisca una categoria uniforme; al contrario, essa è interpretata modi diversi a seconda dei contesti in cui si opera. Basti menzionare le ipotesi di discrezionalità tecnica, ovvero di discrezionalità vincolata per dubitare della precisione dell’iniziativa del legislatore di riforma.

Con riferimento alla modifica della norma concernente l’atipicità delle condotte connotate da margini di

¹⁴¹ In questi termini V. VALENTINI, Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio, in Giust. pen., 14.9.2020, p. 508; N. PISANI, La riforma dell’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione, in Dir. pen. e proc., 2021, pp. 9 e ss.

discrezionalità, non può non evidenziarsi la rarità delle ipotesi rispetto alle quali un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio non abbia margini, ancorché minimi, di discrezionalità nell'agire inerente alle proprie funzioni. Tali considerazioni si riverberano in punto di applicazione concreta della fattispecie in quanto se, da un lato, la modifica normativa recente ha voluto circoscrivere l'ambito di operatività della norma a garanzia della determinatezza e tassatività del precetto¹⁴², dall'altro lato ha reso ancor più complessa l'individuazione delle condotte in essa sussumibili. Alla luce di tali considerazioni restano evidenti le difficoltà probatorie circa l'accertamento della discrezionalità della condotta del soggetto agente. Sul punto, è necessario valutare le varie forme nelle quali la suddetta discrezionalità si estrinseca nell'ambito dell'attività amministrativa¹⁴³. In un'ottica di conformità alla ratio della norma, appare necessario escludere dalla fattispecie tipica le condotte caratterizzate da discrezionalità c.d. politica, in tal senso precludendo al giudice penale il sindacato su scelte che appartengono naturalmente alla sfera di azione del pubblico ufficiale. A

¹⁴² Cfr. D. MANZIONE, v. Abuso di ufficio, op. cit., pp. 4 e ss., emblematicamente segnala che già con la modifica nel 1997 «l'obiettivo era quello di arginare l'invasione degli organi investigativi e giudiziari rispetto all'attività amministrativa e di restituire al contempo un apprezzabile coefficiente di tassatività ad una fattispecie che pareva a tal riguardo deficitaria, occorre dire che, per come è formalmente strutturata la nuova ipotesi criminosa, simili scopi non potrebbero ritenersi raggiunti senza l'ausilio di una chiave di lettura che sia per certi versi riduttiva [...] la letterale portata della norma. Il che significa che vi sono seri motivi per dubitare che quegli obiettivi siano stati effettivamente raggiunti, posto che non può ritenersi previsione adeguata alla tassatività quella che ha bisogno, per essere tale, di una etero integrazione di tipo ermeneutico».

¹⁴³ Il problema della sovrapposizione tra categorie amministrative (discrezionalità amministrativa) e strumenti penalistici (rilievo del reato di abuso di ufficio) è stato analizzato da A. MANNA, Abuso d'ufficio, in Aa VV., Trattato di diritto penale parte speciale II, diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRALI – A. MANNA – M. PAPA, vol. II, UTET, 2010, p. 304.

latere della discrezionalità politica, sussistono altre due *species* di attività amministrativa discrezionale. La discrezionalità amministrativa c.d. pura attiene tipicamente all'esplicazione del procedimento amministrativo e concerne la fase di comparazione e bilanciamento di opposti interessi¹⁴⁴; d'altro canto, invece, la discrezionalità amministrativa c.d. tecnica attiene all'attività amministrativa connotata dal riferimento a canoni c.d. tecnici e scientifici cui essa si affida per il raggiungimento del risultato finale, ancorato al metodo di analisi prescelto dalla pubblica amministrazione. Se, da un lato, quindi, appare oggettivamente complesso sindacare le scelte della pubblica amministrazione nell'attività ad essa connaturale di comparazione di opposti interessi, non risulta altresì difficoltoso il sindacato del giudice penale rispetto ad attività amministrative che richiama criteri tecnici e scientifici rispetto ai quali il giudice stesso può far riferimento, tramite ad es. perizie e consulenze. La discrezionalità nell'esercizio delle funzioni della pubblica amministrazione rappresenta, in definitiva, un predicato intrinseco della stessa, e ove si consideri la modifica normativa tale da escludere in toto le condotte discrezionali dal novero di quelle penalmente irrilevanti, questa rischia di tradursi in una riforma *inutiliter data*¹⁴⁵. Dalla prassi emerge chiara la rarità delle ipotesi nelle quali un soggetto c.d. *intraneus* alla pubblica amministrazione agisce in

¹⁴⁴ Cfr. T. PADOVANI, L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1988, p.88, riteneva che l'incidenza del giudice penale nelle scelte della pubblica amministrazione significava colpire i c.d. «santuari» della stessa, ossia ciò che è strettamente connaturale al c.d. merito amministrativo, nucleo proprio dell'attività amministrativa.

¹⁴⁵ Cfr. T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio, op. cit., pp. 7 e ss., trattasi di «assurdità legislativa».

previste dalla legge, si ricorrerà con maggiore frequenza alla più agevole contestazione della violazione dell'obbligo di astensione in caso di conflitto d'interessi.

In fondo, non è difficile immaginare il proliferarsi di obblighi di astensione in tutti quei casi, in precedenza ricondotti alla violazione dell'art. 97 Cost., in cui il pubblico agente non riesca ad incarnare, nell'esercizio dell'azione amministrativa, i canoni di imparzialità ed equidistanza costituzionalmente imposti.

Così, il funzionario pubblico che venda a sé stesso un bene di proprietà dell'ente in cui svolge le funzioni, eventualmente a prezzo di favore (caso citato da Davigo), continuerebbe a rispondere di abuso d'ufficio per la trasgressione dell'obbligo di astensione¹⁴⁷. Difatti, a prescindere dalla individuazione di una precisa regola di condotta trasgredita dall'agente, il funzionario avrebbe "tradito" in primo luogo il canone di imparzialità che gli è imposto dall'art. 97 Cost., svestendo i panni di "arbitro" della procedura di assegnazione e assumendo quelli di parte interessata. La condotta alternativa lecita, la cui violazione è sanzionata penalmente, riguarda dunque il più generico obbligo di astensione per conflitto di interessi.

Tenuto conto delle capacità prismatiche dell'art. 323 c.p., è plausibile che l'intervento riformatore del 2020 inneschi un processo di riconversione delle violazioni non più punibili in altrettanti casi di omessa astensione, scaricando sul secondo poligono della tipicità le ipotesi espunte dal primo. La riforma, infatti, non è intervenuta sulla condotta alternativa che incrimina il pubblico agente quando, «omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio

¹⁴⁷ P. DAVIGO, Chi vuole l'abuso libero, in *Il Fatto Quotidiano*, 5 marzo 2021.

o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». Ora, dunque, è più che mai prevedibile che l'asfissia provocata dal riferimento espresso a regole di condotta vincolanti trovi sfogo¹⁴⁸ in un'interpretazione "estensiva" del testo legislativo, che valorizzi il riferimento agli «altri casi prescritti» in modo da includervi «tutte le modalità attraverso le quali il soggetto attivo ha provato l'ingiusto danno o vantaggio»¹⁴⁹. Da questo punto di vista, il rischio è che l'ermeneutica dell'art. 323 c.p. tradisca la *ratio legis* di una condotta costruita sul *conflitto d'interessi*¹⁵⁰ e, anziché legarsi «a situazioni previamente tipizzabili ove più pressante appare l'esigenza di garantire la trasparenza dell'operato dell'agente»¹⁵¹, si rivolga a «ragioni generali di opportunità o di correttezza formale...anche in assenza di apposite previsioni»¹⁵². D'altra parte, come autorevolmente sostenuto, l'area dell'inosservanza dell'obbligo di astensione continua a

¹⁴⁸ A. NATALINI, Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma", in Guida al diritto, n. 42/2020, p. 87.

¹⁴⁹ A. PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte speciale, vol. I, Milano, 2008, p. 287 ss. In senso conforme, E. INFANTE, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), Trattato di Diritto Penale. Parte speciale, vol. II, Torino, 2008, p. 336 ss. Contra: C. BENUSSI, Il nuovo delitto di abuso d'ufficio, Padova, 1998, p. 128; G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto penale. Parte speciale, vol. I, Bologna, 2012, p. 254. Da ultimo, G.L. GATTA, Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura', cit., par. 4.5. Considera tale processo possibile a prescindere dal bisogno di valorizzare le prestazioni della locuzione "negli altri casi prescritti", V. VALENTINI, Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio, in disCrimen, 14 settembre 2020, p. 12, nota 68. Ne conseguono gli effetti autorevolmente richiamati da P. SEVERINO, La burocrazia difensiva, in La Repubblica, 30 maggio 2020, che recentemente ha fatto riferimento alla «moltiplicazione di comportamenti "difensivi" di funzionari spaventati dal rischio di incorrere in responsabilità civili o penali per le loro decisioni».

¹⁵⁰ A. MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, Torino, 2004, spec. p. 60.

¹⁵¹ S. SEMINARA, Commentario breve al Codice Penale, Padova, p. 799.

¹⁵² E. INFANTE, op. ult. cit., p. 336.

investire l'esercizio della discrezionalità, «perché se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l'obbligo risulterebbe privo di senso (...)»¹⁵³.

Al riguardo, il formante giurisprudenziale ha già dato prova di accontentarsi di ogni interesse personale, anche non economico e del tutto affettivo, quale la finalità di favorire altri quando da ciò derivi per l'agente una situazione di vantaggio nella sfera personale delle sue relazioni sociali ed amicali (Cass., pen., sez. VI, 19 novembre 1997, Cappabianca, C.E.D. Cass., n. 210843; Cass. pen., 1999, 1441)¹⁵⁴. Inoltre, non è necessario individuare alcuna violazione di legge o di regolamento (Cass., sez. VI, 14 aprile 2003, n. 26702, C.E.D. Cass., n. 225490), né una specifica disciplina dell'astensione, essendo il precetto stesso ad aver introdotto un dovere di astensione per il pubblico agente che si trovi in una situazione di conflitto di interessi (Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457, C.E.D. Cass., n. 255324).

Ne consegue la fisiologica disarticolazione della violazione da specifici doveri comportamentali di rango primario, con potenziale attivazione della fattispecie ad opera della norma-principio del divieto costituzionale di favoritismi (art. 97 Cost.), «in grado di radicare la punizione del funzionario interessato ad accontentare o scontentare qualcuno mediante un esercizio sviato dei suoi poteri funzionali, ancorché nel formale rispetto delle regole del gioco»¹⁵⁵.

¹⁵³ T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, cit., p. 10.

¹⁵⁴ M. GAMBARDELLA, Abuso d'ufficio, in G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. IV, I Delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la pubblica amministrazione, agg. 2015, Milano, p. 620 s.

¹⁵⁵ V. VALENTINI, Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio, cit., p. 12 s. L'Autore evidenzia come proprio la sinergia fra il canone dell'art. 97 Cost. e la fattispecie di omessa astensione possa consentire

Se dunque le situazioni conflittuali possiedono un carattere flou – e, per questo non pretendono una positivizzazione espressa, ancorché in regole sub-primarie¹⁵⁶ – la verifica critica della penale offensività delle condotte è ancora una volta affidata alla categoria avanzata del disvalore di evento. E l'accertamento specifico dell'indebito vantaggio patrimoniale (o del danno ingiusto), quale parametro indispensabile per la configurazione dell'illecito (Cass., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 17628, in Cass. pen., 2004, p. 1247 ss.), resta tuttavia il polo più trascurato (anche dal legislatore della riforma)¹⁵⁷, rischiando di rivitalizzare

il sindacato penalistico sulla riserva di merito, totalmente vanificando il programma selettivo del d.l. n. 76/2020 e rivitalizzando la figura del giudice-amministratore. Al riguardo, A. MERLI, Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012, p. 1 ss.

¹⁵⁶ Significativa in tal senso la delibera ANAC n. 25 del 15 gennaio 2020 che, in continuità con le linee-guida contenute nella delibera ANAC n. 494 del 5 giugno 2019, non pretende la espressa cristallizzazione dei casi di conflitto d'interesse in grado di attivare il dovere di astensione tipizzato nell'art. 323 c.p. In argomento, il rinvio è a F. ROTONDO, Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice, in *PenaleDP*, 13 maggio 2020, passim.

¹⁵⁷ Per una rapida disamina delle proposte alternative di riforma dell'abuso d'ufficio, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 10 ss. In argomento, si veda anche A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, passim; con particolare riferimento alla proposta Castaldo-Naddeo, M. DONINI, Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica, *ivi*, p. 94 ss., nonché M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, *ivi*, p. 31 ss. Da ultimo, anche in prospettiva comparatistica, F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020, passim, nonché G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, spec. p. 205 ss. e A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, spec. p. 11 ss.

sotto mentite spoglie il vecchio interesse privato in atti d'ufficio¹⁵⁸.

Le previsioni dei primi commentatori hanno trovato puntuale conferma nelle parole della Cassazione (Cass. pen., Sez. fer., sentenza 17 novembre 2020, n. 32174) secondo la quale la riforma in esame «non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione».

Svincolato il precetto dalle fonti primarie di legge, i giudici espongono la fattispecie alle deformazioni paventate. Non a caso, è sulla scorta di tali premesse che la Cassazione ritiene la violazione dell'art. 78 del T.U.E.L. – riguardante ogni delibera che non sia relativa ad atti generali ed astratti – sufficiente (insieme al precetto contenuto nella stessa norma penale) a configurare un'ipotesi di abuso d'ufficio “riferito alla specifica violazione dell'obbligo di astensione”.

La sentenza n. 32174/20 risulta interessante anche sotto il profilo dell'accertamento del disvalore di evento. Il giudice

¹⁵⁸ In tal senso, T. PADOVANI, op. cit., p. 12; V. VALENTINI, op. cit., p. 15 s.

nomofilattico, infatti, conferma che, oltre all'atto emesso violando il dovere di astensione «è necessario che tale atto abbia arrecato o un indebito vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno anche non di carattere patrimoniale». In sostanza, lastricando la via dei buoni propositi già battuta da precedenti pronunce di legittimità (da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12075, Stefanelli, Rv. 278723), viene riconosciuta la causalità normativa propria dell'art. 323 c.p. Tuttavia, quando si scende dal principio di diritto alla concreta applicazione, si rileva come all'obbligo di astensione violato abbia fatto seguito anche l'ingiustizia del danno (ravvisata rispetto alla lesione di diritti politici e) arrecato «attraverso l'indebito esercizio del potere di sospendere la seduta del consiglio, impedendo in tal modo che i consiglieri di minoranza potessero discutere prima e poi votare la mozione ritualmente messa all'ordine del giorno nel corso di quella medesima seduta» (cfr. Cass. pen., sentenza n. 32174/20, p. 10).

Il problema resta la fluidità dell'accertamento dell'ingiustizia del danno arrecato, spesso ricostruito in maniera tautologica, svilendo la regola interna di tipo eziologico che impone la verifica del rapporto di "strumentalità" intercorrente tra l'atto illegittimo e l'evento ingiusto (vantaggio o danno). Adeguatamente valorizzato, tale nesso di rischio assurgerebbe a *thema probandum* autonomo¹⁵⁹, contribuendo alla identificazione dell'offesa

¹⁵⁹ Giunge a queste conclusioni, considerando il suddetto rapporto di strumentalità «un requisito del reato» e segnalando «la modesta capacità selettiva dell'evento di danno o di vantaggio, posto che nella continua attività della moderna amministrazione di ponderazione e comparazione degli interessi privati la produzione di un risultato favorevole per certe posizioni e sfavorevole per altre è connaturale anche al più legittimo e imparziale esercizio di potere funzionale», A. PALAZZO, Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), in AA.VV., Le responsabilità pubbliche, D. SORACE

e, prima ancora, alla selezione delle inosservanze dotate della congruità offensiva che la norma pretende rispetto allo specifico risultato lesivo ¹⁶⁰.

4. Il “nuovo” abuso d’ufficio al vaglio della giurisprudenza di legittimità

Le iniziali pronunce sul tema si sono occupate principalmente di due aspetti. L’uno riguardante la successione di leggi penali nel tempo e in particolare l’ipotesi di *abrogatio sine abolitione*, l’altro la portata incriminatrice in termini di offesa della nuova disposizione. Quanto al primo, giova citare la sentenza della Suprema Corte, Sezione VI ¹⁶¹, che evidenzia il ristretto ambito di operatività dell’art. 323 c.p. conseguente alla parziale “*abolitio criminis*” in relazione alle condotte commesse prima dell’entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

La nuova formulazione dell’art. 323 c.p., sostituendo alle parole “di norme di legge o di regolamento” il riferimento a «specifiche regole di condotta espressamente previste

(a cura di), Padova, 1998, p. 454 s. Il passo è riportato anche da A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d’ufficio*. Tra diritto penale e diritto amministrativo, Torino, 2002, p. 206.

¹⁶⁰ Al riguardo, sia consentito il rinvio a M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’abuso d’ufficio*, in *L’indice penale*, n. 1-2018, p. 243 s., dove la segnalata interconnessione è legata al c.d. nesso della prevenzione tra condotta ed evento, utile a selezionare il terreno di coltura delle violazioni rilevanti tra quelle regole di condotta “finalizzate”, norme preventive che non esauriscono la loro portata precettiva nella disciplina del regolare e ordinato svolgimento dell’attività o funzione, ma orientano la condotta del pubblico agente allo scopo di impedire (o ridurre) lesioni a carico di interessi tutelati.

¹⁶¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza 8 gennaio 2021, n. 442.

dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», richiede che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali.

Ne deriva un ambito applicativo ben più ristretto che sottrae all'apprezzamento del giudice sia l'inosservanza di principi generali e fonti normative di tipo regolamentare, sia il sindacato (del mero cattivo uso) della discrezionalità amministrativa¹⁶².

Ciò nonostante, la modifica normativa investe solo una delle declinazioni in cui può esprimersi l'*abuso* rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. Sul punto, i giudici di legittimità, con la sentenza n. 32174 del 17 novembre 2020, rilevano come la riforma *«seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della*

¹⁶² Nel caso preso in esame, tenendo conto della sopravvenuta modifica normativa, la Corte ha ritenuto di non poter confermare la responsabilità dell'imputato per il reato di abuso d'ufficio, risultando assente la 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.

violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione»¹⁶³.

Se da un lato si assiste ad uno sforzo del legislatore volto a delineare in maniera netta i confini della condotta dell'abuso d'ufficio, dall'altro, però, la giurisprudenza sembra, come per il passato, intenzionata ad allargarne le maglie.

Proprio l'ultimo punto merita di essere approfondito, per il tentativo strisciante e non condivisibile di interpretare estensivamente la fattispecie, annullando così la *ratio* politico-criminale ispiratrice.

Appare emblematica la recente sentenza della Cassazione¹⁶⁴ che “eleva” il rilascio del titolo abilitativo edilizio, avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici, a specifica regola di condotta espressamente prevista dalla legge da cui non residuino margini di discrezionalità.

Sul punto, il Supremo Collegio ha rilevato che *«come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell’art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 – “alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente”*. Dall'espresso

¹⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. fer., sentenza 17 novembre 2020, n. 32174.

¹⁶⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza 12 novembre 2020, n. 31873.

rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una “violazione di legge”, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 323 cod. pen.».

«Seguendo questa elaborazione giurisprudenziale» ha concluso la Corte «deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell’indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa».

Sulla base di tali riflessioni, la Corte ha ritenuto che la novella legislativa non fosse idonea a depenalizzare la condotta contestata nel caso di specie.

4.1. Abuso d’ufficio ed eccesso di potere cosiddetto “estrinseco” (Cass. pen., n. 442/2021).

Procedendo al vaglio delle prime problematiche che si sono poste nella prassi all’indomani della modifica della fattispecie di abuso d’ufficio, merita attenzione la pronuncia (sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)¹⁶⁵, la Corte di

¹⁶⁵ Su cui v. GAMBARDELLA, *La modifica dell’abuso d’ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, cit., p. 496

Cassazione ha annullato senza rinvio la doppia conforme di condanna per abuso d'ufficio pronunciata a carico del Commissario Straordinario e Direttore Generale di un'Azienda Ospedaliera, accusato di avere illegittimamente dequalificato, con vari atti organizzativi, il Servizio Prevenzione e Protezione da struttura complessa a struttura semplice, demansionando così il suo Direttore a mero Responsabile della struttura, privandolo dell'indennità di posizione variabile e sottoponendolo gerarchicamente al Dirigente del Servizio Tecnico.

La Corte d'Appello, condividendo la ricostruzione probatoria della sentenza di primo grado, aveva sostenuto che il dolo intenzionale di danneggiare la posizione anche economica della persona offesa attraverso la destrutturazione dell'organigramma da questi diretto, consolidatosi di fatto nel corso di molti anni, fosse desumibile da una serie di indici sintomatici, tra cui: l'assenza di una seria e urgente finalità riorganizzativa dell'Azienda, neppure esplicitata in atti; il difetto del necessario presupposto dell'adozione del cosiddetto atto aziendale; il persistente diniego di incontri per chiarimenti, pure richiesti dall'interessato e dalle rappresentanze sindacali.

La Suprema Corte, stigmatizzando l'immotivata riqualficazione dei rinvii per legittimo impedimento del difensore operata nella sentenza impugnata, ritiene il reato estinto per prescrizione già prima della sua pronuncia;

ss.; LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"*, cit., p. 1459 ss.; v. altresì le note di ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in questa *Rivista*, 4/2021, p. 5 ss.; PAGELLA, *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del "decreto semplificazioni"*, in questa *Rivista*, 19 maggio 2021; CRISMANI, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)*, in www.giustiziainsieme.it, 29 aprile 2021.

cionondimeno, detta constatazione non impedisce di entrare nel merito al fine di verificare se il fatto accertato nei gradi di giudizio precedenti conservi rilevanza penale a seguito della recente novella dell'art. 323 c.p.

Rileva infatti la Corte che, con la nuova formulazione della fattispecie, «si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati – dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto». In questa prospettiva puntualizza la Corte che la nuova disposizione presenta «un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione “mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero “cattivo uso” – la violazione dei limiti

interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa»¹⁶⁶.

Sulla base di queste premesse i Giudici ritengono che, alla luce della parziale *abolitio criminis* determinata dalla sopravvenuta modifica normativa, non possa essere confermata la responsabilità dell'imputato per il reato di abuso d'ufficio siccome ipotizzata nelle due sentenze di merito sull'ipotetica valutazione del danno ingiusto causato al Direttore demansionato: lo schema applicato dalle Corti territoriali è quello dell'illegittimità intrinseca attinente allo sviamento di potere, per cui, pur avendo agito il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera all'interno del perimetro della propria discrezionalità organizzativa, si ipotizza una strumentalizzazione finalistica della stessa in relazione a un risultato ingiusto (il danneggiamento della posizione economica del Direttore demansionato).

La sentenza impugnata viene così censurata sulla scorta dell'assunto che l'atto di riorganizzazione non viola alcuna normativa primaria, riconducendo anzi a legalità una situazione consolidatasi solo in via di fatto, e non reca un danno ingiusto alla parte civile, non essendo stata questa mai formalmente nominata Dirigente di una struttura complessa; trattasi, in buona sostanza, di atti di mera riorganizzazione, rientranti nel merito della discrezionalità amministrativa.

La conclusione è che l'eccesso di potere intrinseco non può integrare l'abuso d'ufficio nella sua nuova declinazione, mancando una regola specificatamente violata e non essendo stati perseguiti interessi «oggettivamente difforni

¹⁶⁶ Nel senso dell'ammissibilità dell'eterointegrazione della fonte secondaria che si risolva nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria, v. peraltro Cass. pen., sez. VI, 16.02.2021, n. 33240.

e collidenti» con quelli per il cui perseguimento soltanto il potere discrezionale è attribuito: vale a dire, nel caso *de quo*, l'efficiente organizzazione delle strutture/uffici di una Pubblica Amministrazione, che giustifica anche provvedimenti postumi volti a «far cessare una situazione di fatto consolidatasi nel tempo e però originariamente viziata da illegittimità».

A prima vista siffatta ricostruzione pare allinearsi con la *ratio* del d.l. n. 76/2020, giacché restringe l'ambito di applicabilità dell'abuso d'ufficio, per un verso, riconoscendo il ruolo chiave della discrezionalità nel concreto sviluppo dall'attività pubblica, per l'altro, circoscrivendo in maniera assai rilevante il sindacato del giure penale sull'attività amministrativa.

Tuttavia, attraverso il richiamo alla ragion d'essere della norma incriminatrice quale fattispecie volta a «tutelare i valori fondanti dell'azione della Pubblica Amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nell'imparzialità», la motivazione della sentenza sembra aprire una breccia nel nuovo «perimetro armato» del reato di abuso d'ufficio: secondo quanto precisato dalla Suprema Corte, infatti, la suddetta limitazione opera «sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – 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 attribuito; oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante,

dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi».

Non si può non notare l'analogia logica con la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2011 (n. 155), in forza della quale si è in presenza di una violazione di legge *ex art. 323 c.p.* anche «quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione».

Siamo così di fronte a un recupero di rilevanza penale dei casi di eccesso (o sviamento) di potere cosiddetto estrinseco, in cui l'esercizio del potere discrezionale conduce al soddisfacimento di un interesse del tutto («oggettivamente») estraneo al modello giustificativo del potere stesso.

D'altra parte, il riconoscimento di una certa potestà di controllo del giudice penale sull'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione è «presupposto logico»¹⁶⁷ della stessa esistenza del reato di abuso d'ufficio: solo in presenza di condotte riconducibili alla discrezionalità del pubblico amministratore si può realmente ipotizzare un'offesa al bene giuridico di riferimento, ovvero imparzialità e buon andamento della Pubblica

¹⁶⁷ Così GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 158 ss.

Amministrazione Stretto, quindi, tra il rischio di una dilatazione pervasiva che funge da freno all'attività dei pubblici amministratori e la possibilità di ridursi, tramite gli *obiter dicta* della giurisprudenza penale, a una riproduzione non originale di fatti appartenenti all'area del disvalore amministrativo e disciplinare, l'abuso d'ufficio sembra dovere scontare ancora una volta quasi una sorta di contrapposizione tra formante legislativo e formante giurisprudenziale.

4.2. Abuso d'ufficio e potere discrezionale in astratto, vincolato in concreto (Cass. pen., n. 8057/2021)

In altra più recente pronuncia (sez. VI, 1° marzo 2021, n. 8057)¹⁶⁸, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la decisione che aveva confermato in appello la condanna per abuso d'ufficio inflitta in primo grado al Comandante della Polizia Municipale di un Comune.

L'accusa mossa all'imputato era quella di avere affidato in violazione di legge, con procedura diretta e senza alcuna preventiva deliberazione da parte della Giunta Comunale, il servizio di misurazione elettronica della velocità media dei veicoli lungo una strada statale. In particolare, il pubblico agente aveva omesso di inserire nel calcolo del valore stimato dell'affidamento, oltre al canone annuo di noleggio delle apparecchiature stimato in trentamila euro (IVA esclusa), gli ulteriori costi del medesimo servizio consistenti nella tariffa prevista a favore della ditta affidataria per ciascun verbale contestato; valori che

¹⁶⁸ Su cui v. PAGELLA, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*, in questa *Rivista*, 16 aprile 2021, p. 5 ss.; SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, in www.penaledp.it, 06 aprile 2021.

avrebbero reso necessario, dato l'ingente importo calcolabile presuntivamente in misura superiore alla soglia comunitaria, un bando di gara pubblica. Siffatta condotta aveva procurato alla società vincitrice l'ingiusto vantaggio patrimoniale derivante dall'affidamento diretto dell'appalto, con conseguente danno per l'amministrazione, vistasi costretta ad annullare la procedura e ad invalidare in autotutela numerosi verbali di accertamento per le contravvenzioni elevate.

Preliminarmente, la Corte si chiede se il fatto accertato nei gradi di giudizio precedenti conservi rilevanza penale a seguito della parziale *abolitio criminis* conseguente alla novella dell'art. 323 c.p.

I Giudici rispondono positivamente al quesito in quanto ritengono violata, nella fattispecie *de qua*, una specifica regola di condotta prevista da una norma di legge, vale a dire l'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 (cosiddetto Codice degli appalti) *ratione temporis* vigente, che dettava criteri tecnici vincolanti per la stazione appaltante ai fini della scelta della procedura da adottare (cottimo fiduciario con affidamento diretto oppure bando di gara). D'altro canto, per stimare il valore dell'appalto l'imputato avrebbe dovuto osservare i dettami dell'art. 29 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, ovvero sia guardare all'importo pagabile al netto dell'IVA, fermo restando il divieto di scegliere un metodo di calcolo con l'intenzione di escludere l'affidamento dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Ad avviso della Corte la violazione di tali disposizioni, seppure destinate a trovare applicazione a seguito di una decisione liberamente assunta dall'agente pubblico, rientra a pieno titolo tra quelle contemplate dalla nuova

formulazione dell'art. 323 c.p.: attraverso la locuzione «regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», infatti, il Legislatore ha inteso fare riferimento sia alle norme che attribuiscono al pubblico agente un potere del tutto vincolato sin dal principio (ad esempio, l'obbligo di utilizzare una determinata procedura o di concludere il procedimento entro un termine perentorio), sia a quelle che, pur lasciando all'amministratore una facoltà di scelta iniziale, a seguito dell'esercizio di detta facoltà pongono nei suoi confronti un determinato obbligo.

Il caso di specie viene ricondotto a quest'ultima ipotesi, laddove l'agente aveva la facoltà (e non l'obbligo) di affidare all'esterno il servizio in questione, e purtuttavia, una volta determinatosi in tal senso, egli era tenuto a seguire la procedura imposta dalla legge in ragione del valore dell'appalto.

A sostegno della propria decisione, la Corte chiama la giurisprudenza amministrativa, ritenendo la linea interpretativa del "nuovo" art. 323 c.p. coerente con l'opera di valorizzazione del dettato dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, che ha portato al riconoscimento dell'annullabilità del provvedimento amministrativo per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non contemplano alcuno spazio di discrezionalità per l'Amministrazione, ma anche quando esso sia esplicitazione di un potere in astratto discrezionale ma divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito dello stesso

procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché ormai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità.

Ne deriva, in definitiva, una sostanziale equiparazione tra il provvedimento espressione di un potere vincolato in astratto e quella esplicitazione di un potere in astratto discrezionale ma divenuto vincolato in concreto.

Al termine del ragionamento, i Giudici tengono peraltro a escludere perentoriamente che la determinazione del valore dell'appalto da parte dell'imputato fosse riconducibile all'esercizio di discrezionalità tecnica ovvero a una valutazione di dati tecnici suscettibile di un qualche margine di discrezionalità¹⁶⁹. Secondo la motivazione, infatti, la determinazione del valore si sarebbe dovuta tradurre in una mera attività di accertamento tecnico, ossia nella sommatoria di voci di spesa predeterminate e in nessun modo selezionabili da parte dell'amministratore.

Nei due precedenti gradi di giudizio era stato invece dimostrato come l'imputato avesse deliberatamente limitato la stima del valore dell'affidamento al solo importo fisso annuale del noleggio, omettendo di calcolare gli ulteriori costi a carico del Comune relativi alla tariffa

¹⁶⁹ E ciò sebbene, all'inizio della motivazione, i Giudici avessero precisato come, in ogni caso, la circostanza che la scelta del metodo di individuazione dell'affidatario dell'appalto possa dipendere dal superamento di soglie di valore calcolate sulla base di dati tecnici suscettibili, almeno in parte, di valutazioni guidate da discrezionalità tecnica non rileva nei casi di abuso d'ufficio in cui – come quello in esame – «la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanziarsi nella preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è ormai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità».

prevista a favore della ditta affidataria per ciascun verbale contestato, pur avendo compiuto in precedenza uno “studio sperimentale” da cui si era dedotta la probabilità di un ingente numero di contravvenzioni, e possedendo quindi una ragionevole conoscenza del reale valore della gara; era altresì a conoscenza del fatto che altri Comuni limitrofi avevano deciso di dare luogo a una gara ad evidenza pubblica per appaltare il medesimo servizio.

A parere della Cassazione, quindi, «la scelta di non considerare tali ulteriori costi per determinare il valore dell'appalto fu il frutto non di una consentita valutazione discrezionale, ma di una deliberata decisione dell'imputato di non osservare le innanzi esaminate vincolanti prescrizioni di legge, che si sarebbero dovute tradurre in una mera attività di accertamento tecnico cui avrebbe fatto seguito l'esercizio di un potere vincolato».

In definitiva, la condotta del RUP è fuoriuscita dal perimetro del potere discrezionale, che non autorizza certo l'omissione nel computo tecnico del valore dell'affidamento di voci di calcolo (oneri accessori) normativamente indicate, peraltro chiare e rilevanti (eccesso di potere estrinseco).

La sentenza ¹⁷⁰ qui commentata pare dunque porsi in sostanziale continuità con la precedente sopra esaminata

¹⁷⁰ Massima non ufficiale, Dirittifondamentali.it: “È configurabile il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., come modificato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120), 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.

Pertanto, nel caso di specie, la scelta dell'agente di sottostimare deliberatamente il valore di un appalto (così da eludere la disciplina

della stessa Sezione VI (08/01/2021, n. 442), che ha ritenuto ancora compreso nell'alveo applicativo dell'art. 323 c.p. l'esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – cosiddetto sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità.

4.3. Considerazioni finali

In entrambe le decisioni commentate si pone, dunque, seppure con percorsi argomentativi differenti, a fondamento della perdurante rilevanza penale di alcune condotte, una sorta di «particolare allontanamento»¹⁷¹ dell'operato del pubblico funzionario dal rispetto dei limiti della discrezionalità: se nella precedente sentenza la Cassazione aveva utilizzato il riferimento allo sviamento di potere, nella decisione qui in commento si è percorsa la via dell'assenza di discrezionalità tecnica e di un potere in astratto discrezionale divenuto vincolato in concreto.

S'è detto che la modifica dell'art. 323 c.p. per opera del “Decreto Semplificazioni” sostanzia l'idea recente di risposta del Legislatore ai timori dei pubblici amministratori di fronte alle “invasioni di campo” della magistratura penale.

Per questa ragione il nodo centrale della nuova formulazione dell'abuso d'ufficio è rappresentato da quel requisito di fattispecie (incarnato dall'inciso «dalle quali

dettata dal Cod. Appalti per i cd. contratti sopra soglia comunitaria) rappresenta il frutto non di una consentita valutazione discrezionale, bensì di una deliberata decisione dell'imputato di non osservare le vincolanti prescrizioni di legge, che si sarebbero dovute tradurre in una mera attività di accertamento tecnico cui avrebbe fatto seguito l'esercizio di un potere vincolato”.

¹⁷¹ In questi termini SERRA, *La Cassazione e il “nuovo” abuso d'ufficio*, cit.

non residuino margini di discrezionalità») che si configura come elemento negativo del fatto, la cui sussistenza viene meno se detto elemento (il potere discrezionale) ricorre¹⁷². L'azione penale dovrebbe essere, dunque, circoscritta agli atti amministrativi puramente esecutivi o comunque dal principio vincolati, così limitandosene l'operatività in misura significativa.

La nuova formulazione ha sin da subito acceso il dibattito e indotto autorevole dottrina a censurare l'intervento del Legislatore segnalandone, tra l'altro, la «totale incongruenza del rapporto tra mezzi e fine» e definendo l'obiettivo di politica criminale perseguito «letteralmente delirante»¹⁷³.

Tali critiche muovono da una constatazione di fondo, per vero non nuova: se la nozione di abuso (del potere) risiede ontologicamente nello sviamento della causa tipica al cui perseguimento lo stesso è funzionale, la discrezionalità amministrativa non può non costituire uno dei possibili versanti – anzi, il principale, per così dire – del giudizio penale sul reato di abuso d'ufficio.

E, difatti, la precedente, sintetica disamina delle due recenti sentenze ha evidenziato che se, da una parte, la Cassazione penale, dopo avere rinunciato a sindacare la discrezionalità

¹⁷² Così PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2020, p. 10.

¹⁷³ PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., p. 121. Sulla dubbia effettività delle modifiche introdotte rispetto agli scopi dichiarati dal Legislatore si sono già espresse molte voci della dottrina penalistica: NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit.; G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili. Così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 34- 35/2020; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.; (a cura di) B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit.

del pubblico funzionario per mancato superamento dei limiti interni alla stessa, ha aperto il campo all'eccesso di potere estrinseco, dall'altra, invocando a proprio sostegno la giurisprudenza amministrativa, ha sanzionato l'esercizio di un potere, in astratto discrezionale, in ragione del fatto che sia divenuto vincolato in concreto.

Vanno così delineandosi taluni possibili approdi dell'elaborazione giurisprudenziale: puntare ancora una volta sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di imparzialità e buon andamento (per come declinati nella l. 241/1990); ovvero allargare le maglie della seconda condotta tipica dell'abuso imperniata sul conflitto di interessi (e non toccata dalla riforma), sino a coinvolgere molti dei casi di sviamento di potere e violazione di norme regolamentari.

CAPITOLO IV

Le ricadute applicative della riforma del 2020.

Questioni intertemporali e processuali

SOMMARIO: 1. Gli effetti intertemporali della novella del 2020: raffronto tra “vecchio” e “nuovo” fatto tipico. - 1.1. Rapporto di specialità: *abolitio criminis* parziale. - 1.2. (*segue*) Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio* - 1.3. Una ricostruzione alternativa: tesi della *abolitio criminis* totale e contestuale nuova incriminazione. - 2. Effetti determinati dalla modifica in fase esecutiva e nel processo di cognizione. - 2.1. Giudizio di esecuzione: revocazione delle sentenze di condanna e limiti alla cognizione del giudice - 2.2. Giudizio di cognizione: processi *sub iudice*. - 3. Percorsi alternativi alla riforma del 2020: i diversi scenari prospettabili

1. Gli effetti intertemporali della novella del 2020: raffronto tra “vecchio” e “nuovo” fatto tipico.

Si è visto come il novellato art. 323 c.p. abbia notevolmente ridimensionato il perimetro del fatto tipico di abuso d'ufficio rispetto alla previgente formulazione, sia in termini qualitativi che quantitativi: niente più rilevanza penale per atti affetti da vizi di eccesso o sviamento di potere, ovvero di semplice incompetenza, né in violazione del generale principio di buon andamento e imparzialità

della P.A., connessi ad un più ampio concetto di discrezionalità tecnica o politica che sia¹⁷⁴.

A tale risultato si è essenzialmente giunti mediante l'introduzione di elementi specializzanti, volti a specificare i termini della condotta penalmente rilevante, dal momento che la locuzione prima vigente "*violazione di norme di legge o di regolamento*" è stata sostituita dalla seguente "*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti avente forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*". Dunque, la precedente e più generale fattispecie viene sostituita da una fattispecie con un ambito operativo più ristretto, in conseguenza dell'introduzione di elementi specializzanti per specificazione.

Prima di interrogarsi sulla portata innovativa della nuova formulazione e, per l'effetto, delle sue ricadute intertemporali, giova schematicamente riportare alla mente taluni punti fermi della fattispecie, non incisi dall'intervento riformatore.

Ed invero, la fattispecie è rimasta evidentemente invariata, in primo luogo, quanto alla qualifica soggettiva richiesta al soggetto attivo del reato, il quale deve ricoprire la veste di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. E questi, peraltro, dovrà commettere la condotta contestata nell'esercizio delle proprie funzioni o del servizio pubblico svolto.

Come analizzato in precedenza, la disposizione continua a prevedere come condotta punibile alternativa, accanto alla

¹⁷⁴ In senso critico rispetto alla scelta del legislatore, PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10; dello stesso avviso NADDEO M., *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, in *PenaleDP*, 10 agosto 2020; ROMANO B., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in *Il Dubbio*, 1 agosto 2020.

violazione delle specifiche regole di condotta, espressamente previste dalla legge o atti avente forza di legge, l'inosservanza dell'obbligo di astensione, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

Inoltre, la fattispecie resta un reato di evento, connotato dalla realizzazione in via alternativa di un ingiusto vantaggio patrimoniale, procurato a sé o altri o di un danno ingiusto arrecato ad altri.

Sul versante soggettivo, l'elemento psicologico richiesto è ancora il dolo intenzionale, rimanendo intatto l'avverbio "*intenzionalmente*" che chiaramente allude ad una forma di dolo particolarmente intensa, nei termini già chiariti nel precedente capitolo.

Tornando all'interrogativo primigenio circa le ricadute dell'ultima riforma dell'art. 323 c.p., si osserva, dunque, che il ridimensionamento dell'area di operatività della norma incriminatrice è avvenuto su tre fronti: l'irrelevanza penale (perlomeno testuale) della violazione di norme regolamentari; la necessaria inosservanza di regole di condotta specifiche ed espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge; la mancanza di residui margini di discrezionalità.

Ebbene, bisogna chiedersi se le condotte "abusive" realizzate prima dell'entrata in vigore della riforma e commessi in una delle tre ricordate circostanze (in violazione di norme di regolamento; in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse; in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità) siano travolte secondo il regime che l'art. 2, co. 2 c.p. detta in

caso di *abolitio criminis*¹⁷⁵ ovvero conservino rilevanza con persistenza dell'illecito anche grazie alla riespansione di modalità alternative già incluse nella tipicità anteriforma dell'abuso d'ufficio.

1.1. Rapporto di specialità: *abolitio criminis* parziale

Procedendo, più nello specifico, ad un'indagine circa i rapporti tra la formulazione del 1997 e quella oggi vigente della fattispecie di abuso d'ufficio, il restringimento della materia del divieto operata dal legislatore del 2020 induce a ravvisare un'ipotesi di *abolitio criminis* in relazione ai fatti di abuso d'ufficio commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 e non più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p.

Detto altrimenti, ne è derivato un fenomeno abrogativo limitatamente a quei fatti che, pur integrando gli altri elementi della fattispecie non interessati dalla riforma, esulino dal nuovo ristretto ritaglio di condotte, il quale ultimo soltanto continuerà la penale rilevanza della figura criminosa in esame.

Sul punto, la Suprema Corte¹⁷⁶, una volta chiarito che l'*abolitio* non interessa i fatti riconducibili alla richiamata modalità alternativa della condotta di abuso d'ufficio non modificata dalla riforma (vale a dire l'omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi), ha avuto modo di affermare che al restringimento dell'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio conseguono inevitabili

¹⁷⁵ Cui seguirebbe, per l'effetto, l'emanazione di un provvedimento di archiviazione nei procedimenti in fase di indagine, proscioglimento nei processi in corso e revoca delle sentenze passate in giudicato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. e art. 673 c.p.p.

¹⁷⁶ Cass. Pen., Sez. VI, sent. del 25 agosto 2020 – dep. 17 novembre 2020, n. 32174.

effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.

Si sarebbe, cioè, determinata una parziale *abolitio criminis* in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

Ed invero, inquadrando l'intervento legislativo nell'ambito della successione di leggi, emerge che la interpolazione operata dal legislatore del 2020 ha apportato una duplice concomitante conseguenza: una specialità per specificazione e una specialità per aggiunta rispetto al testo precedente¹⁷⁷.

Infatti, nel caso della riformulazione dell'art. 323 c.p., come detto, la modifica apportata ha riguardato da un lato una specificazione della qualità della norma di legge violata (che ad oggi deve avere a oggetto *specifiche regole di condotta espressamente previste* dalla sola legge o atto avente forza di legge) e dall'altro lato l'aggiunta di un elemento specializzante nuovo dato dall'assenza di margini di discrezionalità.

L'inserimento delle nuove formule semantiche ha, quindi, prodotto una duplice specialità unilaterale diacronica¹⁷⁸: la

¹⁷⁷ In questo senso, GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 146; GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 133 ss.

¹⁷⁸ Giova in questa sede sinteticamente ricostruire il meccanismo operativo in parola. Ove, per effetto di un intervento riformatore, si passi da una norma generale ad una speciale, ciò implica che la nuova norma contiene un elemento specializzante per aggiunta o per specificazione che restringe l'area di rilevanza penale della norma originaria. Allora, ci si trova di fronte ad un'*abolitio* parziale, perché alcune classi di condotta, prima punite dalla norma generale, perdono

qualità della norma violata (solo di legge o atto equiparato e che preveda regole di condotta specifiche) e l'assenza di discrezionalità nella sua applicazione presentano, infatti, le caratteristiche, proprie, della specialità per specificazione (le prime) e per aggiunta (la seconda).

Riportate le modifiche in questa cornice, ne deriva che condotte prima tipiche e perciò punibili in base alla vecchia formulazione dell'art. 323 c.p., oggi non lo sono più. Il fortissimo ridimensionamento apportato alla fattispecie di abuso d'ufficio, che secondo autorevole dottrina ha ingenerato una vera e propria depenalizzazione del reato¹⁷⁹, potrebbe, conseguentemente avere ripercussioni anche sulle condanne coperte da giudicato.

La statuizione è stata confermata, peraltro, dalla giurisprudenza di legittimità¹⁸⁰ con conseguente affermazione del proscioglimento dell'imputato, nei processi in corso, con la formula "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*". Sillogismo legato alla premessa in base alla quale "*non può seriamente dubitarsi*

rilevanza penale in virtù della modifica intervenuta sulla fattispecie attraverso l'introduzione di un elemento specializzante.

In merito aspetti comuni alle due fattispecie, in quanto non incisi dalla novella, vi sarà un mutamento della disciplina cui conseguirà l'applicazione, anche retroattiva, della disciplina più favorevole, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p. Quanto, invece, agli elementi "nuovi", poiché l'aggiunta di un elemento specializzante ha circoscritto la portata dell'originaria norma incriminatrice, ci si trova innanzi ad un'*abolitio parziale*. In definitiva, quando una norma unilateralmente speciale sostituisce una norma generale si ha *abolitio criminis* parziale e, per la restante parte della disposizione incriminatrice, cioè quella relativa agli elementi che restano in comune tra la fattispecie generale e la nuova fattispecie speciale, vi è un *mutatio* della disciplina, con applicazione della norma più favorevole. *Mutatio* che, con specifico riferimento alla riforma dell'art. 323 c.p. ad opera del d.l. n. 76/2020 (conv. dalla l. n. 120/2020), non si riesce ad apprezzare concretamente perché nulla è mutato in punto di dosimetria sanzionatoria, né nel regime delle circostanze.

¹⁷⁹ Così, PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

¹⁸⁰ Cass. pen., sez. VI, sent. del 9 dicembre 2020 – dep. 8 gennaio 2021, n. 442.

che si realizzi una parziale abolitio criminis in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità”.

Va anche segnalato che attenta dottrina¹⁸¹ ha avuto modo di evidenziare la complessità del fenomeno intertemporale, limitando gli effetti della modifica normativa del 2020. In particolare, si è affermato che occorrerebbe essere particolarmente cauti nell'accertare che sia intervenuta, nel caso di specie, una effettiva *abolitio criminis*, effettuando tre diverse verifiche.

Bisognerebbe, innanzitutto, accertare la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante. E qui, in effetti, se così risultasse, non si sarebbe verificata una *abolitio criminis*, poiché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione, con persistenza dell'illecito, secondo un percorso ermeneutico già seguito dai giudici di legittimità in una recente sentenza chiamata a pronunciarsi sul punto¹⁸².

La seconda verifica sarebbe legata alla eventuale possibilità di far rientrare il fatto nella omessa astensione, condotta come sopra chiarito non “toccata” dalla riforma del 2020. Il problema non si pone se in origine era stata contestata la omessa astensione, ma solo ove fosse stata contestata la

¹⁸¹ GATTA G.L., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit. *Ibidem*.

¹⁸² Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873.

violazione di norme di regolamento, ovvero di norme di legge prive dei caratteri della specificità e dell'assenza di discrezionalità.

In tal caso, ad avviso di altro autorevole orientamento dottrinale ¹⁸³, una “riconversione” della originaria contestazione sembrerebbe violare il principio di irretroattività *in malam partem*, facendo sostanzialmente finire nel nulla la riforma (con una nozione di omessa astensione capace di “inghiottire” ogni condotta).

Infine, la terza verifica sarebbe connessa alla eventuale rilevanza penale del fatto, prima contestato quale abuso di ufficio, alla luce di una diversa, ma coesistente, norma incriminatrice.

In tale ultima ipotesi trattasi di verificare, a ben vedere, la sussistenza di una successione normativa fra l'art. 323 c.p. (nella “porzione” oggetto di modifica) e figure di reato affini, di cui al seguente paragrafo.

In definitiva, stante la pluralità di esiti cui il “test diacronico” potenzialmente conduce, non può esimersi dal notare l'ampiezza degli spazi lasciati all'interprete, sul quale grava l'onere di un ampio margine di gestione delle regole della successione di leggi penali nel tempo, con il conseguente rischio di operare una riconversione della contestazione in violazione del principio di irretroattività *in malam partem*.

1.2. (segue) Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio*

¹⁸³ ROMANO B., *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit.

Un raffronto strutturale tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. impone, come anticipato, un'analisi sistematica delle condotte rientranti nel campo di applicazione del "vecchio" art. 323 c.p. e altre ipotesi di reato che potrebbe ingenerare la nota vicenda della cd. *abolitio sine abrogatio*¹⁸⁴.

A tale proposito, due sono le doverose premesse da farsi.

In primo luogo, la questione in esame non involge le fattispecie più gravi di quella desumibile dall'art. 323 c.p., essendo in questo articolo presente «la clausola di consunzione "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato", sicché già ante riforma sarebbero state applicabili le fattispecie punite con pena edittale più elevata, (quali ad esempio peculato o corruzione), senza che di successione di leggi debba discorrersi. L'art. 323 c.p. esordisce, infatti, tuttora con una clausola di salvaguardia che impone che il fatto non debba costituire più grave reato, perché in tal caso non vi sarà concorso tra reati ma applicazione della sola ipotesi delittuosa più grave¹⁸⁵.

La questione si presenta, invece, nel caso rilevi un reato meno grave quale, a titolo esemplificativo, l'omissione di atti d'ufficio, disciplinato dall'art. 328 c.p.¹⁸⁶.

¹⁸⁴ In generale, per una analisi del complesso istituto della *abolitio sine abrogatio*, si rinvia a GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 96 ss.

¹⁸⁵ Esempio paradigmatico è il rapporto tra abuso d'ufficio e corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio. L'importanza della clausola di sussidiarietà espressa si comprende anche leggendo quella giurisprudenza ormai consolidata che vede l'applicazione del solo delitto di falso (materiale o ideologico) in atto pubblico da parte del pubblico ufficiale, ritenendo assorbito il delitto di abuso d'ufficio. Sui rapporti dell'abuso d'ufficio rispetto alle diverse ipotesi di reato più gravi con funzionalità assorbente, cfr. DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 242 ss.

¹⁸⁶ ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit., secondo cui l'assunto vale "solo nei limiti nei quali fosse rilevante la condotta del soggetto attivo ex art. 328 c.p. nel momento

In secondo luogo, non appare assolutamente ammissibile, né per i fatti pregressi né tanto meno per i fatti futuri, la riconduzione della condotta contestata nell'alveo della seconda parte del comma 1 dell'art. 323 c.p. (rimasto inalterato), vale a dire quale omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi. Diversamente operando, si incorrerebbe in una patente violazione del divieto di analogia., vista l'impossibilità di ritenere che semplici condotte inosservanti di norme aspecifiche e/o regolamentari e/o discrezionali possa integrare una omessa astensione per conflitto di interesse¹⁸⁷.

Non è da escludere *in toto*, però, che una interpretazione estensiva e di nuovo conio dell'obbligo di astensione negli altri prescritti, fondata sulla necessità di non lasciare vuoti di tutela rispetto ad un'oggettività giuridica collettiva di primaria importanza come quella della imparzialità e del buon andamento della P.A., possa rivalorizzare *pro futuro*

nel quale venne commessa; senza modificare, cioè, il fatto storico per poterlo fare rientrare "a forza" nella diversa fattispecie incriminatrice che si vorrebbe applicare». Su queste basi, si ritiene che «forse non era del tutto infondata l'osservazione secondo la quale, piuttosto che lavorare di cesello sul testo dell'art. 323 c.p., sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare una abrogazione secca dell'art. 323 c.p., non mancando – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che avrebbero potuto punire singole condotte”.

¹⁸⁷ Una simile interpretazione della parte residuale delle condotte tipiche incriminate dall'art. 323 c.p., ieri come oggi, non appare in alcun modo percorribile, vista la palese necessità in questo caso di ricorrere ad un criterio applicativo non semplicemente teleologico, ma tale da sconfinare nella vera e propria *analogia legis*. Difatti, a parere dell'indirizzo ermeneutico maggioritario, tale conclusione non è né stata ammessa. V., tra le tante, Cass. pen., sez. VI, 19/10/2004, n. 7992, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3313: *In materia di abuso d'ufficio determinato da violazione dell'obbligo di astensione, l'espressione "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, contenuta nell'art. 323 c.", deve essere letta nel senso che la norma ricollega l'obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative, quella dell'obbligo di carattere generale derivante dall'esistenza di un interesse o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge.*

l'ipotesi fattuale della omessa astensione negli “*altri casi prescritti*”, riconsiderando tale obbligo preveduto tra le fonti escluse (*regolamenti*, norme espressive di *principi generali*, atti discrezionali, ecc.), e disancorandolo a casi di conflitto di interessi *strictu sensu* inteso¹⁸⁸.

Stesso discorso può essere fatto in relazione ad ipotesi di reato affini, che la clausola di sussidiarietà espressa dell'abuso d'ufficio ha sempre limitato nella loro possibile applicabilità concorrenziale. Ci si riferisce ai delitti di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio ex art. 328 c.p., e peculato d'uso di cui all'art. 314, comma 2 c.p.¹⁸⁹.

Il discorso cambia spostandosi sull'asse opposto della sussidiarietà “discendente”, nel senso di verificare se illeciti penali meno gravi sono, oggi, applicabili in surrogazione di quelle ipotesi di abuso d'ufficio ormai fuori dall'area del penalmente rilevante della nuova fattispecie di cui al riscritto art. 323 c.p.

Si prenda a modello la fattispecie di peculato, prevista e punita ai sensi dell'art. 314 c.p.

Discorso in parte simile, è quello della rivisitazione del rapporto tra abuso d'ufficio e peculato, *id est* rispetto alla specifica sottofattispecie di peculato d'uso per distrazione. Anche qui l'orientamento della giurisprudenza regolatrice appare univoco, distinguendo chiaramente la portata delle due

norme incriminatrici. Nello specifico, ricorre il delitto di peculato quando vi è stata una vera e propria cessione del bene, da parte del pubblico ufficiale, a un terzo, perché lo

¹⁸⁸ In termini possibilistici e adesivi, GATTA G.L., *Da 'spazzacorrotti' a 'basta paura'*; cit..

¹⁸⁹ Da sempre ritenuti assorbiti dall'abuso d'ufficio. Per tutti, cfr. RAMPIONI R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, 810.

utilizzi *uti dominus*, in maniera continuativa ed esclusiva, in violazione del vincolo di destinazione attribuito dall'amministrazione, realizzando per l'effetto quella *interversio possessionis*, con la conseguente perdita della disponibilità del bene. Nell'abuso d'ufficio, invece, la violazione dei doveri del P.U. rappresenta la condotta tipica del reato e l'evento coincide con l'ingiustizia del profitto, a differenza del peculato dove la violazione dei doveri d'ufficio costituisce solo la modalità della condotta appropriativa e l'evento tipico coincide con la stessa appropriazione. Inoltre, l'appropriazione, nel peculato, ha come effetto l'estromissione dell'amministrazione proprietaria rispetto al bene, mentre nell'abuso d'ufficio la destinazione del bene, sebbene viziata dalla condotta dell'agente, mantiene la sua natura pubblica e non favorisce interessi estranei all'amministrazione. Detta in breve, la condotta distrattiva integrante il peculato presuppone la sottrazione del denaro dalla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente, mentre nell'abuso d'ufficio la distrazione si concretizza in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita¹⁹⁰.

Alla stregua di tale distinzione, non è da sottovalutare la possibilità che una partizione dei fatti integranti la condotta distrattiva dell'abuso d'ufficio, da ora in poi, potrà essere sussunta nel delitto di peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p., vista la impossibilità di ravvisare la violazione delle disposizioni della sola legge

¹⁹⁰ Da ultimo, sempre in linea con le precedenti, Cass. pen., Sez. VI, sent. 2 luglio 2019, n. 38875.

come prevedute oggi dall'abuso d'ufficio, e sempre al fine di evitare lacune di tutela¹⁹¹.

1.3. Una ricostruzione alternativa: tesi della *abolitio criminis* totale e contestuale nuova incriminazione

Si è visto come, all'esito di un giudizio di tipi logico-strutturale, l'indirizzo ermeneutico ad oggi maggioritario (nel pur giovane, ma già folto, scenario dottrinale) tenda a ravvisare, tra la precedente e la nuova formulazione dell'art. 323 c.p., un rapporto di specialità tale da inquadrare tale vicenda successiva in termini di *abolitio criminis* parziale. Ciò in quanto, nel caso della riformulazione dell'abuso d'ufficio, i fatti come descritti prima e dopo la riforma, non appaiano strutturalmente diversi, sicché i primi interpreti paiono aver escluso la strada del binomio *abolitio criminis* totale - contestuale nuova incriminazione.

E tuttavia, a tale opinione non manca di opporsi una interpretazione difforme della vicenda intertemporale in parola¹⁹².

Tale diversa proposta ermeneutica porterebbe alle estreme conseguenze gli intenti riformatori della novella, giungendo a ravvisare una abrogazione totale della fattispecie, con conseguente "depenalizzazione" delle condotte ivi precedentemente riconducibili, ed una contestuale nuova incriminazione, *pro futuro*, delle condotte descritte nel nuovo art. 323 c.p.

¹⁹¹ È di questo avviso, che non esclude una rinnovazione espansiva della trascurata ipotesi dell'abuso mediante l'omessa astensione, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 9.

¹⁹² Ritengono che la modifica abbia creato una figura di reato molto diversa da quella precedente – pur non affrontando la problematica del rapporto di continenza tra vecchia e nuova formulazione – ai limiti di una discontinuità totale con la precedente, chiaramente in termini critici, GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 4; PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

Ad una conclusione siffatta si giunge, ad avviso di tale autorevole dottrina, valorizzando l'assunto della nota pronuncia a Sezioni unite "Giordano"¹⁹³, ove si afferma che è possibile ritenere che in presenza di una forte dissonanza tra vecchia e nuova formulazione di una medesima fattispecie vi sia stato un intento politico-criminale volto alla creazione di una nuova norma incriminatrice distaccata dalla precedente, e ciò sulla base di un giudizio di eterogeneità non propriamente formale, ma di ordine sostanziale¹⁹⁴.

¹⁹³ Cass. Pen., Sez. Un., sent. 16/06/2003 n° 25887.

¹⁹⁴ Così, testualmente la sentenza Giordano del 2003: *"È quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l'applicabilità della regola dell'art. 2, comma 3, c.p.....Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escludere per il passato la punibilità: chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato, o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambiamento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi.....Dunque un'evenienza che non può essere esclusa, ma che nell'ambito della disciplina della successione di leggi penali non costituisce certo la regolaÈ da considerare che chi di recente in dottrina ha sostenuto la necessità di un controllo bifasico, nell'idea che andrebbe sempre ricercata la conferma della punibilità facendo seguire alla verifica strutturale una verifica valutativa, ha riconosciuto che nel caso in cui dovesse giungersi all'esclusione della punibilità di fatti che continuano ad essere previsti come reato ci si troverebbe in presenza di un esito assimilabile a quello tipico dell'amnistia, e questa ricostruzione convince che l'abolizione senza una formale discontinuità costituisce una situazione, eccezionale o quanto meno anomala, che richiede sicuri indici di una volontà legislativa in tal senso, in mancanza dei quali debba, senza necessità di ulteriori conferme, trovare applicazione la regola del terzo comma dell'art. 2 c.p... ..In ogni caso si tratta di un'ipotesi in cui, anche ove si ritenesse applicabile il terzo comma dell'art. 2 c.p., le determinazioni sulla continuità normativa e soprattutto quelle più specifiche sulla conservazione o sulla revoca di un'eventuale sentenza di condanna irrevocabile (si pensi al caso dell'oltraggio) dovrebbero normalmente attingere, oltre che a criteri strutturali, anche a criteri valutativi. Si pone allora l'interrogativo se non sia stato questo l'intento legislativo: guardare non solo al futuro, ma anche al passato, a una*

Da tale assunto, si ritiene possibile sostenere che la riformulazione della prima parte dell'abuso d'ufficio operata dal Decreto "semplificazioni", in quanto intervento che si inserisce in una particolare ed emergenziale situazione politica, economica, sociale o giudiziaria, potrebbe aver avuto di mira proprio una "cesura" con il passato, attuando una *abolitio criminis* totale per tutti i fatti di abuso di ufficio realizzati in violazione di legge e commessi prima della riforma (con contestuale nuova incriminazione per il futuro). Ciò nella consapevolezza della peculiare gravità, economica, sociale e anche giuridica legata alla emergenza da COVID-19, a cui si aggiunge il fatto che da troppo tempo ormai si aspettava una limitazione al potere di controllo della magistratura penale sugli atti viziati della P.A.¹⁹⁵ .

2. Effetti determinati dalla modifica in fase esecutiva e nel processo di cognizione

2.1. Giudizio di esecuzione: revoca delle sentenze di condanna e limiti alla cognizione del giudice

Occorre, in conclusione, ragionare sugli effetti determinati dalla riforma legislativa: si è visto come al restringimento del fatto tipico di abuso di ufficio sia conseguita una significativa *abolitio criminis* di molti fatti di reato, dapprima incriminati e oggi non più tali ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p., aprendosi, in tal modo, la strada alla

nuova vita per la fattispecie grimaldello che consente il controllo giudiziario sulla attività politica".

¹⁹⁵ In tal senso, GRASSO G., *Il nuovo abuso di ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, in *Giurisprudenza penale Web*, 06.05.2021, 18 ss.

revocazione¹⁹⁶ delle sentenze di condanna passate in cosa giudicata *ex art. 673 c.p.p.*

Bisogna tenere conto di due momenti diversi: l'applicazione del riformato art. 323 c.p. ai casi già giudicati con sentenza irrevocabile di condanna (*id est* applicazione della riforma in fase esecutiva) ed applicazione della riforma ai fatti ancora *sub iudice*.

Invero, si può dire che gli effetti sono parzialmente diversi. In punto di applicazione della nuova normativa in fase esecutiva risulta chiaro il disposto dell'art. 2 co. 2 c.p., e quindi trattasi di ipotesi di *abolitio criminis* parziale con revoca della sentenza di condanna qualora le condotte giudicate non siano più punibili alla luce della riformata formulazione dell'art. 323 c.p. (perché condotte violative di regolamenti, non sussumibili in regole specifiche e espressamente previste in legge o atti ad essa equiparati, ovvero dalle quali residuino margini di discrezionalità).

È prevedibile, allora, la presentazione di molteplici istanze al giudice dell'esecuzione volte alla revoca delle sentenze per fatti di abuso d'ufficio relative a ipotesi fattuali oggi decriminalizzate.

Una limitazione dell'area del penalmente rilevante, infatti, che se per i fatti pregressi si pone nel solco classificatorio della *abolitio criminis* parziale, nella sostanza è assimilabile ad una vera e propria depenalizzazione¹⁹⁷ atteso che quasi tutte le condotte che la prassi ha visto giudicare nel corso

¹⁹⁶ Per una disamina dell'istituto della revoca della sentenza per abolizione del reato, nell'ambito di una più ampia analisi del complesso "microcosmo" dell'esecuzione penale, si veda RANALDI G., *La revoca della sentenza per abolizione del reato, tra ambiti operativi espressi ed impliciti*, in *Esecuzione penale*, GAITO A., RANALDI G., Giuffrè editore, III Ed., 2016, p. 261 e ss.

¹⁹⁷ Si esprime in questi termini, M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 6.

degli anni, specialmente gli ultimi, non sono più punibili, e segnatamente i fatti commessi in violazione di norme di regolamento; in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse; in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità.

Ora, preso atto che la normazione primaria presenta quasi sempre requisiti di generalità e astrattezza, caratteristiche all'interno delle quali è difficile rinvenire “*specifiche regole di condotta*”, che non lasciano margini di discrezionalità senza l'intervento anche della normazione regolamentare e attuativa di fonte subprimaria, la rideterminazione in termini di un (quasi) totale azzeramento della incriminazione non è revocabile in dubbio.

Tale soluzione però non deve considerarsi in termini automatici atteso che, in ragione del disposto dell'art. 666, co. 5, c.p.p.¹⁹⁸, ben può il giudice dell'esecuzione esercitare poteri di accertamento e, purché nel rispetto del fatto accertato in sentenza, ritenere la condotta comunque sussumibile in una delle ipotesi attualmente rilevanti nella fattispecie così modificata¹⁹⁹.

È facile comprendere che il possibile scenario sarà assai significativo in termini quantitativi rispetto alle condanne pregresse, tale da poter far immaginare un nuovo giudizio per la quasi totalità delle condanne irrevocabili per il delitto di abuso d'ufficio. Difatti, escludendo come già visto la

¹⁹⁸ Il disposto dell'art. 666 co.5 c.p.p. consente al giudice dell'esecuzione di acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, assumere anche prove nel rispetto del principio del contraddittorio.

¹⁹⁹ Cfr. GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent*, op. cit., 155, secondo cui «è facilmente pronosticabile che si porranno notevoli difficoltà di accertamento nello stabilire se il fatto per cui si è stati condannati in via definitiva appartiene all'area espunta dall'incriminazione a seguito della riforma del 2020, oppure a quella ancora inserita nel perimetro della fattispecie legale».

possibilità di ricorrere alla ipotesi di *abolitio sine abrogatio* sia intrinseca che estrinseca di livello sincronico²⁰⁰, permane la problematica dei limiti imposti al Giudice della esecuzione e dei suoi difficili rapporti con le garanzie convenzionali CEDU²⁰¹.

Ai sensi dell'art. 673 c.p.p., in caso di abolizione e/o abrogazione anche parziale della fattispecie incriminatrice, è prevista da parte del Giudice della esecuzione la revoca della sentenza di condanna anche passata in cosa giudicata, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Allo stesso tempo, il giudice dovrà adottare i provvedimenti conseguenti, finalizzati a rendere effettivo il disposto dell'art. 2, comma 2 c.p. ultima parte (cessazione della esecuzione e degli effetti penali della condanna)²⁰².

²⁰⁰ Come detto, non sarà certamente ammissibile sostenere una continuità normativa rispetto alla sub-fattispecie della violazione dell'obbligo di astensione di cui alla seconda parte dell'art. 323 c.p., ovvero in rapporto a figure affini quali il peculato d'uso o l'omissione di atti di ufficio. Per un esempio giurisprudenziale paradigmatico, le cui lucide osservazioni ben si attanagliano al caso di specie, v. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss. Nel caso di specie, concernete la abrogazione della figura della amministrazione controllata dalla Legge fallimentare, il supremo collegio nomofilattico ha chiarito che in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni non potrà giammai esservi successione tra norma abrogata e riespansione della norma diversa (in quel caso tra bancarotta ex art. 236 L.F. e appropriazione indebita). Sullo stesso segmento di valutazione, già in precedenza, Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2003, 2818, che ha chiarito come l'abrogazione dell'oltraggio a u. non avrebbe mai potuto ammettere una permanenza di rilevanza penale per i fatti che astrattamente erano ancora punibili in base al delitto di ingiuria e/o diffamazione aggravata.

²⁰¹ In termini ben più completi, visto il solo generico richiamo ad un argomento di ben più alto respiro e complessità, nemmeno accennabile in questa sede, cfr. A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 4/2015; A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018.

²⁰² Sull'argomento, in linea generale, v. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, 261 ss.; per la specifica questione, invece, che riguarda l'art. 673 c., cfr. A.

Per la revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. è, quindi, necessario verificare se il fatto accertato e per cui vi sia stata condanna sia sussumibile o meno nella residua porzione di condotta penalmente rilevante di cui al *nuovo* art. 323 c.p.p.. Si impone, pertanto, all'interprete una non facile individuazione tra abrogazione o continuità normativa²⁰³.

Punto di partenza sarà, ovviamente, la descrizione del fatto come formulato nel capo di imputazione, che a dire del codice di rito dovrebbe essere enunciato in forma chiara e precisa. Da una lettura dello stesso, invero, si dovrebbe dedurre con esattezza la specifica disposizione di legge violata, che nel caso del nuovo abuso deve appartenere al rango di quelle primarie, specifiche e vincolanti. Ulteriore chiarimento potrà desumersi dalla motivazione sentenza di condanna.

Cionondimeno, non è facile vagliare l'esistenza o meno di una *abolitio criminis* quando dall'imputazione o dalla sentenza non si evince l'esatta violazione di legge commessa, vuoi perché generica, vuoi perché alternativa, vuoi ancora perché connessa ad altra contestazione con rinvio, ingenerando casi problematici e di non poco conto nella futura prospettiva dei giudizi di esecuzione che si verranno a creare.

Orbene, se si parte dall'idea che l'imputazione è un momento di primaria importanza nell'iter processuale di accertamento del fatto e della responsabilità penale

SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 180 ss..

²⁰³ Cfr. D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 190 ss., che evidenzia il non facile momento di valutazione del fatto alla stregua della vecchia e nuova normativa succedutasi nel tempo in funzione dell'applicazione dell'art. 2 c. e dell'art. 673 c.p.p..

dell'accusato, tanto da diventarne un fulcro centrale di diversi arresti della giurisprudenza di legittimità che richiamano anche gli insegnamenti della Corte EDU²⁰⁴, ne consegue come una sua formulazione che alla stregua della nuova disposizione dell'art. 323 c.p. non rende chiara la perfetta collocazione del fatto tra quelli abrogati o permasti nell'alveo della incriminazione, dovrebbe comportare la revoca della condanna in ossequio al principio del *favor rei*, *id est in dubio pro reo*.

E però, una simile conclusione contrasta con la tradizionale tesi dei limiti cognitivi del giudice dell'esecuzione²⁰⁵.

Invero, benché nell'ultimo decennio vi sia stato un significativo ridimensionamento del dogma dell'intangibilità del giudicato penale²⁰⁶, in una materia come quella della successione della legge penale nel tempo ex art. 673 c.p., non sempre è ammesso un travolgimento della *res iudicata* nei casi dubbi sulla esistenza o meno di una *abolitio criminis* parziale di quel fatto specifico. Così, anche prendendo atto dell'importantissimo arresto d'apertura avutosi con la nota sentenza delle Sezioni Unite

²⁰⁴ Il tema della determinazione esatta in fatto e in diritto della imputazione, anche per una corretta difesa dell'accusato, è stato oggetto della nota sentenza della Corte EDU Drassich. C. Italia dell'11.12.2007, la quale ha ingenerato non poche conseguenze poi sfociate in altri *leading case*. Sul punto, cfr. V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale* (da Scoppola a Contrada), in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Editoriale Scientifica, 2018, 125 ss..

²⁰⁵ Sempre in argomento, SCALFATI A., *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit., 180 ss.

²⁰⁶ Ciò grazie alla continua opera di demolizione che ha visto nella giurisprudenza della Corte EDU la genesi di ogni suo successivo sviluppo. Tra quelli più significativi, vi sono Corte EDU, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia; Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia e la già citata Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), dalla cui lettura in combinato disposto ne discende una nuova visione non più insuperabile del giudicato, i cui effetti negativi e non più legittimi devono essere neutralizzati.

Gatto²⁰⁷, resta pur sempre da valutare che la funzione di mera ricognizione (e non di nuova cognizione) del Giudice dell'esecuzione non consente di oltrepassare i dati di fatto e di diritto emergenti dal testo della sentenza e, al più, dagli atti processuali già acquisiti e presenti al fascicolo dibattimentale (o delle indagini in casi di giudizio abbreviato). In tale decisione, si è rilevato come sia ormai anacronistica la tradizionale concezione del giudicato penale in termini assoluti, e cioè allorquando esso viene considerato come se fosse la “norma del caso concreto”, del tutto insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza.

La necessità di dialogo tra Corti (Costituzionale, EDU e Cassazione) ha reso necessario reimpostare il dogma del giudicato penale, ponendo al centro della sua ridefinizione il potenziamento della garanzia individuale del singolo soggetto rispetto alla certa condanna da espiare, e dunque in grado di

vincere le limitazioni imposte al fine di rendere prevalenti le esigenze di garanzia sottese al principio del *favor libertatis*. L'attuale dimensione della giurisdizione esecutiva concede poteri non limitati alla conoscenza delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo, ma, al contrario,

capaci di incidere anche sul suo contenuto valutativo, “*allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano*”²⁰⁸. Tuttavia, nell'esercizio di tale funzione di

²⁰⁷ Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di ROMEO G., *Le sezioni unite sul potere del giudice di fronte alla esecuzione di pena incostituzionale*.

²⁰⁸ Così testualmente, Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, cit..

controllo, il Giudice dell'esecuzione, come ricordato dalla più volte citata sentenza Gatto, *“non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere ...nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione.... le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile”*.

Dunque, se il Giudice della revocazione della condanna ha spazi di valutazione circoscritti, e nonostante l'art. 666, co. 5, c.p.p. gli attribuisca il potere di *acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio*, non potrà mai oltrepassare il perimetro probatorio già acquisito nel giudizio di merito. Al più, egli potrà valorizzare elementi che, apparsi nella fase della cognizione, erano risultati allora non rilevanti, mostrandosi poi di primaria importanza se non determinanti, alla luce del giudizio di conformità tra il fatto di cui all'imputazione originariamente contestata e la nuova formulazione della fattispecie.

Cionondimeno, il Giudice dell'esecuzione non potrà ordinare la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* ex art. 673 c.p., nei casi in cui la sua valutazione trasmodi il riscontro meramente ricognitivo del fatto di reato alla luce della nuova normativa, ma richieda un vaglio dell'imputazione della sentenza che ne afferma la sussistenza, valicando i limiti intrinseci del giudizio di esecuzione.

Al contempo, deve ritenersi che la revoca della sentenza di condanna non sia un effetto ineludibile e che vi siano casi in cui il giudice dell'esecuzione potrebbe non revocare la

sentenza di condanna, malgrado il *novum* normativo abbia chiaramente determinato una *abolitio criminis* parziale.

Ed invero, esistono comunque spazi per il giudice dell'esecuzione per rigettare la richiesta di revoca della sentenza di condanna divenuta definitiva: ad esempio, se il reo è stato condannato per una duplice condotta punibile – (si pensi alla violazione di norme regolamentari e l'omessa astensione nei casi prescritti) e risulta accertato in sentenza la sussistenza di entrambi i fatti in contestazione. Ci sono, cioè, due condotte contestate e ritenute in sentenza: la prima soppressa nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p. – la violazione di norme regolamentari –, la seconda tuttora punibile – l'omessa astensione nei casi di conflitto di interessi o negli altri casi prescritti.

In quel caso, il giudice dell'esecuzione, preso atto dell'intervenuta condanna sia per una condotta contestata e ritenuta in sentenza e ormai non più prevista dalla fattispecie dell'art. 323 c.p., sia per una condotta contestata *ab origine* e ritenuta in sentenza, ma ancora rientrante nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p. – omessa astensione –, può respingere la richiesta di revoca del giudicato di condanna.

2.2. Giudizio di cognizione: processi *sub iudice*

Delineate in tal senso le modifiche intervenute sulla fattispecie di cui all'art. 323 c.p., e la *ratio* ad esse sottesa, è necessario analizzare le conseguenze della riforma per quanto concerne i giudizi *sub iudice* ovvero gli accertamenti giudiziari già cristallizzati in sentenza irrevocabile.

Per le ipotesi di reato oggetto di processi in corso, diverse possono essere le soluzioni che nel caso concreto si prospettano.

Si è già visto come, in alternativa all'*abolitio criminis* (e, dunque, al regime intertemporale di cui all'art. 2 c.p.), possa verificarsi un'ipotesi di riespansione di fattispecie diverse cui la condotta risulta riconducibile. In altri termini, l'*abolitio criminis* parziale si determina solo nel caso in cui si accerti che il fatto concreto non si riveli sussumibile in altre ipotesi di reato²⁰⁹.

Allo stesso modo, non è da escludersi l'ipotesi di una riqualficazione della condotta, originariamente sussunta nell'art. 323 c.p., nel reato di peculato *ex art.* 314 c.p., purché nel rispetto di prassi giurisprudenziali consolidate sull'accertamento della finalità esclusivamente privata dell'atto di destinazione del denaro pubblico ad opera del pubblico funzionario²¹⁰.

²⁰⁹ Tali alternative fattispecie si pongono in rapporto di specialità bilaterale rispetto alla previsione dell'art. 323 c.p., in quanto ad un nucleo comune si aggiungono differenze reciproche per elementi ulteriori e specializzanti. Al venir meno dei presupposti applicativi dell'abuso d'ufficio, quindi, l'interprete deve vagliare l'ipotetica sussumibilità della condotta nelle diverse fattispecie alternative. Sul punto, emerge l'opzione ermeneutica che valorizza la possibilità che l'abuso d'ufficio si manifesti in forma omissiva, in tal senso avallando la tesi secondo cui, ove vengano meno i presupposti di operatività dell'art. 323 c.p., debba valutarsi la riconducibilità della condotta alla fattispecie meno grave, e quindi più favorevole *ex art.* 2 co. 4 c.p., dell'art. 328 c.p., da ritenersi non più assorbita nella fattispecie originaria.

²¹⁰ Sulla questione v. GATTA G.L., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 02.12.2020, pp. 3 e ss.; In giurisprudenza, *ex multis* Cass. Sez. VI 23 settembre 2020 n.27910 secondo cui “l'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spese da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera

Tuttavia, il giudice della cognizione ha un problema ulteriore che non ha il giudice dell'esecuzione: infatti, quest'ultimo, posto di fronte ad una richiesta di revoca del giudicato di condanna, deve guardare al fatto contestato, al fatto ritenuto in sentenza, seppur con dei margini elastici di interpretazione della nuova fattispecie, e capire se uno dei fatti o il fatto per il quale vi è stata condanna dell'imputato continua a rientrare anche nella nuova fattispecie dell'art. 323 c.p.

Il giudice della cognizione, invece, deve affrontare una problematica diversa, perché le condotte non più rilevanti ai sensi del 323 c.p. potrebbero, viceversa, integrare reati diversi: si potrebbe, cioè, verificare un fenomeno di cosiddetta "successione impropria". Invero, le fattispecie di cui all'art. 328 c.p. (omissione in atti d'ufficio) o all'art. 314 c.p. (peculato) potrebbero attagliarsi al fatto concreto che non integra più gli estremi dell'abuso di ufficio²¹¹.

Occorre, allora, verificare cosa accade in un processo di cognizione, in cui è contestato come abuso d'ufficio un fatto che, per effetto della riforma attuata con d.l. 76/2020, deve ritenersi non più riconducibile a quella fattispecie.

copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali".

²¹¹ A tale riguardo, si veda COPPOLA F., *La corte di cassazione torna a pronunciarsi sull'abuso di ufficio dopo la recente riforma*, in *Cammino diritto Web*, 10.12.2021, che a titolo esemplificativo riporta la seguente ipotesi: si pensi "all'agente è stato contestato il reato di abuso d'ufficio per uso improprio del telefono dell'ente pubblico, in quanto ha effettuato migliaia di telefonate intenzionalmente rivolte al proprio vantaggio personale, in violazione delle norme regolamentari che disciplinano il comportamento in ufficio. Venuta meno la violazione delle norme di regolamento, quel fatto non integra più il reato di cui all'art. 323 c.p., ma può integrare il peculato d'uso. Prima della modifica dell'art. 323 c.p., il fatto non poteva integrare il peculato d'uso, perché, in forza della clausola di riserva ("se il fatto non costituisce più grave reato"), prevaleva la fattispecie ex art. 323 c.p."

In particolare, ci si riferisce all'evenienza che, nel corso del processo di cognizione, venga modificata l'imputazione originariamente formulata ovvero che il fatto, del tutto immutato, subisca una riqualificazione giuridica.

Ben può verificarsi, invero, che nel processo di cognizione la pubblica accusa rimoduli l'imputazione ovvero il giudice dia, senza incidere sulla descrizione del fatto in imputazione, una diversa qualificazione giuridica (nei crismi dell'art. 521 c.p.p.), così ritenendo il fatto oggetto di giudizio non più integrante gli estremi dell'abuso di ufficio (per effetto della riforma operata dal d.l. 76/2020), ma integrante gli estremi di una diversa figura di reato di cui sussistano tutti gli elementi costitutivi.

In altri termini, nulla pare ostare ad una riqualificazione giuridica²¹² del fatto contestato, ove per applicare la diversa fattispecie (nel caso esemplificato, quella di cui all'art. 328 c.p. o all'art. 314 c.p.) occorra solo una diversa qualificazione giuridica, perché la descrizione del fatto oggetto di imputazione consente di incasellarlo sia nel reato di cui all'art. 323 c.p., nella parte oggetto di abrogazione, sia nel reato di cui all'art. 314 c.p. o 328 c.p.

Naturalmente, sempreché la riqualificazione giuridica del fatto contestato sia ammissibile secondo i presupposti previsti dal codice di rito.

²¹² Sul tema della riqualificazione giuridica del fatto contestato e del principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza, si veda, *ex plurimis*, CAPONE A., *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 63; QUATTROCOLO S., *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2011, passim; SURACIL., *Nuove contestazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, IV, t. II (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 495. Per simili considerazioni, cfr. C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1158.

3. Percorsi alternativi alla riforma del 2020: i diversi scenari prospettabili

La drastica presa di posizione del legislatore della riforma ha fatto riemergere le contraddizioni di fondo che accompagna da sempre la vita dell'art. 323 c.p., ben esemplificata dal tortuoso iter evolutivo subito dalla disposizione e dall'incessante contrapposizione tra formante legislativo e formante giurisprudenziale.

Il punto fermo, a ben vedere, dovrebbe essere individuato nella individuazione di una soluzione volta a garantire la certezza *ex ante*, insuscettibile di nuove fluttuazioni interpretative.

Occorre chiedersi, a questo punto, se erano prospettabili alternative opzioni di intervento normativo.

Sono sul punto note le proposte di riforma che hanno cercato di ricondurre l'uso distorto di un potere discrezionale al diritto penale, muovendosi in direzione opposta a quella seguita dalla recente novella del 2020.

Va ricordato il progetto elaborato dalla Commissione Morbidelli (prima della riforma del 1997), basato su una scomposizione della fattispecie in più titoli di reato, segnatamente “prevaricazione”, “favoritismo affaristico” e “sfruttamento privato dell'ufficio”, di certo confacente ad una descrizione più precisa dei vari fenomeni criminosi sommariamente riconducibili all'abuso. La soluzione, però, non sarebbe stata del tutto appagante, almeno nell'attuale temperie, in quanto ogni figura era incentrata su nozioni, quali l'“arbitrarietà” e la “strumentalità” dell'esercizio del potere, bisognose di un cauto approccio ermeneutico²¹³.

²¹³ In tema NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020.

Altra opzione era quella di modellare la condotta secondo la figura del “conflitto d’interessi” o nell’assoggettare l’evento di danno o vantaggio al requisito della “manifesta” ingiustizia.

Altri ancora hanno ipotizzato la limitazione della rilevanza penale dei soli comportamenti dotati di effettiva capacità offensiva dei beni in gioco, contenendo lo spirito di iniziativa della magistratura attraverso una norma di interpretazione autentica²¹⁴.

Tale ultima prospettiva, tuttavia, risulta di difficile praticabilità in quanto si tratterebbe sempre di una legge ordinaria che potrebbe a sua essere reinterpreta. Senza considerare le interferenze con la legittima attività interpretativa del giudice in un modello costituzionale fondato sulla separazione orizzontale dei poteri²¹⁵.

Di particolare interesse è poi la recente proposta c.d. “Castaldo e Naddeo”²¹⁶, di rivedere l’art. 323 c.p., inserendo nel testo l’esplicita previsione di un nesso di rischio tra condotta ed evento dannoso-vantaggioso.

Tale elemento avrebbe reso evidente che l’abuso d’ufficio richiede la violazione di norme aventi attitudine preventiva di un evento del tipo di quello in concreto verificatosi; con ciò, si sarebbe assecondata l’esigenza di evitare incriminazioni per violazioni puramente formali.

La proposta ipotizza di intervenire sui tre pilastri della fattispecie: la condotta, l’evento e l’elemento soggettivo.

²¹⁴ MANNA A. – SALCUNI G., *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio*, in *La legislazione penale.eu*, 17 dicembre 2020.

²¹⁵ In tal senso, si veda DELLA RAGIONE L., *L’abuso d’ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in *La riforma dell’abuso d’ufficio*, Giappichelli Editore, 2021, 105 ss.

²¹⁶ Per la quale si rinvia a CASTALDO A.R. (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018; ID., *Il reato di abuso d’ufficio: caos normativo, inefficienza della p.a.*, in *Quotidiano giuridico*, 26 marzo 2019.

Con riferimento alla condotta, viene circoscritto il perimetro alle violazioni di leggi “formali”, escludendo in tal modo il richiamo ermeneutico a principi costituzionali e ai riferimenti mediati alle fonti primarie. In aggiunta, le norme di legge o regolamento per attivare la contestazione di abuso d’ufficio dovrebbero riguardare lo specifico settore di riferimento. In tal modo, nel caos normativo, sarebbe stata fatta una selezione *ratione materiae* delle fonti essenziali per il virtuoso esercizio della funzione, escludendo che qualsiasi violazione commessa dall’agente pubblico possa attivare l’art. 323 c.p. Su queste basi, emerge una selezione quantitativa e qualitativa del materiale da offrire al vaglio del giudice dibattimentale.

Per quanto concerne il risultato offensivo, oltre alla doppia ingiustizia, si richiedeva un nesso di pertinenzialità tra la condotta e l’evento stesso, di modo che non ogni ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto rilevi quale abuso d’ufficio, bensì soltanto quello che la fonte normativa violata voleva prevenire.

Passando, infine, alla necessità di rasserenare l’operato del pubblico dipendente sin dal momento della decisione e non soltanto all’esito del giudizio, la proposta *de quo* proponeva di introdurre un meccanismo di controllo preventivo per i casi di maggiore complessità. Quest’ultimo avrebbe potuto offrire un sicuro riparo, sin dalle indagini preliminari, dalla contestazione della intenzionalità dell’elemento soggettivo, requisito che la fattispecie pretende di affidare al controllo della magistratura procedente nell’ottica di escludere le violazioni in buona fede o comunque non mosse da un chiaro ed esplicito intento contrario all’interesse pubblico. Del pari, ragionevole appare la proposta di prevedere l’esonero da responsabilità per il pubblico agente che si

attiene alle linee guida o ai pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo.

Quest'ultimo requisito della fattispecie non ha trovato consenso negli autori che hanno evidenziato problemi nella individuazione pratica di linee guida in materia, con possibili ulteriori ostacoli frapposti all'azione amministrativa²¹⁷.

Si è ancora osservato come, alla luce dell'attuale esperienza, le linee guida costituiscano più spesso uno strumento di espansione che di limitazione della responsabilità.

Senonché, l'esimente pare per contro idonea ad arricchire il disvalore della fattispecie di un momento procedurale, finalizzato a selezionare le condotte che, con certezza, superino una prima soglia di illiceità amministrativa – o di rischio consentito – derivante appunto dall'inosservanza di pareri o linee guida, per poi sfociare nell'illiceità penale, ove il rischio si realizzi in uno degli eventi tipici.

Ma se questa è l'esigenza sullo sfondo di una tale raffinata proposta, potrebbe anche ipotizzarsi che lo strumento più idoneo a soddisfarla potrebbe essere una netta "amministrativizzazione" della fattispecie, previa depenalizzazione.

Quest'ultima conclusione si collegherebbe anche ad un progetto di riorganizzazione della normativa di settore della Pubblica Amministrazione e di potenziamento dell'illecito amministrativo, a sua volta espressione del canone costituzionale di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, oltre che rispettoso delle esigenze di stretta legalità.

²¹⁷ NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.

I vuoti di tutela sarebbero colmati dalla riespansione di altre fattispecie di reato esistenti, consentendo di riassorbire (solo) quei fatti di abuso dotati di meritevolezza e necessità di pena, vale a dire ipotesi di sviamento di potere che si risolvano in una realizzazione – effettiva – di interessi estranei e collidenti con quelli propri dell’attività amministrativa, oggettivamente verificabili, in quanto tali capaci di incidere sul buon andamento, sull’efficacia e sull’imparzialità della Pubblica Amministrazione²¹⁸.

Sempre, tuttavia, nella consapevolezza che la maggior parte delle criticità si annidano fuori dal diritto penale e dunque qualsiasi sia l’opzione prediletta, non potrà, per raggiungere il suo scopo, che affiancarsi ad una azione di riforma complessiva della Pubblica Amministrazione e di potenziamento delle misure extrapenali di supporto.

Sarebbe quindi necessario, in ossequio al modello di diritto penale quale *extrema ratio*, un rafforzamento dei controlli interni ed una riorganizzazione complessiva della Pubblica Amministrazione, accompagnata da misure extrapenali, patrimoniali e disciplinari, capaci di colpire, in virtù della loro prontezza e capacità afflittiva, comportamenti in modo proporzionato al loro disvalore²¹⁹, dispiegando al tempo stesso una adeguata funzione di prevenzione generale.

L’ottica della *extrema ratio* potrebbe produrre altresì l’effetto di decongestionare il sistema penale, che laddove sollecitato da numerose indagini che alimentano il noto fenomeno ipertrofico, non riesce a rispondere con rapidità

²¹⁸ Così INSOLERA G., *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari*, cit.; NISCO A., *La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; TORDINI CAGLI S., *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.

²¹⁹ NISCO A., *La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.

ed efficacia, residuando in questi termini anche il rischio di impunità dei comportamenti più gravi realmente offensivi ed espressione di un elevato grado di infedeltà del Pubblico Ufficiale, con conseguente pregiudizio per la funzionalità complessiva del sistema e per la credibilità della risposta sanzionatoria in termini general-preventivi.

O ancora, collocandosi in un'ottica di continuità rispetto alla proposta "Castaldo e Naddeo", sempre percorrendo la via della depenalizzazione di "prima ratio" e della complementarietà con un efficace strumentario di sanzioni amministrative, si potrebbe far scattare la rilevanza penale del fatto solo a seguito della violazione di una specifica e concreta ingiunzione al P.U., promanante dalla stessa P.A. competente *ratione materia*, di rispettare le linee guida o i pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo. In definitiva, potrebbe ipotizzarsi un efficace corredo di sanzioni amministrative per il primo livello di intervento e un corredo di sanzioni penali collegato alla volontaria ed intenzionale violazione di provvedimenti amministrativi specifici, mediante fattispecie fondate sulla tecnica della violazione ingiunzionale calibrata su una prima trasgressione delle linee guida o dei pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo.

BIBLIOGRAFIA

ALBAMONTE A., *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 213.

ALBERICO A., *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 1 aprile 2021

ALIBRANDI T., *A proposito di una discussa ipotesi di "abolitio criminis"*, in *Riv. pen.*, 1992, 47.

ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 764.

ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969.

ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. pubb.*, Torino, 1993, VIII.

AMATO G., *Il reato scatta solo se è possibile dimostrare l'esistenza di una condotta causalmente rilevante*, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 37, 59.

AMATO G., *La condotta illegittima del pubblico ufficiale non è sufficiente a far scattare il reato*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 20. 80.

AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giust. cost.*, 1966, 255.

AMATO G., *Tra intenzionalità e carattere patrimoniale si "riduce" il raggio d'azione della norma*, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 70.

AMBROSETTI E.M., *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2005.

AMBROSETTI E.M., *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nelle ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dello strumento urbanistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 339.

AMBROSETTI E.M., *Il t.u. sull'edilizia: profili di diritto penale*, in *Riv. amm. reg. Veneto*, 82.

AMENDOLA G., *Le ordinanze di urgenza nel nuovo decreto sui rifiuti: una parola chiara della Cassazione*, in *Foro it.*, 1999, II, 18.

BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 17.

BELFIORE E., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro it.*, 1996, II, 449.

BENUSSI C., *Commento all'art. 328 c.p.*, in DOLCINI E. - MARINUCCI G. (a cura di), *Commentario*, II ed., Milano, 2006.

BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001.

BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, p.7.

BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1984.

BERTOLINI L., *Reati urbanistici* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVI, 1991.

BETTIOL G., *In tema di interessi privati in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 641.

BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 1990.

BOIDO A., *Art. 650* (sub), in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.

BRESCIANO M. – PADALINO MORICHINI A., *I reati urbanistici*, Milano, 2000.

BRICOLA F., *Il II e III comma dell'art. 25*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981.

BRICOLA F., *In tema di illegittimità costituzionale dell'art. 323*, in *Cass, pen.*, 1966, 985.

BRICOLA F., *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 993 e ss.;

BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scritti di diritto penale*, II tomo, vol. I, Milano, 1997.

BRICOLA F., *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 84.

BRICOLA F., *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica*

BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1969, 563.

BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004.

CACCIAVILLANI I., *Il silenzio concludente e il diritto di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1233.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, III ed., Padova, 2010.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, Padova, 2007.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Omissione o rifiuto in atti d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento, XXI*, Roma, 1995.

CAGLI S., *Peculato e malversazione* (voce), in *Digesto pen.*, vol. IX, Torino, 1995.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1997.

CALLAIOLI A. – CERASE M., *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *Leg. pen.*, 1999, 277.

CAMAIONI S., *Abuso innominato d'ufficio, sindacato del giudice penale ed illiceità speciale*, in *Arch. Pen.*, 1983.

CAMAIONI S., *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, in AAVV, *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, III, 653.

CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991.

CANNADA BARTOLI E., *Imparzialità e buon andamento negli scrutini per merito amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 73.

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.

CANNADA BARTOLI E., *La disapplicazione nel processo amministrativo, in Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti (Atti del convegno di Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997)*, Torino, 1998, 146.

CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964.

CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.

CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.

CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.

CARBONI G., *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 468.

CARCANO D., *Armi ad aria compressa, lanciarazzi, "altri strumenti considerati armi comuni da sparo", e "giocattoli riproducenti armi" nella nuova legge 21 febbraio 1990, n. 36*, in *Cass. pen.*, 1991, 1148.

CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 538.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, cit., in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988.

CARLASSARE L., v. *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, pp. 605 e ss.;

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Milano, 1926.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, VIII ed., Cammelli, 1905, vol. V, par. 2512, p. 67;

CARRARA, *Programma, parte speciale*, vol. V, Lucca, 1868.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009.

CASTALDO A., *Sindacato del giudice penale e sussistenza del reato di costruzione abusiva in presenza di concessione illegittima: critica*, in *Arch. pen.*, 1983, 125.

CATENACCI M. – HEINE G., *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 932.

CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996.

CAVALLARO R.M., *Sulla riforma del delitto di abuso d'ufficio ad opera del d.l. 16 luglio 2020 n.76*, in *Diritto.it*, 30 luglio 2020, pp. 2 e ss.

CAVALLO B., *I vizi classici di legittimità: l'incompetenza*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo, Atto e provvedimento amministrativo, vol. II*, Padova, 1993.

CAVALLO PERIN R., *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, 1999.

CERQUA L.D., *Appropriazione e distrazione tra peculato ed abuso d'ufficio*, in *Giur. Merito*, 2006.

CERQUA L.D., in *A.A.V.V.*, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 45.

CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. treccani*, XXIII, Roma, 1990.

CHIAROTTI M., *Sulla legittimità di un oratorio non autorizzato*, in *Arch. pen.*, II, 644.

CIANI G., *In tema di concussione ambientale*, in *Cass. pen.*, 1997, 3406.

CIANI G., *L'abuso d'ufficio: una fattispecie tormentata. Prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1997, 45.

CICALA M., *Le trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Padova, 1983.

CINTIOLI F., *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali, III, Milano*, 2010, 269.

COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC, 1996.

COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, p. 259.

COCCO G., *Osservazioni sull'elemento soggettivo del reato di abuso innominato*, in *Riv. giur. Sarda*, 1987, 175.

COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010.

CONTENTO G., *Altre soluzioni di previsioni normative della corruzione e concussione*, in *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1995, 77.

CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, n. 59, 1992, 174.

CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979.

CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, n. 1, 1991, 13.

CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in AA.VV. (a cura di STILE), *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 81.

CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001.

COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino, 1993.

COPPOLA F., *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dei lavori della Law Commision sulla Common law offence of Misconduct in public office*, in *Arch. pen.*, 2020.

COPPOLA F., *La corte di cassazione torna a pronunciarsi sull'abuso di ufficio dopo la recente riforma*, in *Cammino diritto Web*, 10.12.2021.

CORAGGIO G., *Merito amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

CORLETTO D., *Opere abusive (Edilizia e urbanistica)*, voce, in *Dig disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.

CORNETTA M., *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 379.

COTTA S., *Il pensiero politico di Montesquieu*, Roma, 1995.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1971.

CUPELLI C., *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1054.

CUPELLI C., *I delitti di peculato*, in FIORE C. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004.

CUPELLI C., *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano-A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2020, p. 273.

D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano, 1997.

D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009.

D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, *Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13*, Milano, 1995.

DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DASSANO F., *Il delitto di rifiuto ed omissione in atti d'ufficio*, Torino, 1992.

DE FRANCESCO G., La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1623.

DE FRANCESCO G., v. *Specialità (principio di)*, in *Novissimo Dig. App.*, Torino, 1987, p. 490.

DE MARSICO A., *Colpa per inosservanza della legge o reato aberrante*, in *Annuali di dir. e proc. pen.*, 1940, 237.

DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951.

DE MARSICO A., *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 566.

DE VERO G., *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 79.

DELFINO F., *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1962, II, 328.

DELITALA G., *Il "fatto" della teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DELLA MONICA G., *La configurabilità del tentativo, del concorso dell'extraneus e del concorso di reati*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso*

d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano, 1997.

DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in Aa. Vv., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, commento alla l. 16 luglio 1997 n.234*, Milano, 1997, pp. 61 e ss.

DELLA RAGIONE L., *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli Editore, 2021, 105 ss.

DELOGU T., *Il momento consumativo della truffa*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1944, 68.

DELOGU T., *Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, 521.

DI GIOVINE O., *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.*, 2000, II, 151.

DI LORENZO M., *Limiti della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti dei cittadini verso la pubblica amministrazione*, Napoli, 1929.

DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. – BONDI A. – FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione, II ed.*, Milano, 2008.

DODARO G., *Ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 800.

EBNER G., *Dall'interesse privato all'abuso d'ufficio: una nuova disposizione per vecchie interpretazioni?* in *Cass. pen.*, 1993, II, 2516.

FANELLI A., *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. amm.*, 1996, 827.

FANTINATO L., *Reati urbanistici (voce)*, in RONCO M. – GAITO A. (a cura di), *Leggi penali complementari commentate, II*, Torino, 2009.

FANTUZZI F., *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale* in *Cass. pen.*, 2004, 464.

FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2014, p. 378.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale, vol. I*, Bologna, 2009.

FIANDACA G., *Considerazioni in tema di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 606.

FIANDACA G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 889.

FIANDACA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1990.

FIANDACA G., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio: una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, V, 421.

FIANDACA G., *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Quest. giust.*, 1996, p. 311;

FIERRO CENDERELLI F., *Il problema dell'errore sulla legge diversa dalla penale nel reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 348.

FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008.

FIORE C., *La "concussione ambientale", quale spazio normativo*, in *AAVV (a cura di), I delitti contro la P.A. Riflessioni sulla riforma*, Napoli, 1989.

FIORE S., *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, Padova, 2021, p. 275 ss.

FLICK G.M., *Il delitto di peculato*, Milano, 1971.

FORLENZA O., *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, in *Guida al dir.*, 1999, 10, 82.

FORLENZA O., *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida al dir.*, 1997, 29, 25.

FORNASARI G., *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, 84.

FORSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937.

FORTE G., Concussione, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008.

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione – concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476.

FRANCHINI C., *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 682.

FRANCHINI F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337.

FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1937 (ristampa 1971), pp. 55 e ss.;

FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, 2007.

GALIANI T., *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443.

GALIANI T., *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. pen.*, 1968, I, 301.

GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1990.

GALLO M., *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, 1960, 642.

GALLO M., *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Arch. pen.*, 1966, 402.

GAMBARDELLA M., *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 186.

GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, 2336.

GAMBARDELLA M., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, voce, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2004.

GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

GAMBARDELLA M., *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1378.

GAMBARDELLA M., *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 2017.

GAMBARDELLA M., *Simul stabunt simul cadent, Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale Web*, 29.07.2020;

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 www.sistemapenale.it, 29 luglio 2020;

GAMBARDELLA M., *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1997, 2693.

GARGANI A., *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. dir. dir. proc. pen.*, 1998;

GASPARRI P., *Competenza in materia amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1961.

GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008;

GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it, 17 settembre 2020, Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolito criminis*, in www.sistemapenale.it, 2 dicembre 2020;

GATTA G.L., *Da "spazzacorrotti" a "basta paura": il decreto – semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17.7.2020;

GATTA G.L., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolito criminis*, in *Sistema penale*, 02.12.2020, pp. 3 e ss.;

GHIRELLI A., *Storia di Napoli*, Torino, 1973, 155

GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 255.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, III ed., 1993.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pp. 207 e ss.;

GIARDA A., *Art. 2*, in GIARDA A – SPANGHLER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2004.

GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097.

GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires*, Editions Montchrestien, Paris, 1962.

GRASSO G., *Il nuovo abuso di ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, in *Giurisprudenza penale Web*, 06.05.2021;

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, p. 418;

GRISPIGNI F., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.

GROSSO C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1990, V, pp. 334 e ss.;

GROSSO C.F., *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334.

GROSSO C.F., *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989.

GROSSO C.F., *L'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p.321;

GROSSO C.F., *L'abuso d'ufficio*, in AAVV, *I delitti contro la PA dopo la L. 86/90*, in *Quaderni del CSM*, n. 59, 1992.

GROSSO C.F., *L'abuso innominato d'ufficio*, in BRICOLA F. - ZAGREBLESKY G. (a cura di), *Codice Penale commentato*, Torino, 1984.

GROSSO C.F., *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli. Il progetto anticorruzione tra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2341.

GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966.

GROSSO V., *I reati previsti nell'art. 17 della l. 10 del 1977 e successive modificazioni e integrazioni (difficoltà interpretative e prospettive di riforma)* in *Cass. Pen.*, 1984, 743-744.

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357.

GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995.

GUASTINI R., *Ordinamento giuridico* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Padova, 1995.

GUGLIELMINI C., *Il capoverso dell'art. 323 c.p., come novellato dall'art. 13 Legge 26 aprile 1990, n. 86 – Reato autonomo o reato circostanziato?*, in *Giust. pen.*, II, 1993, 76.

HAYO A.A., *La motivazione dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Cass. pen.*, 2007, 247.

IADECOLA G., *In tema di continuità di fattispecie tra peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 121.

IADECOLA G., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1992.

INFANTE E., *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 847.

INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I.

INFANTINI F., *L'abuso delle qualità e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto*

INFANTINI V.F., v. *L'abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. dir. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5;

INSOLERA G., *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari*. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020 n.76, in *diScrimen*, 31.7.2020, pp.2 e ss.;

LA ROSA E., *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa ad requiem" o eterna "araba fenice"?*, in *Giur. It.*, giugno 2021, p. 1463;

LARINNI C., *Mancata demolizione dell'immobile abusivo e abuso d'ufficio: il dolo intenzionale tra incertezze interpretative e difficoltà di accertamento*, in *La giustizia penale*, 18.4.2019, pp. 4 e ss.;

LATTANZI G. – LUPO E., *Art. 323, Abuso d'ufficio*, in *Codice penale*, vol. 7.2, Milano, 2010.

LAUDI M., *L'abuso d'ufficio, luci ed ombre di un'attesa riforma, profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 1051;

LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, I, *Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1049.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;

LAZZARA P., *Discrezionalità e merito (voce)*, in PATTI S. (a cura di), *Il Diritto Enciclopedia Giuridica*, vol. V, Milano, 2007.

LEONE G., *Il reato aberrante*, Napoli, 1964.

LEONE G., *Sulla distinzione tra usurpazione di funzioni pubbliche ed abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Annali*, 1934, 1040.

LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.

LEVI N., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in FLORIAN E. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, 1935.

LICCI G., *Art. 323 (sub)*, in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.

LOAKE J., *Due trattati sul governo*, a cura di PAREYSON L., Torino, 2010.

LONGOBARDI C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1999, 219.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007.

LUCIBELLO P.M., *I delitti di peculato*, in AAVV, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999.

LUCIBELLO P.M., *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994.

M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it.

MACRILLO' A., *Il dolo*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale, II*, Bologna, 1948.

MAIELLO V., *'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.

MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, 390.

MANES V., Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere, cit., 393.

MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, pp. 384 e ss.

MANES V., *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie extra legem*, in *Foro it.*, 1999, I, 644.

MANNA A. – SALCUNI G., Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio, in *La legislazione penale* Eu, n.2, 17.10.2020, pp. 9 e ss.;

MANNA A., *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.

MANNA A., *Abuso d’ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 12;

MANNA A., *Abuso d’ufficio*, in *Aa. Vv., Trattato di diritto penale parte speciale, II*, diretto da CADOPPI A. – CANESTRALI S. – MANNA A. – PAPA M., vol. II, UTET, 2010, pp. 304 e ss.

MANNA A., *La riforma del delitto di omissione di atti d’ufficio, alla ricerca della “offensività perduta”?*, in *COPPI (a cura di), Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

MANNA A., *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d’abuso d’ufficio*, in *Ind. Pen.*, 1998, pp. 20 – 21.

MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma – Bari, 2004.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 266 e ss.

MANTOVANI F., *Criminalità sommersa e cecità politico – criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1220 e ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale, delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 627.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1948.

MANZIONE D., *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2000.

MANZIONE D., v. *Abuso d'ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. I, Torino, 2000, pp. 4 e ss.

MARINI G., *Urbanistica (Reati in materia di)*, voce, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999 MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

MASCARO D. – MARAZZA S., *La concussione ambientale tra vuoto legislativo e prassi giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 1998, 92.

MASULLO M.N., *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, 1762.

MATTARELLA G., *Discrezionalità amministrativa (voce)*, in *CASSESE S. (a cura di)*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 1993.

MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Indice pen.*, Padova, 1993, 699.

MAZZAROLLI L., *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e soc.*, 1978, 663.

MAZZAROLLI L., *Diritto amministrativo, Parte speciale e giustizia amministrativa, II*, Bologna, 2005.

MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901.

MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901.

MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, 3223.

MERLI A., *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Arch. pen.*, 02.08.2021.

MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, E.S.I., 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.*, marzo 2021, p. 78.

MICHELI P., *Giudice penale e concessione edilizia illegittima*, in *Cass. pen.*, 1997, 3143.

Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione: riscrivere l'abuso d'ufficio, a cura di CASTALDO A. R., Torino, 2018, p. 109.

MIGLIORINI L., *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998.

MILONE M., *Il mancato intervento delle sezioni unite penali della cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.* 1995, 985.

MILONE M., *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo*, cit., 411.

MISIANI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. pen. amm. rep. it.*, 1995, 187.

MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 348.

MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976.

MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA S., Torino, 1995.

MORBIDELLI G., *Il contributo dell'amministrazione alle riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in AAVV, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000.

MORBIDELLI G., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998.

MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663.

MORTATI C., *Discrezionalità (voce)*, in *Nss. dig. it.*, V, Torino, 1960.

MUSCO E., *A proposito della tutela penale della pubblica amministrazione*, in *Ind. Pen.*, 2001, pp. 1030 – 1031.

NADDEO M., *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, in *www.penedp.it*, 10 agosto 2020.

NANNUCCI U., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio: è scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, V, 417.

NATALINI A., *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, 3204.

NATALINI A., *Scommesse online: è ancora disapplicazione della legge penale*, in *Merito*, 2007, n. 6, 58.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Torino, 1994.

NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto a non insolubile*, in *www.sistemapenale.it*, 20 novembre 2020;

NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale Web*, 20.11.2020, p. 7.

NOVARESE F., *La concessione in sanatoria. Profili penalistici*, in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, 18.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1953.

NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale*, Milano, 1941.

OBERDAN F., *Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 39, 81.

OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo) (voce)*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1963.

PABUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1994.

PABUSA A., *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1099.

PADOVANI T. *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 28 luglio 2020.

PADOVANI T., *Commento alla L. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Corr. giur.*, 1990, 540.

PADOVANI T., *Commento alla modifica dell'art. 323 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1997, 744.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008.

PADOVANI T., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996.

PADOVANI T., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti fra corruzione e concussione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1313.

PADOVANI T., *L. 16-7-1997 n. 234 – Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso di ufficio, e degli*

articoli 289, 416, 555 del codice di procedura penale, in Leg. pen., 1997, 742.

PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1989.*

PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, p. 88.*

PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e l'interesse privato in atti d'ufficio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1060.*

PADOVANI T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, in Cass. pen., 1987, 673.*

PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, in Giurisprudenza Penale Web, 2020.*

PAGELLA C., *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del decreto semplificazioni, in Sistema penale, 19.5.2021, nota a Cass. Sez. VI 9 dicembre 2020 (dep. 8.1.2021) n.442, pp. 1 e ss.;*

PAGLIANI G., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale, in Giur. merito, 1998, 1103.*

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano, Bologna, 2000.*

PALAZZO F.C., *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio, in STILE A. (a cura di), La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, Napoli, 1987.*

PALAZZO F.C., *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato, Milano, 1972.*

PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979.

PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei Pubblici Ufficiali: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 823.

PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815.

PALLOTTA L., *La necessaria rilevanza della disciplina extrapenale nell'omissione di atti d'ufficio per una lettura costituzionalmente orientata del delitto*, in *Cass. pen.*, 2010, 4206.

PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 879.

PARODI GIUSINO M., v. *Abuso d'ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Appendice, Torino, 1994, p. 587.

PATALANO V., *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida dir.*, 2 agosto 1997, p. 20.

PATALANO V., *Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite*, in *Guida al dir.*, 1997, 77.

PATALANO V., *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, 61.

PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e diritti umani fondamentali*, Padova, 1993.

PATRONO P., *I reati in materia di ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 676.

PERONGINI S., *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso di ufficio*, Napoli, 2018.

PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000.

PETRONE M., *Dalle prospettive di riforma dei delitti contro le PA alla L. 86/1990*, in *Quaderni del CSM*, 1992, n. 59, 15.

PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, n.1, 61.

PISA P., *Abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e la giustizia*, Padova, 1994.

PISANI N., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 9 e ss.;

PITRUZZELLA G., *L'abuso d'ufficio e le trasformazioni della pubblica amministrazione*, in *Quaderni Alfonsiani*, 1997, 1/2, p. 98;

PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AAVV, *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

PIZZORUSSO A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991.

PLATONE, *Repubblica*, a cura di LAURENTI R., Bari, 2007.

POTETTI D., *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del prefetto e del questore nel reato di cui all'art. 14, comma 5-ter del t.u. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1208.

PRETE F., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto penale contemporaneo Web*, 20.09.2013.

PROSDOCIMI S., *Peculato per distrazione e rischio di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 855.

PULITANO' D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

PULITANO' D., *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AAVV, *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987.

PUTINATI S., *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, Torino, 1994.

QUARANTA, *Atto amministrativo e poteri del giudice penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 199.

RAMPIONI R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019.

RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

RANALDI G., *La revoca della sentenza per abolizione del reato, tra ambiti operativi espressi ed impliciti*, in *Esecuzione penale*, GAITO A., RANALDI G., Giuffré editore, III Ed., 2016.

regolamento, in *Cass. pen.*, 1999, 2214.

- RENZETTI C., *Osservazioni a Corte di Cass., sez. II, n. 2754, 11 dicembre 2009*, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 3402.
- REZZONICO S., *I reati edilizi, ne Il sole 24 ore*, 2000, 209.
- RICCIOTTI R. – M.M., *Espulsione degli stranieri (voce)*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2000.
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.
- RIZ R., *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, I*, Milano, 2000, 875.
- ROCCO A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 418.
- ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*, in www.penaledp.it, 19.01.2021.
- ROMANO B., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in *Il Dubbio*, 1 agosto 2020.
- ROMANO M., *Abuso d'ufficio*, in *Commentario sistematico, i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti contro i pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 266.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- ROMANO M., *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 17.
- ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974.

RUSSO D., *Disapplicazione del provvedimento amministrativo nel processo penale*, in *24h avvocato*, 2008, n. 10, 81.

RUSSO V., *Rifiuto e omissione di atti di ufficio*, in CADOPPI A.-CANESTRARI R.- MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008.

SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo nella L. n. 240/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 171.

SALCUNI G., *La "disciplina altrove", L'abuso d'ufficio tra regolamenti e formazione flessibile*, Napoli, 2019, pp. 165 e ss.

SANDULLI A.M., *Fonti di diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1961, 525.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo, Atto e provvedimento amministrativo*, vol. II, Padova, 1993.

SANTORIELLO C., *Concessione edilizia in violazione del piano regolatore e abuso d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2000, 1102.

SANTORO, *Abuso innominato d'ufficio, usurpazione di funzioni ed interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scuola pos.*, 1970, 98.

SCARLATO M., *La tutela penale della Pubblica Amministrazione tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, 1995, 101.

SCARPETTA G., *Il danno ingiusto*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso*

d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano, 1997.

SCOLETTA M., L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali, in *Studi Pisani*, III, 2010, pp. 519 e ss.

SCORDAMAGLIA V., *Il peculato per distrazione*, Milano, 1966.

SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

SCORDAMAGLIA V., La modifica dei delitti di peculato e di malversazione: una reformatio in pejus?, in STILE A.M., a cura di, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, pp. 241 e ss.

SCORDAMAGLIA V., *Peculato* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.

SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

SEMINARA S., *Abuso d'ufficio*, in PADOVANI T. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1997.

SEMINARA S., *Art. 323 (sub)*, in CRESPI A. – FORTI G. – ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008.

SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 579.

SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1251.

SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium Juris*, 1997, 1253.

SEMINARA S., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in STILE A.M. (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987.

SEMINARA S., *sub art. 323*, in A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, p. 941.

SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, prospettive di riforma*, Napoli, 2006.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Il criterio di distinzione tra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen.*, 1976, 709.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Pubblica Amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, p. 147.

SILVA C., *Il sindacato del giudice penale nei reati contro la pubblica amministrazione : una verifica alla luce del delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 2011.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 59.

SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670.

SINISCALCO M., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *Leg. pen.*, 1990, 263.

SIRANI A., *Dolo specifico e deficit di tassatività*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138.

SPENA A., *Art. 328 (sub)*, in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.

STILE A.M., voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, 1987.

STORTONI L., *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in V. Plantamura-G. Salcuni (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020, p. 649 ss.

TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice penale*, Torino, 1999.

TROPER M., *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, E.S.I., 2005.