



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

Facoltà di  
Giurisprudenza

Elena Mattevi

L'ABUSO D'UFFICIO.  
UNA QUESTIONE APERTA

Evoluzione e prospettive  
di una fattispecie discussa

2022





UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

Facoltà di  
Giurisprudenza

**COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

38

2022

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

*Proprietà letteraria riservata*

*Redazione a cura dell'Ufficio Editoria Scientifica di Ateneo  
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2022  
by Università degli Studi di Trento  
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-993-2  
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 979-12-5976-468-3 grazie al contributo della Struttura Dipartimentale Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento nell'ambito dell'iniziativa "Dipartimenti di Eccellenza - Legge 232/2016 art. 1 commi da 314 a 338" - MUR

*Ottobre 2022*

Elena Mattevi

L'ABUSO D'UFFICIO.  
UNA QUESTIONE APERTA

Evoluzione e prospettive  
di una fattispecie discussa

Università degli Studi di Trento 2022



Desidero rivolgere un vivo ringraziamento a chi mi ha generosamente accompagnata nella stesura di questo libro, in particolare al prof. Gabriele Fornasari, che mi ha dedicato un'attenzione costante e sollecita, condividendo con passione il percorso di ricerca fin dai suoi primi passi, e al prof. Alessandro Melchionda, che mi ha offerto occasioni di confronto e preziosi suggerimenti anche nelle fasi più critiche della scrittura. Alla Facoltà di Giurisprudenza di Trento, che ha accolto questo volume nella sua Collana, sono ancora una volta riconoscente e per tale ragione ringrazio per tutti il suo Preside, prof. Fulvio Cortese e, per il supporto tecnico, la dott.ssa Valentina Lucatti dell'Ufficio Editoria Scientifica di Ateneo.

Avvicinandomi in modo più consapevole alle questioni di diritto amministrativo, che ho trattato nel terzo capitolo, ho potuto contare sul dialogo con il prof. Antonio Cassatella, al quale non posso che rivolgere un pensiero grato, così come un grazie sincero rivolgo agli amici della cattedra di diritto penale della Facoltà di Giurisprudenza di Trento e ad Andrea Perin e Paolo Caroli, che già vi hanno fatto parte, per i vari spunti che mi hanno offerto. Un ringraziamento speciale, infine, lo riservo ad Antonia Menghini, a Ilaria Merenda e a Sara Morolli, amiche care, oltre che penaliste, con cui più mi sono dilungata a parlare di questo tema, e di tanti altri.

Il grazie conclusivo lo rivolgo ai miei genitori e a Walter al quale dedico questo libro.

Trento, 18 ottobre 2022

E.M.





# INDICE

Pag.

## CAPITOLO PRIMO EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ABUSO D'UFFICIO ALLA RICERCA DELLA FORMULAZIONE PERFETTA

1. <i>L'abuso d'ufficio: una fattispecie in continua evoluzione</i> .....	1
2. <i>Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco: l'abuso innominato d'ufficio</i> .....	6
2.1. <i>L'abuso innominato d'ufficio nelle sue diverse versioni</i> .....	6
2.2. <i>L'emergere di profili di incostituzionalità</i> .....	14
2.3. <i>L'abuso innominato d'ufficio nella prassi e la questione di fondo dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa</i> .....	19
3. <i>Le riforme degli anni Novanta: scelte confliggenti in termini di tassatività e determinatezza</i> .....	30
3.1. <i>Dall'abuso innominato d'ufficio alla riformulazione dell'art. 323 c.p. operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86: una fattispecie che acquista centralità nel sistema e genera nuove incertezze</i> .....	30
3.2. <i>La riforma del 1997 tra obiettivi perseguiti e plurime criticità</i> .....	44
3.2.1. <i>Origine della riforma del 1997: gli obiettivi del legislatore</i> .....	44
3.2.2. <i>La discussa nozione di violazione di norme di legge o di regolamento e il dibattito sull'“eccesso di potere” successivo alla riforma: lo “sviamento di potere” come soluzione di compromesso</i> .....	49
3.2.2.1. <i>La violazione di norme di legge o di regolamento: una progressiva “riconversione ermeneutica”</i> .....	52
3.2.2.2. <i>La rilevanza del vizio di eccesso di potere</i> .....	67

	Pag.
<i>3.2.3. Le ulteriori novità introdotte nel 1997, tra tipicità e colpevolezza</i> .....	76
<i>3.2.3.1. La violazione del dovere di astensione</i> .....	76
<i>3.2.3.2. L'abuso d'ufficio come reato di evento e il nodo della causalità</i> .....	81
<i>3.2.3.3. I requisiti ulteriormente selettivi, anche se con qualche incertezza, della doppia ingiustizia e dell'intenzionalità del dolo</i> .....	88
<i>4. La pandemia come occasione per un'ulteriore riforma: una nuova formulazione del delitto di abuso d'ufficio che suscita molti interrogativi</i> .....	100

CAPITOLO SECONDO

L'ABUSO D'UFFICIO NEL DIRITTO VIVENTE

GLI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA SULLA FORMULAZIONE DEL  
1997 E SU QUELLA DEL 2020: LE QUESTIONI DIBATTUTE

<i>1. L'oggetto della tutela: il bene giuridico dell'abuso d'ufficio</i> .....	123
<i>2. Gli approdi della giurisprudenza sul testo del 1997: le questioni principali</i> .....	134
<i>3. La nozione di violazione di norme di legge o di regolamento nella giurisprudenza della Cassazione, con riferimento alla formulazione del 1997</i> .....	136
<i>3.1. Il ruolo dell'art. 97 della Costituzione</i> .....	138
<i>3.2. Violazione mediata</i> .....	142
<i>3.3. Interpretazione teleologica</i> .....	148
<i>3.4. Le violazioni procedurali o formali</i> .....	159
<i>4. La selettività intermittente della doppia ingiustizia</i> .....	163
<i>5. Il complesso accertamento del dolo intenzionale</i> .....	176
<i>6. La violazione di specifiche regole di condotta da cui non residuino margini di discrezionalità nella giurisprudenza successiva alla riforma</i> .....	183
<i>7. Una digressione, solo apparente, sulla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio nell'attività amministrativa discrezionale</i> .....	198

CAPITOLO TERZO  
 ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA  
 DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
 TRA DISCREZIONALITÀ E VINCOLATEZZA:  
 QUESTIONI RILEVANTI PER L'ABUSO D'UFFICIO  
 DALL'ECCESSO DI POTERE ALLE REGOLE DI CONDOTTA  
 DALLE QUALI NON RESIDUINO MARGINI DI DISCREZIONALITÀ

<i>1. Un'incursione nel diritto amministrativo: questioni rilevanti per il reato di abuso d'ufficio</i> .....	207
<i>2. Eccesso di potere e sindacato dell'attività discrezionale della P.A. nell'abuso d'ufficio</i> .....	210
<i>2.1. Alcune considerazioni preliminari sull'attività amministrativa nella sua accezione classica</i> .....	210
<i>2.2. Il vizio di eccesso di potere e la sindacabilità giurisdizionale dell'attività discrezionale</i> .....	218
<i>2.3. Lo sviamento di potere come violazione di legge: dalla prospettiva amministrativa a quella penale. Criticità</i> .....	231
<i>3. Attività discrezionale e vincolata della pubblica amministrazione: criteri di differenziazione</i> .....	242
<i>3.1. L'attività della pubblica amministrazione tra vincolatezza e discrezionalità</i> .....	242
<i>3.2. Le peculiarità della discrezionalità tecnica</i> .....	254
<i>4. Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa vincolata e discrezionale: limiti e criticità nella prospettiva del reato di abuso d'ufficio</i> .....	259

CAPITOLO QUARTO  
PROSPETTIVE DELL'ABUSO D'UFFICIO

CONSIDERAZIONI *DE IURE CONDITO* E CONTRIBUTI PER UNA RIFORMA

<i>1. Alcuni punti da cui partire per riflettere sui possibili sviluppi dell'abuso d'ufficio</i> .....	269
<i>1.1. L'abuso d'ufficio nel dialogo tra giudice e legislatore</i> .....	269
<i>1.2. Per una lettura della disposizione più rispettosa dei principi costituzionali</i> .....	273
<i>1.3. Gli spunti che offre la giurisprudenza</i> .....	281
<i>1.4. Una presa d'atto necessaria</i> .....	288
<i>2. Analisi di alcuni progetti di riforma che si sono succeduti negli anni, tra modifiche strutturali e riaffermazioni di dati ovvi</i> ..	293
<i>3. Le riforme in cantiere durante la XVIII legislatura</i> .....	300
<i>4. Modelli di tipizzazione nell'esperienza comparata</i> .....	304
<i>4.1. Ordinamento francese</i> .....	304
<i>4.2. Ordinamento spagnolo</i> .....	307
<i>4.3. Ordinamento tedesco</i> .....	309
<i>4.4. Ordinamento inglese</i> .....	313
<i>5. Le prospettive della fattispecie di abuso d'ufficio</i> .....	315
<i>5.1. Ripartire dalla sussidiarietà per riflettere sulle fattispecie necessarie</i> .....	315
<i>5.2. Ai confini dell'abuso d'ufficio: tra peculato e turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente</i> ..	330
<i>5.3. Intervenire di nuovo sul testo dell'art. 323 c.p. o affrontare l'horror vacui per ricostruire?</i> .....	344
<i>5.3.1. I possibili interventi sul testo dell'art. 323 c.p., i rischi connessi e la prospettiva di una soluzione abrogativa</i> .....	344
<i>5.3.2. Gli interventi da accompagnare all'abrogazione dell'abuso d'ufficio</i> .....	350
<i>5.3.3. L'abuso d'ufficio per omessa astensione e il conflitto di interessi del pubblico agente</i> .....	359
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	367

## CAPITOLO PRIMO

# EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ABUSO D'UFFICIO

### ALLA RICERCA DELLA FORMULAZIONE PERFETTA

SOMMARIO: *1. L'abuso d'ufficio: una fattispecie in continua evoluzione. 2. Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco: l'abuso innominato d'ufficio. 2.1. L'abuso innominato d'ufficio nelle sue diverse versioni. 2.2. L'emergere di profili di incostituzionalità. 2.3. L'abuso innominato d'ufficio nella prassi e la questione di fondo dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. 3. Le riforme degli anni Novanta: scelte confliggenti in termini di tassatività e determinatezza. 3.1. Dall'abuso innominato d'ufficio alla riformulazione dell'art. 323 c.p. operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86: una fattispecie che acquista centralità nel sistema e genera nuove incertezze. 3.2. La riforma del 1997 tra obiettivi perseguiti e plurime criticità. 3.2.1. Origine della riforma del 1997: gli obiettivi del legislatore. 3.2.2. La discussa nozione di violazione di norme di legge o di regolamento e il dibattito sull'“eccesso di potere” successivo alla riforma: lo “sviamento di potere” come soluzione di compromesso. 3.2.2.1. La violazione di norme di legge o di regolamento: una progressiva “riconversione ermeneutica”. 3.2.2.2. La rilevanza del vizio di eccesso di potere. 3.2.3. Le ulteriori novità introdotte nel 1997, tra tipicità e colpevolezza. 3.2.3.1. La violazione del dovere di astensione. 3.2.3.2. L'abuso d'ufficio come reato di evento e il nodo della causalità. 3.2.3.3. I requisiti ulteriormente selettivi, anche se con qualche incertezza, della doppia ingiustizia e dell'intenzionalità del dolo. 4. La pandemia come occasione per un'ulteriore riforma: una nuova formulazione del delitto di abuso d'ufficio che suscita molti interrogativi.*

#### *1. L'abuso d'ufficio: una fattispecie in continua evoluzione*

Non si può riflettere oggi sul significato dell'abuso d'ufficio senza guardare al suo passato. La storia della fattispecie riveste un'importanza particolare poiché il reato ha subito nel tempo un processo di rielaborazione sostanzialmente incessante. L'attuale formulazione si deve

alla riforma del 2020, operata con il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito con la legge 11 settembre 2020, n. 120, ma questo intervento ha fatto seguito a due ulteriori significative riscritture della fattispecie rispetto al testo del 1930 e lascia presagire nuovi sviluppi.

La disposizione ha cambiato più volte fisionomia, anche se è stata ricondotta costantemente nell’orizzonte dell’“abuso” e in un ruolo, piuttosto problematico, di «agente che “traccia” il confine tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione»<sup>1</sup>, segnando il limite inferiore dello statuto penale di quest’ultima.

Nel codice del 1930 – che disciplinava all’art. 324 c.p. anche l’interesse privato in atti d’ufficio – il reato rappresentava una fattispecie sussidiaria, caratterizzata da una clausola di riserva assolutamente indeterminata che consentiva di applicare l’art. 323 c.p. solo quando il fatto non integrasse un qualsiasi diverso reato. La norma era destinata a colmare le lacune nella repressione dei fatti commessi contro la pubblica amministrazione.

Con la riforma del 1990, invece, si è assistito a un netto cambiamento di fronte: per effetto di una nuova clausola di riserva, relativamente indeterminata, la norma è diventata sussidiaria solo rispetto a fattispecie sanzionate più gravemente. Ampliato il quadro dei soggetti attivi con l’inclusione degli incaricati di pubblico servizio, la fattispecie è stata costruita, in continuità con il passato, come reato di mera condotta a dolo specifico, ma è diventata il fulcro dello statuto penale della pubblica amministrazione.

Dal 1997, anno della seconda riforma, però, la locuzione “abuso d’ufficio” è comparsa soltanto nella rubrica ed è stata cancellata dal testo della disposizione, sostituita – come vedremo – da un’indicazione più analitica dei requisiti del reato. L’abuso d’ufficio è stato trasformato in reato di evento a forma vincolata<sup>2</sup>. Pur in presenza di elementi nor-

---

<sup>1</sup> T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell’abuso d’ufficio*, in *Indice Pen.*, 2017, 998.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto ampiamente A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, *passim*.

mativi ineliminabili, si mirava all'introduzione di una fattispecie univoca, incentrata su alcuni elementi materiali<sup>3</sup>.

Entreremo presto nel merito delle scelte strutturali operate negli anni, ma è utile chiarire fin d'ora che le riforme che si sono susseguite sono state rivolte tutte al medesimo obiettivo, perseguito peraltro senza con questo voler arretrare eccessivamente nella tutela penale lasciando impunte le condotte più pericolose: quello di descrivere nel modo più preciso possibile gli elementi costitutivi della fattispecie, per ridurre le incertezze interpretative e svincolare l'azione amministrativa da un'ingerenza troppo penetrante del potere giudiziario, capace di paralizzare l'attività dei pubblici funzionari che non riescono a prevedere ciò che può costituire reato; incertezze e ingerenza che proprio la versione precedente della norma che si voleva modificare avrebbe legittimato<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Già V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 201 si soffermava su questa necessità, di fronte alla fattispecie uscita dalla riforma del 1990, in cui solo il dolo specifico permetteva di distinguere l'illecito penale da quello di altra natura.

<sup>4</sup> Per l'analisi dell'evoluzione normativa, in una letteratura molto ricca, cfr. in particolare C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 3 ss.; ID., *I delitti contro la pubblica amministrazione. Tomo I. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARI NUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II ed., Padova, 2013, 916 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, IV ed., Milano, 2021, 3 ss. (a partire dai codici preunitari); L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 105 ss.; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed. riv. agg., Torino, 2008, 242 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, VI ed., Bologna, 2021, 248 ss.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2021, 275 ss.; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Volume 2. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 296 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 2 ss.; A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (28 settembre 2021), 9 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 1 ss.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2020, 3 ss.; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, X ed., Milano, 2008,

Tra gli obiettivi presi di mira in astratto con le riforme normative e la realtà applicativa il divario è rimasto consistente. L'art. 323 c.p. è una norma che ha lasciato sistematicamente insoddisfatta gran parte della dottrina e, più in generale, gli operatori del diritto che operano all'interno e all'esterno della pubblica amministrazione.

Una ricostruzione preliminare di questi passaggi riformistici, del contesto in cui sono maturati e delle ragioni che li hanno determinati appare indispensabile per gettare le basi di un discorso che dovrà poi orientarsi nei meandri della giurisprudenza e, grazie al contributo della dottrina amministrativistica, nei caratteri fondamentali e nei limiti della disciplina di diritto pubblico che prevede e regola l'attività amministrativa vincolata o discrezionale e del sindacato esercitabile dal giudice penale. Il dibattito sull'abuso d'ufficio è caratterizzato infatti da tensioni che sono strettamente legate alle interferenze che si creano tra diritto penale e diritto amministrativo e in particolar modo al tema del sindacato penale sulla discrezionalità.

Sono tappe indispensabili per cercare di capire se questo reato – che costituisce la fattispecie di chiusura del sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, un presidio, l'ultimo, contro gli abusi dei pub-

---

275 ss.; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 401 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020, 21 ss.; N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, 257 ss.; M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (24 settembre 2021), 1 ss.; B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021; M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, in ID., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019, 350 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 345 ss.; ID., *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (13 settembre 2021), 5 ss.; A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 5 ss.; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 257 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 249 ss.



blici agenti – presenti dei caratteri che lo rendono conforme al principio di legalità e quindi di certezza del diritto o invece meriti di essere ripensato alla luce del principio di sussidiarietà del diritto penale e del contesto entro il quale si trova a operare, una pubblica amministrazione per molti aspetti diversa da quella del secolo scorso.

Per queste considerazioni sarà importante provare a valutare se il reato nella sua ultima versione sia capace di contenere le spinte centrifughe del formante giurisprudenziale.

Chiariamo fin d'ora che, vista la peculiarità dei principi che caratterizzano le diverse funzioni pubbliche rilevanti per i delitti contro la pubblica amministrazione, il campo principale di indagine sarà costituito proprio dalla funzione amministrativa o, comunque, più in generale dall'attività amministrativa<sup>5</sup>, distinta da quella legislativa e da quella giudiziaria. È con riferimento alla prima, infatti, che si sono poste le questioni interpretative più interessanti e che si possono spiegare gran parte degli sviluppi normativi più recenti.

---

<sup>5</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 18 evidenzia che l'attività amministrativa comprende atti, provvedimenti, comportamenti inerti e, in generale, ogni condotta riconducibile alla pubblica amministrazione. Per ragioni di chiarezza ci pare importante precisare fin d'ora che, pur nella consapevolezza della diversità di significato dei termini usati (il provvedimento amministrativo è l'atto amministrativo autoritativo che realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico producendo effetti giuridici nei confronti di altri soggetti; è una manifestazione di volontà espressa dall'amministrazione titolare del potere all'esito di un procedimento, mentre di mero atto amministrativo si parla spesso con riferimento a un atto strumentale rispetto al provvedimento), ci si riferirà nel testo spesso genericamente all'atto amministrativo, così come la dottrina penalistica appare propensa a fare nel dibattito che ha riguardato in particolare il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Del resto, si registra una tendenza da parte del giudice amministrativo a estendere la categoria concettuale e il regime giuridico del provvedimento amministrativo a ogni atto funzionalizzato, che sia emesso dall'amministrazione: R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 12 ss.

## 2. Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco: l'abuso innominato d'ufficio

### 2.1. L'abuso innominato d'ufficio nelle sue diverse versioni

In luogo di una norma incentrata sul mero abuso d'ufficio, il codice Zanardelli del 1889 conosceva l'abuso di autorità, antenato del primo, come reato innominato che si sostanziava in un'ipotesi di abuso generico non contraddistinto necessariamente dal fine di lucro e che poneva l'accento sull'esigenza di tutela dei singoli nei confronti di qualunque ingiusta vessazione dei pubblici funzionari.

Coerentemente con l'impianto ideologico liberale che caratterizzava il codice ottocentesco, il reato disciplinato dall'art. 175 c.p. tutelava il privato da forme di prevaricazione poste in essere da parte dell'autorità giudiziaria, di polizia e amministrativa, sostanziandosi nell'ordinare o commettere, contro gli altrui diritti, atti arbitrari non previsti come reato da una speciale disposizione di legge, abusando del proprio ufficio. Se il fine perseguito dal pubblico ufficiale era privato, la pena era aumentata<sup>6</sup>. A questa forma di abuso – che si incentrava sulle distorsioni del potere coercitivo del pubblico ufficiale capace d'incidere sulla sfera giuridica altrui e che concentrava quindi il fulcro della tutela penale sulla lesione degli "altrui diritti"<sup>7</sup> – si affiancava, all'art. 176 c.p., un

---

<sup>6</sup> L'art. 175 del Codice Zanardelli era così formulato: «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 a un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione». Cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 9 s.; E. GALLO, *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 271.

<sup>7</sup> F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 987. L'Autore identifica il primo precedente dell'art. 323 c.p. nell'art. 234 del Codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819, che presenta molte affinità con l'art. 175 del Codice Zanardelli, essendo così formulato: «Ogni ufiziale 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 1 anno a 5. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato, l'ufiziale pubblico che lo comanda o commette, sarà in oltre punito [...]». Cfr. anche S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit.,

reato proprio del pubblico ufficiale che si concretizzava invece nel “prendere” un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione, presso la quale l'ufficio veniva esercitato, «direttamente o per interposta persona, o con atti simulati»<sup>8</sup>. La strumentalizzazione per fini privati dell'ufficio, pur presa in considerazione dalla legislazione ottocentesca, veniva quindi distinta dall'abuso di autorità/ufficio e tipizzata in una fattispecie di “interesse privato in atti d'ufficio”.

Se, come vedremo, la centralità della posizione dell'individuo e quindi la tutela della posizione giuridica degli amministrati rispetto a una gestione irregolare dei pubblici poteri rappresenterà il punto di maggior divergenza di questa formulazione dell'abuso innominato rispetto alla configurazione che il reato riceverà nel Codice Rocco, che farà retrocedere la protezione dei privati dagli abusi pubblici a oggetto di tutela solo secondario o indiretto, in ossequio a un'impostazione statalista del regime<sup>9</sup>, altri dati ricavabili dalla lettura dell'art. 175 si posizioneranno, invece, in linea di assoluta continuità con le future scelte legislative.

Il primo riguarda il carattere “residuale” delle forme di abuso innominato<sup>10</sup>; il secondo, invece, il carattere molto vago del concetto di

250. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 11, ritiene che si tratti di un reato di danno. Il legislatore ottocentesco avrebbe infatti cercato di ovviare al difetto di tipicità tipico dei delitti d'abuso sia ricorrendo alla nozione di atto arbitrario – ma con scarso successo – sia ricorrendo al modello del reato di danno. Nello stesso senso: A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, cit., 6. In senso contrario su quest'ultimo aspetto cfr. la dottrina citata *infra* nella nt. 21.

<sup>8</sup> L'art. 176 del Codice Zanardelli, infatti, prevedeva che: «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 reclusione da un mese a cinque anni e con la multa da lire cento a cinquemila».

<sup>9</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1205; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 3.

<sup>10</sup> C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 4. Come rileva T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 78, l'estrema sussidiarietà dell'art. 323 c.p. trovava un preciso riscontro proprio nella designazione della figura criminosa come “abuso innominato”.

abuso, incapace di individuare con certezza il novero delle condotte sussumibili all'interno di una fattispecie che manca di precisi elementi di tipizzazione ulteriori<sup>11</sup>. Un tema, quest'ultimo, che occuperà seriamente la dottrina novecentesca<sup>12</sup>.

Come già Carrara ebbe modo di affermare, infatti, sotto il profilo della residualità, il reato dovrebbe essere circoscritto ai pochi casi in cui il fatto meriti «una repressione penale quantunque non abbia il substrato di altro delitto»<sup>13</sup>; con riferimento al secondo carattere, invece, non è possibile circoscrivere il concetto di abuso «sotto il punto di vista della sua *materialità* o dei suoi *effetti*»<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 11 s. si sofferma sul già citato requisito dell'arbitrarietà come ulteriore elemento di determinazione della fattispecie.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto l'ampio studio di L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976. Come reazione a questa critica, nel Progetto Preliminare al Codice Rocco venne introdotta una nozione particolare del reato di abuso d'ufficio, costruita utilizzando le forme tipiche in cui si sostanziava l'atto amministrativo viziato (usurpazione di un potere dalla legge non conferito al pubblico ufficiale, abuso del potere, eccesso dai limiti della competenza, azione fuori dai casi stabiliti dalla legge e inosservanza delle formalità prescritte dalla legge). Si ritenne tuttavia che la formula dell'abuso di poteri inerenti alle funzioni, poi preferita, già ricomprendesse in sé tutte le possibilità di comportamento del pubblico ufficiale e che fosse opportuno abbandonare un'eccessiva casistica: A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 15; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 37 s.; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012, 154 s.

<sup>13</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, III ed., Lucca, 1875, par. 2542, 105.

<sup>14</sup> *Ivi*, par. 2513, 60, si precisò altresì che «sotto questi due punti di vista il presente malefizio è indefinito e indefinibile». L'abuso di autorità innominato, come Carrara aveva già avuto modo di precisare al par. 2512, è caratterizzato dall'abuso doloso di un pubblico potere in danno del diritto altrui, senza che questa lesione costituisca di per sé un altro reato. Fra gli esempi offerti vi è quello dell'arresto arbitrario di un cittadino ordinato dal giudice; come afferma, alla luce di questi, A. GARGANI, *L'"abuso innominato d'autorità" nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1227, la figura carrariana di abuso d'autorità si inserisce perfettamente nella visione dello stato liberale ottocentesco dedito all'amministrazione della giustizia e alla tutela della sicurezza pubblica; la valorizzazione del concetto di abuso, però, porrà i presupposti per il successivo sviluppo della fattispecie di abuso innominato d'ufficio, che, con

Sul piano ontologico, l'abuso è una formula vuota, «una semplice apparenza di nozione»<sup>15</sup>.

Se pensiamo allo sviluppo della normativa in materia fin dal Codice Rocco e alle letture giurisprudenziali più ardite che caratterizzano anche i nostri giorni, estremamente interessante è soprattutto la consapevolezza di Carrara in merito al fatto che l'abuso d'autorità non trae sempre la sua criminosità dalle condizioni materiali, quanto invece, spesso, da quelle intenzionali: «cosicché un atto che potrebbe essere legittimo o almeno scusabile quando fosse eseguito per una ragionata opinione di legittimità diventa criminoso quando lo si faccia per odio o favore»<sup>16</sup>.

Vediamo, *in nuce*, l'emergere di una nozione di abuso contraddistinta da una notazione soggettivistica, che Manzini ben descrive distinguendo tra l'atto arbitrario, in cui si sostanzia l'abuso, in senso oggettivo e soggettivo e l'atto arbitrario in senso soggettivo soltanto<sup>17</sup>. Egli analizza separatamente gli atti meramente esecutivi e quelli discrezionali. Nei primi l'arbitrarietà oggettiva si ha quando l'atto è nella sostanza o anche solo formalmente contrario alle norme giuridiche che regolano l'attività, mentre l'arbitrarietà soggettiva è la scienza di violare le norme che regolano l'attività, che si deve accompagnare al dolo e quindi alla volontà cosciente di ordinare o di compiere l'atto contro gli altrui diritti. Nei secondi, invece, se può esserci l'arbitrarietà oggettiva, quando siano violate le condizioni che la legge ha posto espressamente per l'esercizio del potere discrezionale, può aversi anche soltanto l'arbitrarietà soggettiva che è sufficiente per l'applicazione della disposizione che incrimina l'abuso innominato e che si sostanzia nel rispetto delle

---

il Codice Rocco, andrà a tutelare l'imparzialità della pubblica amministrazione come valore assoluto e il suo prestigio, e perderà ogni reale dimensione lesiva (cfr. p. 1236).

<sup>15</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 7. Anche A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 275 definiscono "generico" il termine abuso.

<sup>16</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., par. 2515, 66.

<sup>17</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1913, parr. 1422 e 1424, 158 ss.

condizioni formali (poste dalla legge) da parte del pubblico ufficiale che tuttavia ordina o compie l'atto «per uno scopo diverso da quello in vista del quale gli è affidato il potere discrezionale stesso»<sup>18</sup>.

L'abuso d'ufficio disciplinato nel codice penale del 1930<sup>19</sup> – definito “innominato” dalla dottrina, visto che agli abusi di autorità più gravi, come la corruzione e la concussione, era stato attribuito invece uno speciale *nomen iuris*<sup>20</sup> – è caratterizzato da una struttura simile a quella dell'analogo reato contenuto nel Codice Zanardelli.

Vi sono tuttavia alcune differenze significative.

Nel Codice Rocco non si fa più riferimento all'“abuso d'ufficio”, sostituito dall'“abuso dei poteri inerenti alle funzioni”; l'accento all'arbitrarietà dell'atto è soppresso in quanto ritenuto implicito nel carattere abusivo della condotta e il termine “atto” è sostituito con il termine “fatto”. L'introduzione del dolo specifico (“per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio”), poi, altra novità della nuova disposizione, è volta a imprimere una orientazione finalistica all'abuso, ma gli sforzi, apprezzabili, di determinazione della fattispecie sul punto hanno fatto passare in secondo piano il momento lesivo dei diritti dei cittadini: si valorizza la mera realizzazione dell'abuso<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Così *ivi*, par. 1422, 159. Egli precisa altresì che l'arbitrarietà si ha quando la manifestazione di volontà procede da motivi contrari alle finalità di ordine pubblico e di carattere obiettivo e imparziale verso cui deve dirigersi l'esercizio del potere discrezionale.

<sup>19</sup> L'art. 323 c.p. (Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge), nella formulazione originaria del Codice Rocco, prevedeva che: «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 preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni» (la pena pecuniaria originaria era stata aumentata per effetto dell'art. 113 l. 24 novembre 1981, n. 689).

<sup>20</sup> Cfr. A. GARGANI, *L'“abuso innominato d'autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 1225; P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1995.

<sup>21</sup> F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 988. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., par. 1422, 159 ss., analizzando l'art. 175 del Codice Zanardelli, però, se precisa che non è sufficiente che l'atto sia arbitrario, essendo necessario che l'atto sia diretto contro gli altrui diritti, ne individua il momento consumativo in quello in cui l'atto arbitrario è stato compiuto o anche soltan-

La differenza più rilevante rispetto al passato della formulazione dell'abuso innominato d'ufficio contenuta nel Codice Rocco si lega al proposito del legislatore dell'epoca di stravolgere l'assetto dell'abuso d'ufficio costruito sullo schema della prevaricazione del potere statale nei confronti dei cittadini. Le radici di tale cambiamento di prospettiva, rispetto al significato garantistico della tutela dei diritti dei privati, si possono già cogliere «nel processo formalistico di personificazione dello Stato in un'entità a sé stante e astratta, maturato sotto la vigenza del codice Zanardelli»<sup>22</sup>, tanto che Manzini individua l'oggetto della tutela dell'art. 175 c.p., oltre che nel prevenire gli abusi funzionali dei pubblici ufficiali che si concretano in atti arbitrari dannosi o pericolosi per i legittimi interessi dei privati, anche nell'«interesse pubblico, proprio di ogni Stato libero, di garantire [...] il retto e moderato esercizio delle pubbliche funzioni»<sup>23</sup>. Con il Codice Rocco, però, la dimensione offensiva del reato non assume soltanto una qualche connotazione pubblicistica connessa alla lesione del descritto interesse dello Stato quanto, invece, rompendo definitivamente con la tradizione liberale, il significato molto chiaro di mera sanzione della disobbedienza del pubblico ufficiale.

La scarsa sensibilità del legislatore dell'epoca per i bisogni di tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri porta a operare lo spostamento del baricentro del reato dal momento della lesione – o della messa in pericolo – dei diritti del singolo a quello della trasgressione del dovere di fedeltà del pubblico ufficiale rispetto alla pubblica amministrazione: con il codice del 1930 non si richiede più che l'atto arbitrario

---

to ordinato, senza che un'effettiva lesione dei diritti sia necessaria; basta che l'atto abbia in sé la potenzialità di violare gli altrui diritti. L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 277 ricorda che l'interpretazione prevalente era addirittura nel senso di escludere non solo il carattere di reato di evento, ma la stessa necessità della idoneità dell'azione alla lesione della sfera giuridica del privato.

<sup>22</sup> Cfr. A. GARGANI, *L'“abuso innominato d'autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 1233.

<sup>23</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., par. 1421, 155.

sia diretto contro gli altrui diritti; è l'abuso, da solo, a sintetizzare l'essenza del disvalore del fatto<sup>24</sup>.

Il ribaltamento di valori nei rapporti tra Stato e cittadino giustifica altresì l'inclusione in una medesima fattispecie, e quindi l'equiparazione sanzionatoria, tra la finalità di prevaricazione e quella volta a produrre un vantaggio per il terzo<sup>25</sup>.

Nel Codice Rocco l'abuso d'ufficio viene a rivestire il ruolo di "norma di chiusura", coinvolgendo le condotte dei pubblici ufficiali che, pur potendo essere qualificate come abusive, non sono già considerate da altre norme incriminatrici, nelle quali sia prevista una specifica forma di abuso o, comunque, nelle quali lo stesso costituisca parte integrante della condotta o elemento aggravante della fattispecie. Il reato è sanzionato modestamente<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Come rileva M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 252 s., già prima dell'instaurarsi del regime fascista aveva cominciato a farsi strada un mutamento di prospettiva circa la dimensione offensiva dell'abuso di ufficio: verso la fine del IX secolo si cominciò a mettere in discussione l'esattezza della distinzione, fatta propria dalle codificazioni preunitarie, tra abusi contro l'interesse pubblico e abusi contro l'interesse privato, affermandosi invece come ogni abuso di autorità fosse in realtà offensivo della fiducia riposta dallo Stato nei confronti dei suoi pubblici ufficiali. F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 989 s. esprime sul punto delle perplessità di ordine costituzionale con riferimento all'art. 28 Cost., che parla di «atti compiuti in violazione dei diritti» di cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative: perché l'abuso possa assumere rilevanza penale dovrebbe esserne derivata l'effettiva lesione del diritto altrui. Cfr. anche A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 14.

<sup>25</sup> Per A. GARGANI, *L'«abuso innominato d'autorità» nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 1243, l'equiparazione è proprio una delle cause della degenerazione della fattispecie dell'abuso in atti d'ufficio; il reato d'abuso, dalla struttura a maglie larghe, era concepito per reprimere soprattutto i soprusi dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, nell'esercizio dei loro poteri coercitivi, e come tale era necessario che il reato continuasse a essere concepito, secondo l'insegnamento liberale di Carrara.

<sup>26</sup> Cfr. F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2, Roma, 1988; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 243 ss.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 3; S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale. Diritto e procedura*, 5, 2021 (25 febbraio 2021).



Nell'insieme dei reati contro la P.A., l'abuso d'ufficio rappresenta l'estrema difesa contro condotte, non altrimenti qualificabili, di prevaricazione o di favoritismo poste in essere attraverso la strumentalizzazione della funzione pubblica.

Più nel dettaglio, sul terreno del danno, l'art. 323 c.p. trova la porta sbarrata dalla concussione, quando l'abuso è diretto a indurre o costringere il terzo a una prestazione indebita. Sul terreno del vantaggio proprio o altrui intenzionalmente perseguito mediante il comportamento abusivo, invece, la trova sbarrata dal peculato o dalla malversazione a danno dei privati per distrazione, quando la condotta si riferisce a denaro o altra cosa mobile altrui di cui il pubblico ufficiale abbia il possesso per ragione dell'ufficio<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il favoritismo, però, l'art. 323 c.p. lascia più spesso spazio al – complesso e discusso<sup>28</sup> – reato di interesse privato in atti d'ufficio, che in linea di assoluta continuità con il passato punisce il pubblico ufficiale il quale, in vario modo, “prende un interesse privato” in un atto della P.A. presso cui egli esercita il proprio ufficio, qualora l'utilità sia anche solo indirettamente riferibile all'agente<sup>29</sup>. Connotato distintivo dell'abuso innominato è infatti, conformemente all'impostazione fatta propria anche da Carrara, la “non venalità”<sup>30</sup>.

Come può essere agevolmente intuito, è proprio la rara applicazione dell'abuso d'ufficio, nella pratica, che porta la dottrina per lungo tempo a relativizzare i difetti di formulazione della disposizione. «La tipicità della condotta di abuso» – ben illustrava Pagliaro – «in sé stessa piuttosto debole per la genericità del termine “abuso”, veniva in qualche mo-

<sup>27</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 77.

<sup>28</sup> F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 7. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 93 s., lo definisce «una grottesca caricatura di fattispecie incriminatrice»; F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 sottolinea l'alone di incertezza e di mistero da cui la fattispecie è avvolta.

<sup>29</sup> Il reato serve a punire lo sviamento di un atto dell'ufficio dall'interesse pubblico verso un interesse privato: A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (4 maggio 2021); A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 14.

<sup>30</sup> A. GARGANI, *L'“abuso innominato d'autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 1233.

do rinforzata dall'esterno, grazie all'esistenza di altre incriminazioni che ne delimitavano l'effettiva portata»<sup>31</sup>.

Su questo aspetto, però, andremo a soffermarci più nel dettaglio analizzando, da un lato, le questioni di legittimità costituzionale che la Consulta si è trovata ad affrontare e, dall'altro, le principali fasi applicative che hanno segnato soprattutto l'evoluzione del rapporto tra il reato di abuso d'ufficio e quello di interesse privato e che hanno contribuito a svelare il progressivo emergere di un conflitto insanabile tra giudici penali e amministrazione pubblica.

## 2.2. L'emergere di profili di incostituzionalità

Tra i rilievi più frequentemente formulati in merito all'abuso innominato d'ufficio e all'interesse privato in atti d'ufficio vi era quello concernente la loro carenza sotto il profilo della tassatività/determinatezza<sup>32</sup>, non colmabile in via interpretativa, e dunque la loro dubbia compatibilità con l'art. 25 della Costituzione<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 106. Cfr. anche G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 20; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 54.

<sup>32</sup> Come ricorda A. NISCO, *Profili teorici e sviluppi recenti del principio di determinatezza*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, Bari, 2019, 66 s., il principio di determinatezza è caratterizzato dall'uso fungibile dei vocaboli "determinatezza" e "tassatività", anche se si potrebbe distinguere la "precisione", intesa come l'obbligo di disciplinare precisamente il reato e le sanzioni, la "determinatezza", ossia l'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati processualmente, e la "tassatività", come sinonimo del divieto di analogia. Nel presente volume ci si riferirà ai binomi "tassatività/determinatezza" e "determinatezza/tassatività" o soltanto a uno dei due termini dei binomi, per esigenze di sintesi.

<sup>33</sup> Cfr., tra gli altri, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 563 ss.; ID., voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 73 s.; E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, in *Indice Pen.*, 2001, 1026.

A dire il vero, con riferimento all'art. 324 c.p., il filtro operato dai giudici *a quibus* impedì sul nascere che le eccezioni formulate approdassero davanti alla Corte costituzionale<sup>34</sup>.

L'abuso innominato fu invece oggetto di una pronuncia costituzionale molto importante<sup>35</sup>. Nessuno si stupì del fatto che il Giudice istruttore di Foggia, con ordinanza del 27 aprile 1964, decise di sollevare questione di legittimità costituzionale, per contrasto della disposizione con l'art. 25 c. 2 Cost., rilevando come l'art. 323 c.p. si prestasse a ricomprendere qualsiasi attività del pubblico ufficiale non ritenuta corretta, rimettendo la configurazione del reato alla discrezionalità del pubblico ministero prima e del giudice poi.

La Corte costituzionale lasciò tuttavia la dottrina insoddisfatta con una pronuncia in cui liquidò l'eccezione con una declaratoria di infondatezza sintetica e molto perentoria<sup>36</sup>. La sentenza, che – è utile ricordarlo – si inseriva coerentemente in un indirizzo di totale astensione della Corte da qualsiasi sindacato sulle norme penali in forza del predetto principio, ritenne la fattispecie sufficientemente determinata, poiché non lasciava alla discrezionalità dell'interprete la configurazione del reato, come si sarebbe erroneamente assunto nell'ordinanza: il reato

---

<sup>34</sup> Cfr. Cass., 19 novembre 1973, in *Giust. Pen.*, 1974, II, 489. Sul punto: C.F. GROSSO, *L'interesse privato in atti d'ufficio*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte Speciale*, vol. I, Torino, 1984, 241. Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 324 c.p. per difetto di chiarezza della norma cfr. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984, 340 ss.

<sup>35</sup> Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giust. Pen.*, I, 1965, 78 ss. Oltre che con riferimento all'art. 25 Cost., la questione fu sollevata per contrasto con l'art. 3 Cost., in conseguenza della delimitazione della sfera di operatività soggettiva del delitto di abuso innominato d'ufficio al pubblico ufficiale, con esclusione dell'incaricato di pubblico servizio. La questione non fu ritenuta fondata dalla Corte perché il principio di uguaglianza consente al legislatore di emanare norme differenziate rispetto a situazioni obiettivamente diverse e il giudizio sulla parità o sulla diversità delle situazioni spetta insindacabilmente al legislatore, nei limiti del rispetto della ragionevolezza e degli altri principi costituzionali: il collegamento dell'abuso a poteri di natura pubblicistica costituisce elemento obiettivo idoneo a giustificare la disparità di trattamento. Cfr. C.F. GROSSO, *L'abuso innominato di ufficio*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte Speciale*, cit., 247 s.

<sup>36</sup> F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 985 ss.

era fondato sulla trasgressione di un dovere inerente all'ufficio, concretizzatasi in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo, e sul dolo specifico – la finalità privata – come elemento essenziale per la sussistenza del reato<sup>37</sup>.

Le critiche più convincenti alla pronuncia si soffermarono sul fatto che, nonostante quanto succintamente affermato dalla Corte, la condotta era descritta in termini troppo generici<sup>38</sup> e che la locuzione “abuso di potere” scelta dal legislatore del 1930, dal carattere squisitamente normativo<sup>39</sup>, non rendeva intellegibile il tenore del fatto perché non era sufficientemente univoca in quanto poteva riferirsi sia, in senso generico, al “cattivo o irregolare uso del potere” sia, alternativamente, allo “sviamento” o “straripamento del potere”. Anche restringendo il campo alla condotta qualificata dal vizio di eccesso di potere, inteso come sviamento del potere dalla causa tipica – che secondo i più poteva effettivamente essere considerato la forma classica di realizzazione del reato<sup>40</sup> – le incertezze non venivano del tutto superate, visto che il vizio in questione non era mai stato definito espressamente dal legislatore e, come avremo modo di approfondire, si doveva ricorrere con frequenza a figure sintomatiche per individuarlo. L'incerta interpretazione del concetto di eccesso di potere spiegava la facilità di passare da una valutazione di legittimità a una di merito<sup>41</sup>: il rischio, insomma, era quello

---

<sup>37</sup> P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 16.

<sup>38</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 389 s., che sembra dubitare dell'opportunità di conservare una figura di abuso innominato. In termini critici, S. DE FELICE, *Performance della Pubblica Amministrazione e possibili riforme dei reati della Pubblica Amministrazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 9 afferma che sembra quasi che la Corte ritenga sufficiente supplire all'incertezza del diritto attraverso l'interpretazione giurisprudenziale.

<sup>39</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 54 s.

<sup>40</sup> B. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in ID. (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, cit., 12. Sul punto ci soffermeremo più approfonditamente nel corso del lavoro.

<sup>41</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 190.

di sfumare nella generica nozione di “cattivo uso del potere” ricomprendendo nell'alveo del reato le condotte più diversificate<sup>42</sup>.

Molti autori professarono altresì un chiaro scetticismo in merito alla dichiarata efficacia selettiva del dolo specifico.

Una parte della dottrina – soprattutto successiva alla sentenza – propose di non interpretarlo come dato psichico interno, ma di valorizzarlo in funzione di tipizzazione sul piano oggettivo per richiedere l'idoneità lesiva della condotta rispetto all'oggetto della tutela, all'obiettivo cui la volontà era rivolta<sup>43</sup>. In termini ancora più elaborati, poi, vi fu chi lo rilesse come nesso teleologico tipizzante per puntualizzarne sul piano della tipicità materiale il contenuto oggettivo non compiutamente desumibile dalla condotta-base: attraverso la richiesta di una concretizzazione nella condotta della direzione lesiva e più precisamente della scelta dell'agente per un interesse o a sfavore di quello di un altro, il dolo specifico avrebbe consentito all'interprete di selezionare tra gli abusi solo quelli effettivamente finalizzati a tale risultato ulteriore<sup>44</sup>.

Nonostante queste proposte ermeneutiche, però, il requisito non cessava di apparire sfuggente, incapace di conferire alla fattispecie incentrata sull'abuso di potere una maggiore tassatività e distante dalle istanze di fondo di un diritto penale del fatto<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 991 ss. Come rileva L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 58, se tutta la fattispecie si incentra solo sull'abuso di potere, sfuma la possibilità di trovare un qualsiasi criterio di distinzione tra illegittimità amministrativa e illecito penale.

<sup>43</sup> *Ivi*, 84. Cfr. anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 325 s.

<sup>44</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 303 ss. L'Autore evidenzia come l'elemento finalistico avrebbe la funzione di richiamare sul piano della tipicità l'esistenza di un oggettivo e reale conflitto di interessi sottostante e quindi l'abuso, per la sua consumazione, avrebbe necessità di una sua concretizzazione nella condotta con la scelta dell'agente per un interesse proprio o altrui o a sfavore di quello di un altro, a scapito di quello generale (e questo a prescindere dalla circostanza che, poi, l'interesse privilegiato si realizzi effettivamente). Cfr. *ID.*, *Il dolo specifico nel "nuovo" abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 277. Sul punto cfr. anche A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 72.

<sup>45</sup> Cfr. F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 997, che affermò: «la fattispecie non può acquisire maggiore tassatività attraverso il dolo

Il dolo specifico, che secondo buona parte della dottrina portava il diritto penale a colpire meri atteggiamenti interiori, era tra l'altro caratterizzato nell'art. 323 c.p. da un contenuto troppo ampio, con l'equiparazione tra il fine di recare ad altri un danno e quello di procurargli un vantaggio; un'equiparazione frutto della già descritta scarsa sensibilità del legislatore del 1930 per i bisogni di tutela dei diritti di libertà dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici<sup>46</sup>.

Il quadro che emergeva da un'analisi approfondita e critica della fattispecie si poteva riassumere dicendo che la qualifica di illiceità del mezzo, rappresentato dall'uso dei poteri attribuiti dalla legge, finiva per dipendere esclusivamente dai fini. Tutto il disvalore si incentrava sulla finalità illecita: non perseguimento di fini pubblici o perseguimento di fini privati<sup>47</sup>.

---

specifico». Egli ricordò che l'equivocità dell'elemento era comprovata dalle stesse dispute sorte in dottrina e in giurisprudenza circa la distinzione, sul piano soggettivo, tra il delitto di cui all'art. 324 c.p. e l'abuso innominato d'ufficio. Come evidenzia V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 205 la qualificazione del contenuto della volontà non corrisponde alla sua realizzazione, che resta tale, portatrice di uno scopo che potrà realizzarsi oppure no, senza alcuna rilevanza sul piano effettuale.

<sup>46</sup> Sul punto cfr. anche C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, cit., 389, che parla di «formulazione troppo ampia del dolo specifico, che equipara il fine di recare ad altri un danno a quello di procurargli un vantaggio. Si mettono così sullo stesso piano gli abusi commessi per opprimere i cittadini e quelli che mirano a favorirli, sia pure a scapito dell'interesse pubblico. Con il risultato che nell'ambito di una stessa figura di reato vengono a ricadere fatti tra loro lontanissimi, quanto a significato sociale e a gravità [...]». Come rileva A. SIRANI, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1141, se si incentra il disvalore del fatto sul dolo specifico, attribuendo a esso una funzione tipizzante suppletiva rispetto a una condotta carente di tassatività, si finisce per cedere alle insidie di un sistema penale incentrato sulla volontà. Sul punto cfr. anche A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 24.

<sup>47</sup> E. GALLO, *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, cit., 271; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1208.

### 2.3. *L'abuso innominato d'ufficio nella prassi e la questione di fondo dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*

L'evoluzione che ha caratterizzato l'atteggiamento dei giudici di legittimità nei confronti dell'art. 323 c.p. e, più precisamente, dei rapporti tra l'abuso innominato d'ufficio e l'interesse privato in atti d'ufficio richiede di essere considerata più nel dettaglio.

Una prima fase – che trovò la sua massima espressione negli anni Sessanta e Settanta, con l'espansione dell'intervento dello Stato nelle diverse attività sociali e in particolare nel settore economico<sup>48</sup>, ma mostrò alcune significative testimonianze anche più tardi – fu condizionata da una diffusa istanza di moralizzazione dell'attività dei pubblici poteri, di cui cominciò a farsi carico l'autorità giudiziaria esercitando d'ufficio sempre più spesso l'azione penale<sup>49</sup>. Nel periodo fascista e in quello successivo alla Liberazione il controllo della magistratura sull'attività della pubblica amministrazione era stato solo marginale, limitato alle ipotesi di previa denuncia da parte degli stessi organi amministrativi in relazione a episodi di uso illecito del denaro affidato alla gestione dei pubblici ufficiali<sup>50</sup>. Nella stagione che seguì a questa, invece, il peculato per distrazione cominciò a essere contestato anche per perseguire i comportamenti degli amministratori che avevano deviato le risorse del-

---

<sup>48</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 194.

<sup>49</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 243 s.; S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 861; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 300; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. I. Introduzione al tema*, Padova, 1998, 15 s. Nella relazione illustrativa della Proposta di legge Andò e altri (C. 1219), presentata alla Camera dei Deputati il 27 luglio 1987 – proposta che portò poi alla riforma del 1990 –, si sottolineò come l'intervento del legislatore si imponesse per fermare la supplenza della magistratura che si sforzava di «fare comunque giustizia laddove il senso etico non permette di ignorare comportamenti manifestamente anti-sociali, anche se carenti di una specifica disciplina giuridica». Cfr. il testo in [http://legislature.camera.it/chiosco.asp?source=/al tre\\_sezionism/10195/10207/10208/documentotesto.asp&content=/\\_dati/leg10/lavori/sc hedela/trovaschedacamera.asp?pdl=1219](http://legislature.camera.it/chiosco.asp?source=/al tre_sezionism/10195/10207/10208/documentotesto.asp&content=/_dati/leg10/lavori/sc hedela/trovaschedacamera.asp?pdl=1219). Questo fenomeno troverà la sua massima espressione negli anni di Tangentopoli.

<sup>50</sup> C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. I. Introduzione al tema*, cit., 15.

la P.A. verso destinazioni diverse da quelle prescritte, ma pur sempre pubbliche e, addirittura, istituzionali<sup>51</sup>. La fattispecie che, tuttavia, proprio per i suoi confini evanescenti, apparve particolarmente idonea a essere interpretata estensivamente allo scopo di sindacare in modo pervasivo le scelte dell'amministrazione fu il reato di interesse privato.

“Prendere” un interesse privato ai sensi dell'art. 324 c.p. venne interpretato dalla giurisprudenza prevalente come un semplice “avere” un interesse “non pubblico”, che pur non influisse indebitamente sul compimento dell'atto, con l'effetto di considerare punibili i casi di mera coincidenza tra interesse privato – dell'agente o di terzi – e interesse pubblico: il reato poteva essere realizzato con qualsiasi atto, di per sé legittimo<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1025. Come ricorda l'Autore, si intervenne per sanare queste situazioni di patologia giudiziaria con uno strumento anomalo: la concessione dell'ammnistia per peculato per distrazione (d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283). Sul punto cfr. anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 285: l'ammnistia era stata concessa solo per le ipotesi in cui, esclusa l'appropriazione, «risulti che la distrazione del denaro o altra cosa mobile sia stata compiuta per finalità non estranee a quelle della P.A.». A. PAGLIARO, *Relazione introduttiva*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, 6, rilevava come la distrazione a profitto proprio o di altri avesse dei contorni troppo incerti: non si comprendeva se costituisse distrazione ogni deviazione della cosa verso uno scopo diverso da quello predeterminato oppure occorressero altri requisiti, come la deviazione verso uno scopo estraneo ai fini istituzionali dell'ente o la destinazione a uno scopo difforme da qualsiasi pubblica utilità.

<sup>52</sup> Cfr. A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 3, che si sofferma su due diverse tendenze della giurisprudenza, tra le quali quella qui descritta è la meno conforme al principio di offensività; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 3; P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 8; G. CONTENTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 209; A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 713; F. SICILIANO, *Abuso dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. Pen.*, 1994, 573; G. BETTIOL, *In tema di interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 633 ss. Cfr. Cass., 19 novembre 1964, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 617: «a concretare il delitto di interesse privato in atti di ufficio non rileva la illegittimità dell'atto della p.a., ovvero il danno che dallo stesso può derivare alla amministrazione. Rileva invece il fatto che il pubblico ufficiale non si sia astenuto dal compiere l'atto medesimo quando esso incideva sui suoi interessi privati».



La fattispecie di cui all'art. 323 c.p., proprio in forza della clausola di riserva, venne confinata a un ruolo marginale, riconducibile all'area delle mere condotte materiali sorrette dal dolo di procurare vantaggi a terzi e non consistenti nella distrazione di beni (perché in tal caso si profilava il ricorso all'art. 314 c.p.) oltre, naturalmente, a quella delle condotte abusive poste in essere per recare ad altri un danno<sup>53</sup>.

Anche per effetto delle durissime critiche di una parte della dottrina, nella fase successiva, dalla seconda metà degli anni Settanta a tutti gli anni Ottanta, la giurisprudenza si orientò prioritariamente verso la soluzione interpretativa che escludeva l'esistenza del reato di cui all'art. 324 c.p. tutte le volte in cui, accanto alla presa di un interesse privato, si

---

Tracce di questa tendenza, seppur in tempi molto più tardi, si ritrovano nella sentenza Cass., 22 novembre 1988, in *Cass. pen.*, I, 1990, 610, con cui si è affermato che la coincidenza degli interessi del privato con quelli dell'ente pubblico e la mancanza del danno per la pubblica amministrazione non sono elementi idonei a escludere la responsabilità ex art. 324 c.p., «perché la fattispecie descritta in questa norma si realizza col semplice inserimento di una prospettiva di privato interesse nel procedimento di formazione dell'atto pubblico, indipendentemente da effetti pregiudizievoli che possano o non verificarsi in capo alla p.a. o a onta della eventuale collimazione dei due interessi in campo, il privato e il pubblico». Come ben rileva P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 5, la formulazione dell'art. 324 c.p. talvolta consentiva (seppure a torto) una certa confusione tra “presa di interesse” – intesa come sfruttamento dell'ufficio – e mera coincidenza tra interesse pubblico e interesse privato. Sulle diverse interpretazioni offerte con riferimento all'art. 324 c.p. cfr. F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 55 ss. e, in toni critici, R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 28.

<sup>53</sup> P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 1; F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 79 ss.; T. PADOVANI, *L. 16/7/1997 n. 234 - Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale - Commento all'art. 1 - Modifica dell'art. 323 del codice penale*, in *La legislazione penale*, 1997, 741 s.; ID., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 77. Un'eccezione molto nota è ricordata in ID., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 4: «nel 1965 il celebre «scandalo delle banane» (una vicenda connessa al rilascio delle concessioni per il lucroso commercio di questi frutti) vide come protagonista proprio l'art. 323 c.p., contestato addirittura a un ex ministro. La difesa per il diniego dell'autorizzazione a procedere fu sostenuta da Giuseppe Bettiol, che contro l'art. 323 c.p. svolse una severa requisitoria additandolo come un relitto borbonico incompatibile con il principio di legalità».

potesse ritenere soddisfatto anche un interesse pubblico<sup>54</sup>. “Prendere un interesse privato” venne poi interpretato in modo da richiedere un’ingerenza approfittatrice del pubblico ufficiale nell’atto amministrativo, che doveva essere piegato a un interesse diretto personale o almeno personalizzabile: l’interesse poteva essere anche quello di un terzo, ma soltanto se collegato strettamente al pubblico ufficiale<sup>55</sup>.

La giurisprudenza limitò quindi il controllo giurisdizionale di legalità sull’attività discrezionale della pubblica amministrazione? No, al contrario l’abuso innominato d’ufficio venne riscoperto come strumento utile allo scopo di sindacare, finanche nel merito, la discrezionalità amministrativa, vista la sua capacità di espandere il proprio campo applicativo ben oltre il confine delle condotte materiali: potevano essere

---

<sup>54</sup> E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1027; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 118. Cfr. Cass., 22 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 158: «In tema di interesse privato, la coesistenza dell’interesse privato e di quello pubblico, per sé sola, non basta a integrare il reato di cui all’art. 324 c.p. né è sufficiente allo stesso scopo la mera violazione dell’obbligo di astensione previsto per i pubblici ufficiali dall’art. 220 t.u. 4 febbraio 1915 n. 148, legge comunale e provinciale; occorre invece che il pubblico ufficiale, allo scopo di realizzare un intento di privata utilità, strumentalizzi il proprio ufficio con un’ingerenza profittatrice, nel procedimento di formazione dell’atto amministrativo, che ne alteri la fisionomia».

<sup>55</sup> A titolo di esempio cfr. anche Cass., 6 marzo 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1557: «La locuzione “interesse privato” di cui all’art. 324 c.p. comprende in modo inequivoco anche l’interesse altrui e la mancata specificazione, nel testo normativo, è dovuta soltanto alla necessità sistematica di accentuare il fine privato dell’interesse in contrapposizione a quello pubblico, che deve animare l’opera del p.u. Inoltre, ai fini dell’art. 324 c.p. si richiede che la prospettiva di un vantaggio alieno debba essere fatta propria dal p.u. e che il destinatario dell’atto si trovi in rapporto tale con l’agente da personalizzare in lui stesso la prospettiva di vantaggio». Come illustra F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d’ufficio*, cit., 8, il vantaggio diventa personale nelle ipotesi in cui il pubblico ufficiale sia legato al terzo da vincoli familiari oppure si trovi in rapporti così stretti con lo stesso da far proprio l’interesse. Cfr. F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d’ufficio*, cit., 81 s.; L. STORTONI, *L’abuso di potere nel diritto penale*, cit., 266; T. PADOVANI, *L. 16/7/1997 n. 234 - Modifica dell’art. 323 del codice penale*, cit., 742; ID., *La riforma dell’abuso innominato d’ufficio e dell’interesse privato in atti d’ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 143; A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 263; C.F. GROSSO, *L’interesse privato in atti d’ufficio*, cit., 229 ss. Per un’analisi della giurisprudenza cfr. anche P. PISA, voce *Abuso d’ufficio*, cit., 2.

ricondotti al reato di cui all'art. 323 c.p. anche i comportamenti che si erano tradotti in atti, compiuti con abuso dei poteri, per privilegiare arbitrariamente un soggetto, se difettava il carattere personale o personalizzabile dell'interesse; se, quindi, i legami del terzo con il pubblico ufficiale non consentivano di personalizzare l'interesse in capo a quest'ultimo<sup>56</sup>.

La circostanza che l'atto amministrativo avesse prodotto dei vantaggi indebiti a terzi poteva rappresentare l'indizio del fatto che quell'atto fosse solo apparentemente legittimo, ma in realtà affetto da eccesso di potere, e quindi illegittimo<sup>57</sup>; la giurisprudenza si assestò infatti

sulla massima (ricorrente e consolidata nell'ultima stagione di vigenza dell'art. 323 c.p. nella versione originaria), secondo cui l'abuso di potere sussiste allorché il pubblico ufficiale, pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio del suo potere, ordina e compie un fatto per uno scopo diverso da quello per cui il potere gli è affidato<sup>58</sup>.

L'art. 323 c.p., vigente il codice di procedura penale del 1930, era di competenza pretorile, e il Pretore, organo inquirente e giudicante, garantiva una maggior "efficacia" della repressione penale. L'accertamen-

---

<sup>56</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 245, fa l'esempio del rilascio di una concessione edilizia illegittima a favore di un grande elettore, non più riconducibile nell'area dell'interesse privato, difettando il carattere personale o personalizzabile, ma rilevante ai sensi dell'abuso innominato. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 78 s., ricorda come la giurisprudenza in materia rimaneva comunque popolata da abusi "minuti": «amministratori che assegnano o rifiutano arbitrariamente l'uso di uno spazio pubblico; sospendono illegittimamente l'erogazione di un servizio in danno di un utente; utilizzano a vantaggio di taluno i propri dipendenti; approfittano dell'ufficio per qualche forma di indebita propaganda elettorale; presidi che eludono la graduatoria per assegnare abusivamente qualche supplenza o che istituiscono corsi supplementari per favorire indebitamente i relativi aspiranti; docenti che suggeriscono il ricorso a un particolare ripetitore privato; guardie carcerarie che prestano ai detenuti favori non consentiti, e così via dicendo».

<sup>57</sup> L'affermazione era ricorrente in giurisprudenza, qualora all'atto "legittimo" fosse associato uno scopo di utilità personale, anche per l'art. 324 c.p. (la presa di interesse privato era compatibile con un atto con queste caratteristiche): T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 80.

<sup>58</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 5.

to del giudice penale, poi, non conosceva limitazioni o preclusioni sotto un profilo probatorio; si indagavano il processo deliberativo, le motivazioni dell'agente, gli sviamenti nell'esercizio dei poteri discrezionali, con incursioni in situazioni avvicinati al c.d. merito dell'attività amministrativa<sup>59</sup>.

Il tema dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa e più in particolare quello del confine tra la valutazione del merito amministrativo, preclusa di regola al giudice salvi i casi eccezionali di giurisdizione amministrativa anche di merito, e quella incidentale sui vizi dell'atto finirono al centro dell'attenzione dottrinale, senza più riuscire del tutto a sfuggirvi, in verità. Si ebbe tuttavia modo di chiarire in più occasioni, correttamente, che, in casi come quello dell'abuso d'ufficio, il "sindacato" sull'atto del funzionario era da intendersi solo impropriamente in questi termini, perché l'attività del giudice era funzionale ad accertare un fatto storico – un comportamento umano che si sostanzia nel compimento o nell'omissione dell'atto – rilevante per l'applicazione della norma penale. Era importante soprattutto che si mantenessero distinte le attività di sindacato improprio e quelle di disapplicazione incidentale dell'atto illegittimo: queste ultime di certo non rilevavano nel caso di specie perché il sindacato non era funzionale alla disapplicazione, cioè alla decisione della controversia senza che il giudice dovesse tener conto dell'atto amministrativo illegittimo<sup>60</sup>.

Tenuto conto del significato dell'atto amministrativo – che costituiva di regola il mezzo per la realizzazione della condotta criminosa deli-

<sup>59</sup> F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 9; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 264; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 96, soffermandosi sul vizio dell'eccesso di potere.

<sup>60</sup> G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 16 s.; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 84; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 70 ss.; 89 (per i casi eccezionali di giurisdizione nel merito); C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. I. Introduzione al tema*, cit., 73 s.; ID., *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, 682 ss.; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 118.

neata dall'art. 323 c.p. – nell'economia della fattispecie, non si doveva neppure considerare la verifica della sua legittimità come questione tecnicamente pregiudiziale ai fini dell'accertamento del reato. È pur vero che sovente la fattispecie non era configurabile in assenza di un provvedimento qualificabile *lato sensu* come viziato, nei termini che chiariremo a breve, ma ciò che rilevava per l'art. 323 c.p., richiedendo un sindacato sull'atto, era l'accertamento della integrazione della fattispecie in tutti i suoi elementi costitutivi ovvero l'accertamento del fatto storico previsto dalla norma incriminatrice e quindi, di regola, secondo l'orientamento dominante, il riscontro di una distorsione funzionale dei poteri della pubblica amministrazione con finalizzazione a un'utilità privata, capace di integrare un abuso penalmente rilevante a prescindere dalle sorti dell'atto<sup>61</sup>. L'illegittimità dell'atto era un elemento che poteva partecipare all'integrazione della fattispecie tipica, ma non la integrava necessariamente<sup>62</sup>.

In linea generale, il merito amministrativo che, afferendo a canoni di buon andamento, non era sindacabile nemmeno dal giudice amministrativo, salvi casi eccezionali, non doveva essere assolutamente riconsiderato dal giudice penale con una valutazione sull'opportunità della scelta amministrativa e con la proposta di un diverso apprezzamento dei fini di esclusiva rilevanza pubblicistica e della congruità dei mezzi prescelti per raggiungerli<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 116 s.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 242; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 87; F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 8.

<sup>62</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 742 ss.

<sup>63</sup> G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 49. G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 105 s., riteneva necessaria la violazione di una precisa norma di legge; ravvisava un'eccezione solo nell'illegittimità manifesta e/o nell'ingiustizia manifesta (anche nel merito), su cui sarebbe stato possibile esercitare un sindacato: essa era dichiarabile tutte le volte in cui sussisteva una incompatibilità sicura fra il contenuto dell'atto e gli scopi pubblici tipici che esso avrebbe dovuto mirare a

Secondo una parte della dottrina penalistica, il giudice penale, però, proprio per svolgere il suo compito istituzionale, doveva prima di tutto valutare se un merito amministrativo sussistesse, visto che nei fatti abuso di potere e merito amministrativo insistevano sullo stesso spazio: se veniva riscontrata la distorsione dell'ufficio per uno scopo di vantaggio o di danno diversi da quelli istituzionali non si era in presenza di un merito amministrativo, quanto piuttosto di un merito privato di natura criminosa<sup>64</sup>. In sostanza, il giudice penale, anche se solo per accertare se un fatto umano fosse sussumibile all'interno di una norma incriminatrice e quindi se vi fosse il perseguimento di una finalità criminosa (privata), finiva per essere chiamato a indagare in misura penetrante anche i profili di merito, senza alcuna limitazione<sup>65</sup>, con il rischio di sostituire la propria ponderazione degli interessi a quella dell'amministrazione<sup>66</sup>.

---

soddisfare. *Contra* C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 95, che ritiene questo criterio di difficile applicazione concreta.

<sup>64</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88; ID., *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 138.

<sup>65</sup> M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 108; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 117; 155. Nello stesso senso: A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (2 agosto 2021), 32; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 55. Cfr. anche E. GALLO, *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, cit., 275 ss. e C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 17, per una riflessione sulla questione. G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 49 ss. ritiene che in questo caso non si sarebbe comunque in presenza di un sindacato di merito in senso tecnico, quanto piuttosto di una valutazione completa dell'episodio di vita a cui afferisce il provvedimento amministrativo. I confini, però, appaiono molto sfuggenti.

<sup>66</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 62 illustra le posizioni della dottrina in merito all'ampiezza del sindacato del giudice penale; una dottrina divisa tra coloro che vogliono evitare il rischio che il giudice "amministri" e coloro che ritengono che il giudice penale possa indagare sempre, al fine di accertare se il pubblico ufficiale abbia esercitato il potere per scopi di pubblico interesse oppure per finalità private.

I confini del sindacato legittimamente esercitabile dal giudice penale sull'attività amministrativa erano ben poco chiari.

In disaccordo con quanto fino a ora illustrato, infatti, alcuni autori, nel tentativo di definire il significato dell'abuso funzionale su di un piano oggettivo, richiamarono l'attenzione sulla necessità che esso si concretizzasse innanzitutto, rigorosamente, in un esercizio illegittimo del potere: l'atto posto in essere doveva essere affetto da uno dei vizi di legittimità tipici del diritto amministrativo<sup>67</sup>. Anche la citata sentenza della Corte costituzionale, 19 febbraio 1965, n. 7<sup>68</sup>, del resto, aveva richiesto espressamente un atto o un comportamento illegittimo per l'integrazione del reato.

Tale richiamo non portò tuttavia a concreti passi avanti sul fronte della tassatività e determinatezza della fattispecie, visto che veniva messo in discussione da un paio di argomenti convincenti.

In dottrina si evidenziò che il vizio dell'eccesso di potere, di origine pretoria e invocato con frequenza come vizio di legittimità proprio dell'atto discrezionale anche nell'ambito dell'art. 323 c.p., era privo di autonomia concettuale propria, sul piano della teoria generale, risolvendosi nella sostanza, a seconda dei casi, in quello di violazione di legge oppure in un vizio di merito<sup>69</sup>.

Se non tutti gli atti illegittimi, poi, potevano considerarsi abusivi, perché era necessario accertare anche il dolo specifico – l'illegittimità poteva avere un valore solo sintomatico dell'abuso – era invece vero il contrario. L'abuso funzionale poteva concretizzarsi anche in un atto apparentemente legittimo, nella prospettiva della giustizia amministrativa, perché sarebbe stato in grado di resistere alla valutazione di legittimità compiuta da un giudice amministrativo; tuttavia, quando in sede penale si accertava una strumentalizzazione dei poteri o uno sfrutta-

---

<sup>67</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 157 ss. A pag. 264 egli sottolinea come dovessero essere escluse soltanto le ipotesi di incompetenza assoluta equiparabile allo straripamento di poteri. Cfr. anche E. CONTIERI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 188. Nello stesso senso, anche se con riferimento alla formulazione dell'art. 323 c.p. successiva alla riforma del 1990, F. SICILIANO, *Abuso dell'abuso d'ufficio*, cit., 574 s.

<sup>68</sup> Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 7, cit., 78 ss.

<sup>69</sup> G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 111.

mento dell'ufficio per arrecare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio l'atto finiva per assumere sempre, concretamente, la connotazione tipica dell'eccesso almeno nella forma dello sviamento di potere: un atto abusivo, in quanto espressione di un abuso d'ufficio, era costantemente illegittimo, almeno da questo punto di vista<sup>70</sup>. Non poteva esistere un atto legittimo e tuttavia finalisticamente deviato<sup>71</sup>.

La validità o l'illegittimità dell'atto, quindi, non doveva considerarsi necessariamente un dato *a priori*: poteva «risultare *a posteriori* dall'insieme delle circostanze accertate»<sup>72</sup>.

Queste argomentazioni – sulle quali avremo modo di tornare in quanto ci portano al cuore della complessità dell'accertamento dell'abuso d'ufficio – non erano naturalmente esenti da profili di criticità. Per questa via, infatti, si finiva per dare vita a una sorta di circolo vizioso in cui ogni elemento fondava l'altro<sup>73</sup> e, soprattutto, l'abuso funzionale veniva identificato problematicamente, con una certa frequenza,

---

<sup>70</sup> F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 3 s.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 87; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 33. Anche A. PAGLIARO, *Relazione introduttiva*, cit., 21 sottolineava come l'abuso comportasse sempre l'illegittimità dell'atto, quanto meno per eccesso di potere. E. CONTIERI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 189 proponeva a riguardo la nozione di “illegittimità soggettiva”, che ricorda quella di abuso (o atto arbitrario) in senso soggettivo e si configura quando «l'atto è compiuto per uno scopo diverso da quello per il quale la legge attribuisce al pubblico ufficiale il potere di compierlo». Cfr. A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, cit., 9.

<sup>71</sup> Cfr. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 118.

<sup>72</sup> T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 176.

<sup>73</sup> A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 720 illustra criticamente, alla luce della giurisprudenza, questo fenomeno: attraverso la proiezione finalistica si poteva ricostruire l'elemento psicologico, che poteva a sua volta essere sintomo dello sviamento di potere che integrava l'abuso. Cfr. anche R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012, 80; S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, in T. PADOVANI (coordinato da), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 297.



nella mera proiezione finalistica di danno o vantaggio della condotta<sup>74</sup>. La verifica giudiziale sull'attività amministrativa si faceva penetrante in sede penale, attraverso un esame dell'atto, eseguito *a posteriori*, sotto il profilo della sua opportunità, della sua convenienza o dell'osservanza delle regole di buona amministrazione, come si è visto.

I limiti non erano facili da tracciare e molti malumori si diffusero nella pubblica amministrazione, elevando il livello dello scontro tra i poteri in gioco<sup>75</sup>. Come venne lucidamente descritto, si cominciò a negare proprio ciò che costituì il maggior motivo di tranquillità che assistette i fautori della riforma abolitiva del contenzioso amministrativo intervenuta nel 1865, durante il suo primo periodo di attuazione, «e cioè che sulla imparzialità e sulla obiettività della magistratura si potesse fare assegnamento più di quanto non fosse possibile farne conto nei riguardi della amministrazione»<sup>76</sup>.

A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, in particolare, apparve chiaro che il superamento dei contrasti tra il potere amministrativo e quello giudiziario si potesse promuovere soltanto attraverso un intervento normativo di ampio respiro, volto a riedificare lo statuto penale della P.A.

---

<sup>74</sup> G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 97: se è il giudice a poter “decidere” quali fini siano inibiti al soggetto, si comprende come e quanto sia facile svolgere una supervisione, *a posteriori*, su qualunque iniziativa dei pubblici amministratori. Cfr. anche G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 10.

<sup>75</sup> G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 79 evidenzia una vistosa interferenza del potere giudiziario nella sfera d'azione della P.A., con la pretesa di dettare implicitamente all'amministrazione criteri e direttive per la sua azione concreta. Come rileva S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 32 ss., peraltro, il principio di divisione dei poteri non implica in sé l'insindacabilità assoluta dell'attività amministrativa discrezionale da parte del giudice – non a caso esistono, nel nostro ordinamento, casi di giurisdizione amministrativa estesa al merito – ma è necessario ricordare lo specifico ruolo che il giudice penale è chiamato ad assolvere, verificando la conformità di una condotta alla fattispecie penale astratta, e i principi di legalità, tipicità, tassatività che caratterizzano la materia penale.

<sup>76</sup> G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 6.

### 3. Le riforme degli anni Novanta: scelte confliggenti in termini di tassatività e determinatezza

#### 3.1. Dall'abuso innominato d'ufficio alla riformulazione dell'art. 323 c.p. operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86: una fattispecie che acquista centralità nel sistema e genera nuove incertezze

Il deficit di determinatezza e tassatività dei reati di abuso innominato e di interesse privato in atti d'ufficio, registrato dalla dottrina, insieme alla capacità espansiva del peculato per distrazione, che consentiva di compiere delicate incursioni su aspetti della potestà amministrativa riguardanti la selezione degli interessi pubblici da realizzare in termini non troppo dissimili dagli altri due delitti<sup>77</sup>, sono dichiaratamente all'origine delle iniziative riformistiche successive che li hanno interessati, nell'ambito, tuttavia, di un'ampia operazione di riordino dell'intero settore dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.

Le prime proposte di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione risalgono agli anni Sessanta<sup>78</sup>, ma è a metà degli anni Ottanta,

---

<sup>77</sup> T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 999. Le ragioni dell'ostilità nei confronti del peculato per distrazione si trovavano nelle dilatazioni applicative, in sede giurisprudenziale, del concetto di distrazione. Salvi alcuni temperamenti successivi, per lungo tempo si era ritenuta sufficiente una qualsiasi deviazione delle risorse pubbliche verso uno scopo diverso da quello predeterminato, ancorché comunque pubblico: cfr. P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 2. Per una riflessione sulle proposte di riforma formulate in materia prima del 1990 cfr. F.C. PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 195 ss.

<sup>78</sup> Cfr. Disegno di legge presentato alla Camera dal Ministro di Grazia e Giustizia Oronzo Reale il 6 febbraio 1968 recante il titolo "Modificazione al Codice Penale", n. 4849, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 182 ss. Per quanto riguarda l'art. 324 c.p., si vuole evitare che il pubblico ufficiale venga punito per il solo fatto che egli si sia servito della sua funzione per un fine privato, indipendentemente dalla valutazione degli effetti che detta attività abbia prodotto per la pubblica amministrazione o per il privato. Si limita così la punibilità del delitto di interesse privato in atti d'ufficio al solo caso in cui il pubblico ufficiale abbia tratto per sé o per altri un profitto ovvero abbia cagionato alla pubblica amministrazione un danno (p. 193). Cfr., sul punto, F. BRICOLA, *Tutela*

durante la IX legislatura, che si concretizzano alcune iniziative degne di rilievo.

La Proposta di legge Violante (n. 2793) prevedeva l'abrogazione degli artt. 323 c.p. e 324 c.p. con inserimento di due fattispecie autonome (artt. 315 e 315-ter c.p.) caratterizzate dalla condotta "abusiva", ma distinte in base al fine preso di mira e alle conseguenze della condotta abusiva. L'abuso d'ufficio a profitto privato (art. 315 c.p.) era integrato dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che compiva un atto illegittimo al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, se dal fatto derivava tale profitto, mentre l'abuso d'ufficio a danno altrui (art. 315-ter c.p.), dai caratteri analoghi, si differenziava dal primo per la presenza dell'elemento del danno ingiusto in luogo del profitto<sup>79</sup>. Le condotte venivano quindi selezionate e ridotte alle sole che integrassero un atto illegittimo. Il dolo specifico, ma soprattutto l'elemento del profitto o del danno, miravano a evitare che si ripetessero i pericoli di sovrapposizione dell'illecito penale all'illegittimità amministrativa e a superare i problemi di determinatezza che le norme da abrogare avevano suscitato.

Il Disegno di Legge Vassalli (n. 1250) si proponeva di riportare chiarezza nei rapporti tra l'abuso d'ufficio e l'interesse privato in atti d'ufficio – che non venivano abrogati – e a rendere meno evanescente la figura di cui all'articolo 324 del codice penale<sup>80</sup>. La prevaricazione e il favoritismo indebito che scaturiva dalla violazione del dovere di imparzialità venivano ricondotti al meno grave delitto di abuso d'ufficio<sup>81</sup>,

---

*penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., 563 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 19.

<sup>79</sup> Proposta di Legge n. 2793 (Camera dei Deputati) *Modifiche alle norme in materia di delitti contro la pubblica amministrazione*, presentata l'11 aprile 1985, in [https://www.camera.it/\\_dati/leg09/lavori/stampati/pdf/27930001.pdf](https://www.camera.it/_dati/leg09/lavori/stampati/pdf/27930001.pdf).

<sup>80</sup> Disegno di Legge n. 1250 (Senato della Repubblica) *Nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, comunicato alla Presidenza il 15 marzo 1985, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/278244.pdf>. Per un'analisi della proposta di riforma cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 20 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 162 ss.

<sup>81</sup> L'art. 323 c.p. (Abuso di ufficio) veniva così riformulato dal Disegno di Legge Vassalli (n. 1250): «Il pubblico ufficiale che abusa dei poteri inerenti alle sue funzioni

mentre l'interesse privato si sostanziava nel conseguimento di un vantaggio approfittando di una specifica posizione rivestita nella amministrazione<sup>82</sup>. Più precisamente, però, le nuove norme sembravano scritte per distinguere tra atti di imperio e atti di gestione. L'abuso d'ufficio ricomprendeva le condotte prevaricatrici volte a recare ad altri un danno ingiusto e quegli atti di indebito favoritismo che si traducevano in un atto amministrativo unilaterale, visto che il Disegno di Legge Vassalli aggiungeva all'originaria ipotesi di abuso dei poteri la violazione del dovere di imparzialità per favorire indebitamente taluno, mentre l'art. 324 c.p. vietava specifiche condotte del pubblico ufficiale – quali l'assunzione di «partecipazioni o altre cointeressenze in concessioni, appalti, o altri atti o contratti in cui sia parte la pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio» – che si potevano ricondurre agli atti di gestione.

La mancata introduzione nell'art. 323 c.p. di un evento di danno o di profitto conservava la soglia di punibilità al livello della sola condotta abusiva, sorretta dal dolo specifico, senza innovare sul punto rispetto alla versione del 1930. Il delitto di interesse privato in atti d'ufficio, invece, presentava caratteri ben diversi rispetto al suo possibile antenato, eliminando dalla struttura della norma la condotta di generica presa di interesse, sostituita con comportamenti specifici intesi a esprimere più compiutamente lo sfruttamento concreto dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale<sup>83</sup>.

La riforma dei delitti contro la P.A. venne varata solo nel corso della X Legislatura, al termine di un dibattito molto vivace, e rappresenta

per recare ad altri un ingiusto danno, ovvero viola il dovere di imparzialità per favorire indebitamente taluno, è punito, salvo che il fatto non sia previsto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire due milioni».

<sup>82</sup> L'art. 324 (Interesse privato in atti d'ufficio), secondo il Disegno di Legge Vassalli (n. 1250), avrebbe dovuto essere così disciplinato: «Il pubblico ufficiale che direttamente o per interposta persona o con atti simulati o con qualsiasi altro mezzo fraudolento, assume partecipazioni o altre cointeressenze in concessioni, appalti, o altri atti o contratti in cui sia parte la 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 duecentomila a lire due milioni».

<sup>83</sup> Cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 21.

ancora oggi una delle più importanti revisioni della parte speciale del codice penale<sup>84</sup>.

Abrogati i reati di peculato per distrazione (espunto dall'art. 314 c.p.), malversazione a danno dei privati (art. 315 c.p.) e di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.), la l. 26 aprile 1990 n. 86 aveva l'obiettivo di potenziare il controllo su forme di illecita appropriazione di risorse pubbliche e di prevaricazione in danno dei cittadini. Più nello specifico, la riforma si proponeva di trasformare il delitto previsto dall'art. 323 c.p. da fattispecie residuale di chiusura in fattispecie centrale nella responsabilità penale del funzionario pubblico, accogliendo al suo interno una buona parte delle ipotesi riconducibili ai reati abrogati: con la revisione della fattispecie si volevano «colmare i “vuoti di tutela” derivanti dall'abrogazione del delitto [di] peculato per distrazione e di quello di interesse privato in atti d'ufficio»<sup>85</sup>. L'abuso d'ufficio non era più il presidio estremo dell'imparzialità e del buon andamento della P.A., quanto invece lo strumento di tutela per eccellenza «rispetto a condotte abusive teleologicamente caratterizzate dal favoritismo, dalla prevaricazione o dall'indebito profitto»<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Per un'analisi approfondita delle diverse proposte cfr. P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 3.

<sup>85</sup> M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 131. Cfr. anche A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 3; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 88; G. CONTENUTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 213 ss.

<sup>86</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 81. Come riconosciuto da Cass., SS.UU., 20 giugno 1990, in *Giust. Pen.*, II, 1990, 513, le previgenti figure di interesse privato e di abuso innominato d'ufficio erano confluite nel nuovo art. 323 c.p. La Cassazione ritenne infatti che, rispetto alle previgenti fattispecie, si fosse di fronte a un fenomeno successorio, utilizzando la teoria della “continuità del tipo di illecito” (nesso di continuità e omogeneità delle previsioni). Sempre nell'ottica della continuità tra peculato per distrazione e abuso si è posta invece Cass., 16 maggio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 3024: cfr. S. CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 1997, 1938 ss. Critico rispetto all'interpretazione favorevole alla successione di leggi meramente modificative: S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubbli-*

Allo stesso tempo, vista l'esigenza di arginare fenomeni diffusi di supplenza giudiziaria, la riforma mirava a superare le incertezze interpretative che avevano caratterizzato i delitti riformati o abrogati<sup>87</sup>.

Il piano del legislatore era ambizioso, anche se intrinsecamente contraddittorio: si voleva, da un lato, garantire agli operatori della pubblica amministrazione una maggiore libertà d'azione e una minor esposizione al rischio penale; dall'altro, reprimere efficacemente le condotte di prevaricazione e, soprattutto, quella che potremmo chiamare *maladministration* affaristica<sup>88</sup>.

L'art. 13 della legge n. 86/1990 riscrisse l'art. 323 c.p., superando definitivamente l'idea ottocentesca della mera prevaricazione e ricomprendendovi tutte le ipotesi in cui, salvo che il fatto costituisse più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale (favoritismo non venale) o per arrecare ad altri un danno ingiusto (abuso prevaricatore), abusasse del suo ufficio. Fu prevista poi un'ipotesi di abuso caratterizzata da un trattamento di maggior rigore – con un incremento di pena molto significativo, visto che la pena massima dell'abuso semplice, due anni, era il minimo dell'ipotesi aggravata che contemplava invece una pena massima di cinque anni di reclusione – nel caso in cui il vantaggio avesse carattere patrimoniale (favoritismo venale), anche se l'intreccio tra vantaggi di tipo patrimoniale e non patrimoniale, che si verifica spesso nella prassi, ostacolava di molto la

---

*ca amministrazione*, cit., 175 ss. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1203, parla del nuovo art. 323 c.p. come della fattispecie «fulcro del sistema politico-amministrativo».

<sup>87</sup> Per il peculato per distrazione, vi era ancora incertezza sul fatto che il reato potesse essere integrato solo dall'utilizzazione di risorse pubbliche al di fuori degli scopi istituzionali dell'ente o, più in generale, per scopi diversi da quelli stabiliti in violazione delle norme che disciplinano il loro storno ad altro capitolo di bilancio. In materia di interesse privato in atti d'ufficio, invece, la Cassazione si era limitata ad affermare che la condotta costitutiva del reato consisteva nello sfruttamento dell'ufficio pubblico per scopi diversi dal pubblico interesse, ma aveva finito per reprimere condotte di natura molto diversa tra loro. Cfr. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 9.

<sup>88</sup> E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1024 parla di fatti di «affarismo e disonestà all'interno dei pubblici apparati».

distinzione tra le due finalità che esprimevano il contenuto del dolo specifico<sup>89</sup>.

Già presente in altri reati, come il peculato e la corruzione, l'incaricato di pubblico servizio affiancò il pubblico ufficiale tra i soggetti attivi del reato di concussione e di abuso d'ufficio per assicurare alle due figure di agenti un trattamento paritario, in considerazione del fatto che, per esempio, alcune delle più gravi forme di abuso non provenivano solo dai pubblici ufficiali, ma anche da soggetti titolari di servizi pubblici di particolare importanza<sup>90</sup>, e che si voleva evitare che le condotte di distrazione dell'incaricato di pubblico servizio, rientranti nel delitto di peculato prima della riforma, rimanessero altrimenti del tutto prive di rilevanza penale<sup>91</sup>.

Il reato uscì dalla categoria degli abusi di potere connessi alla sola qualità di pubblico ufficiale<sup>92</sup>.

La nuova clausola di riserva rese l'abuso applicabile solo se il fatto non costituiva più grave reato: da indeterminata era diventata "relativamente in/determinata"<sup>93</sup>. Il nuovo abuso d'ufficio cessò poi di essere

<sup>89</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 247; l'Autore (cfr. p. 245) esclude che l'ipotesi di cui al comma 2 possa costituire una circostanza aggravante dell'abuso d'ufficio: si tratterebbe di una fattispecie autonoma di reato. Anche R. RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 120 conclude per il carattere autonomo delle due previsioni. Nello stesso senso: S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 263; 268. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 84 è critico rispetto alla valutazione operata dal legislatore, per il quale l'abuso non patrimoniale sarebbe sempre e necessariamente meno grave dell'abuso patrimoniale. L'abuso perpetrato allo scopo di stendere una vasta rete clientelare, per esempio, corromperebbe l'integrità dell'azione amministrativa assai più profondamente e intensamente di quello commesso per lucrare un profitto economico occasionale.

<sup>90</sup> C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 19.

<sup>91</sup> M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 352; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 134; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 46.

<sup>92</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2020, 274.

<sup>93</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 235; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1203; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 276 s. S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 304 e

“innominato” nell’indicazione della rubrica, dalla quale fu espunto il riferimento ai “casi non preveduti specificamente dalla legge”<sup>94</sup>.

Per limitare il campo applicativo del reato, il legislatore introdusse il requisito dell’ingiustizia del vantaggio o del danno perseguiti dal pubblico agente, ma come la dottrina aveva già chiarito con riferimento alla precedente versione del reato, il dolo specifico pur arricchito, da solo, non poteva selezionare i fatti davvero dannosi, né rendere la fattispecie tassativa<sup>95</sup>. Quest’ultima appariva espressiva di un diritto penale molto più dell’intenzione che del fatto<sup>96</sup>; se il dolo specifico poteva forse con-

---

A. MELCHIONDA, *La riforma dell’“abuso d’ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell’emergenza da Covid-19*, cit., 10 parlano di “sussidiarietà limitata”. L’importanza pratica della riforma si coglie nel rapporto con l’omissione di atti d’ufficio, facendo prevalere (salvo riforme in punto pena) l’art. 323 c.p. In A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 276; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 19; A. MERLI, *Sindacato penale sull’attività amministrativa e abuso d’ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 274 e in F.C. PALAZZO, *Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 451 si qualifica la clausola come “clausola di consunzione”.

<sup>94</sup> Cfr. T. PADOVANI, *L’abuso d’ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 79.

<sup>95</sup> Cfr. sul punto, magistralmente, F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell’art. 323 c.p.*, cit., 985 ss., nonché V. SCORDAMAGLIA, *L’abuso d’ufficio*, cit., 202 ss. *Contra*, come già evidenziato, L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, cit., 281 ss. che critica ampiamente la tendenza a negare la funzione tipizzante del nesso teleologico tra condotta-base e dolo specifico. Come evidenzia A. MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, cit., 9, però, la capacità selettiva del dolo specifico si rivelò limitata, poiché nell’ampia gamma delle situazioni offerte dalla prassi era quasi sempre possibile poter presumere che ci fosse una qualche finalità di vantaggio per il pubblico ufficiale o per i terzi, almeno in via indiretta (per esempio in termini di credibilità politica, come riconosciuto dalla giurisprudenza).

<sup>96</sup> S. VINCIGUERRA, *L’abuso d’ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 859. Anche A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio*, cit., 26, parla di fattispecie incentrata solo sul disvalore dell’intenzione.



tribuire a lumeggiare i profili di tipicità di una fattispecie, di certo non la fondava essendo pur sempre un contenuto della volontà<sup>97</sup>.

In senso opposto rispetto all'obiettivo preso di mira, infatti, la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio finì per creare un «gigantesco contenitore»<sup>98</sup>, una «fattispecie onnivora»<sup>99</sup>, facendo rientrare nel reato non solo le condotte riconducibili all'abrogato peculato per distrazione<sup>100</sup> e all'interesse privato in atti d'ufficio<sup>101</sup> o alcune ipotesi di omissione di atti d'ufficio caratterizzate dal necessario dolo specifico, con un prevalente alleggerimento delle conseguenze sanzionatorie per i pubblici amministratori, ma – ancora un volta – anche casi di illegittimità amministrativa qualificabili come eccesso di potere, «l'unica specie di invalidi-

---

<sup>97</sup> A. SIRANI, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio. Il commento*, cit., 1142. Come rileva V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1214, si riscontravano decisioni che inferivano la sussistenza del dolo dalla strumentalizzazione dell'atto.

<sup>98</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 276.

<sup>99</sup> F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 14.

<sup>100</sup> In senso contrario cfr. tuttavia, per esempio, A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1395, che riteneva che la distrazione fosse ora ricompresa nell'appropriazione e pertanto nell'art. 314 c.p. (per quanto riguarda le distrazioni a profitto privato). Anche G. FORNASARI, *Peculato*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 119 s. si sofferma su questo aspetto. Nell'art. 314 c.p. continuerebbero a essere ricondotte le ipotesi di sviamento dai fini tipici per scopi privati, in quanto logicamente rientranti nel concetto di appropriazione, e non invece quelle in cui la finalità perseguita sia diversa da quella prescritta, ma comunque riconducibile all'attività della P.A. (in questo caso, in presenza degli altri requisiti, si potrebbe configurare invece un abuso d'ufficio). Se la destinazione fosse diversa da quella prescritta, ma addirittura compatibile con le finalità dell'ente, la condotta non sarebbe di regola penalmente rilevante. Nello stesso senso M. PELISSE-RO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 436. *Contra* A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 115 s. Sul tema torneremo nel capitolo conclusivo del presente lavoro.

<sup>101</sup> Come rileva anche L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 285, nonostante l'abrogazione espressa delle fattispecie, la giurisprudenza si è orientata per la qualificazione in termini di successione impropria: solo una parte della loro illiceità penale è stata eliminata, essendo confluita per il resto nella riformulata fattispecie dell'abuso d'ufficio.

tà amministrativa che permette realmente di controllare l'eventuale strumentalizzazione dell'ufficio pubblico per fini privati»<sup>102</sup>. L'attività discrezionale della pubblica amministrazione rimaneva sindacabile dal giudice penale attraverso questo parametro: nulla era cambiato rispetto al passato.

Se nella versione precedente l'art. 323 c.p. esigevo la commissione di un fatto non ben determinato nei suoi contorni, ma comunque almeno caratterizzato dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni<sup>103</sup>, in questo modello, anche in conseguenza dell'inclusione dell'incaricato di pubblico servizio tra i soggetti attivi, la condotta criminosa si fondava sul concetto, ancora più indeterminato, di "abuso d'ufficio": un concetto troppo vago e generico per essere idoneo a fornire un indirizzo preciso<sup>104</sup>. Come la dottrina precisò puntualmente, il legislatore, eliminate alcune figure di reato considerate ambigue, in modo incoerente chiamò a succedere loro una fattispecie incentrata unicamente sul dolo specifico<sup>105</sup>.

La riforma del 1990, nonostante i suoi nobili fini, aveva creato uno strumento non meno pervasivo di quelli offerti dal Codice Rocco, rimettendo il controllo «a una ermeneutica giudiziaria sguarnita del vincolo normativo»<sup>106</sup>. All'autorità giudiziaria era consentito sostituire una propria valutazione dell'imparzialità o dell'opportunità dell'atto rispetto a quella operata dall'autorità amministrativa, con un margine di di-

<sup>102</sup> M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 262. C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 60 ricorda come l'abuso penalmente rilevante finisse per «coincidere con la nozione amministrativistica di *eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica*».

<sup>103</sup> Poteri da intendersi connotati, come chiarisce L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 189, dalla capacità di incidere unilateralmente nelle sfere giuridiche altrui. Cfr. anche L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, cit., 276 ss., per un'analisi della fattispecie come riformata.

<sup>104</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 301 s.

<sup>105</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 207.

<sup>106</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, cit., 235. Cfr. sul punto la ricostruzione di T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1001 s. In termini critici cfr. anche L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 347 e R. ZANNOTTI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2004, 1819 ss.

screzionalità giudicato dalla dottrina addirittura più ampio di quello precedente<sup>107</sup>, se non illimitato<sup>108</sup>.

Secondo alcune definizioni offerte da questa, non diverse da quelle fatte proprie dalla giurisprudenza, poteva costituire abuso d'ufficio «omettere di esercitare il potere od esercitarlo in modo difforme da come prescritto»<sup>109</sup> e quindi in violazione delle norme che regolano l'esercizio dell'attività pubblica, oppure, in una prospettiva diversa, ma in linea con la tradizione, una «oggettiva strumentalizzazione dell'ufficio», con «alterazione delle finalità istituzionali»<sup>110</sup>. L'abuso poteva essere integrato da una utilizzazione dei poteri che alterasse oggettivamente la finalità istituzionale che il soggetto pubblico era tenuto a perseguire con quel potere: da ogni distorsione funzionale dei poteri per uno scopo diverso da quello per il quale i poteri erano stati attribuiti (abuso funzionale). Poteva integrare l'abuso anche la violazione dell'obbligo di astensione con la finalità sopra descritta<sup>111</sup>.

Distinguendo tra attività discrezionale e attività vincolata, come qualche autore ha cercato di fare, lo sviamento dai fini istituzionali poteva aversi nel primo caso attraverso la figura dell'eccesso di potere per sviamento dalla funzione tipica, nel secondo caso in virtù della viola-

---

<sup>107</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 562 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, V, 1999, 329 ss.; E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1030; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 19.

<sup>108</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 200.

<sup>109</sup> A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1405. L'Autore rileva tuttavia come questa definizione non riesca a definire bene la condotta, visto che vi rientrano anche le inosservanze minime dei doveri funzionali.

<sup>110</sup> F.C. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 830; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 21. Cfr. anche P.M. LUCIBELLO, *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994, 86 ss.; R. RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 115 s.; S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 238. In giurisprudenza: Cass., 1 febbraio 1993, in *Giust. Pen.*, II, 1993, 619.

<sup>111</sup> Cfr. C.F. GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 320 ss. Per un'ampia analisi delle diverse definizioni cfr. P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 4.

zione di norme vincolanti e/o in ipotesi di errata individuazione dei presupposti per l'esercizio dell'attività amministrativa<sup>112</sup>.

Nella prassi, con la copertura delle definizioni sopra offerte o dell'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, per cui l'abuso doveva consistere in un «esercizio illegittimo del potere pubblico»<sup>113</sup>, finì per ricadere nell'art. 323 c.p. ogni condotta sintomatica di una cattiva amministrazione commessa con dolo specifico<sup>114</sup> (una sorta di abuso/atto arbitrario in senso soggettivo, nell'accezione manziniana).

In linea col passato si affermava che, se – come spesso accadeva – l'attività del soggetto pubblico si concretizzava in un'attività giuridica, cioè nel compimento di atti amministrativi in senso tecnico, l'abuso non poteva che tradursi, di fatto, in atti amministrativi illegittimi, anche se la valutazione dell'esistenza dei vizi da parte del giudice penale non era funzionale agli effetti del giudizio sulla validità dell'atto, bensì a quelli dell'accertamento della condotta tipica del reato<sup>115</sup>.

I rischi ben noti si ripresentavano all'orizzonte, forse con maggior urgenza. Mentre il vizio dell'atto, se poteva rappresentare un indizio, non implicava necessariamente l'esistenza dell'abuso<sup>116</sup>, che richiedeva il dolo specifico e l'ingiustizia del vantaggio o del danno perseguito ed esprimeva più compiutamente la sua illegittimità nello sviamento di potere<sup>117</sup>, un'astratta legittimità dell'atto, sul piano amministrativo, non escludeva che il giudice penale, anche grazie all'ampiezza dei poteri di cui disponeva, a differenza del giudice amministrativo, potesse ritenere sussistente una distorsione funzionale per eccesso di potere alla luce

<sup>112</sup> G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, cit., 349.

<sup>113</sup> Cass., SS.UU., 20 giugno 1990, in *Giust. Pen.*, II, 1990, 513 ss.

<sup>114</sup> A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1405.

<sup>115</sup> C.F. GROSSO, *L'abuso di ufficio*, cit., 320; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 69; S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 243. Come ricorda A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1396, lo sviamento di potere in cui si sostanzia l'abuso produce necessariamente un vizio di legittimità dell'atto.

<sup>116</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 253; P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 8; A. LANDOLFI, *Brevi riflessioni de iure condito e de iure condendo*, in *Giur. merito*, 1998, 1094 ss.; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 22.

<sup>117</sup> Cass., 5 dicembre 1994, in *Giust. Pen.*, II, 1995, 658, per cui lo sviamento di potere si sostanzia nell'esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale. Cfr. M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 7.

della presenza di una finalità privata e quindi, anche se questo aspetto finiva per assumere un'importanza secondaria, riscontrare l'illegittimità dell'atto. Nonostante una parte della dottrina continuasse ad affermare che la valutazione del giudice penale riguardava la correttezza del procedimento seguito per l'emanazione dell'atto allo scopo di stabilire se le regole fossero state violate per il raggiungimento di uno scopo diverso da quello previsto dalla legge<sup>118</sup>, uno sguardo attento alle implicazioni di tale lettura e alle argomentazioni frequentemente riproposte sul punto poteva permettere di cogliere come la finalità perseguita, anche da sola, potesse rendere abusivo il fatto<sup>119</sup>.

Rimaneva attualissimo il problema posto dall'indeterminatezza del concetto di abuso d'ufficio che suscitava un diffuso timore tra gli amministratori onesti: distinguendo tra abuso penalmente rilevante e mera illegittimità amministrativa solo in base alla finalità perseguita e quindi prestandosi a criminalizzare qualunque atto amministrativo illegittimo<sup>120</sup> e, soprattutto, facendo derivare l'illegittimità proprio dall'accertamento della finalità privatistica, anche grazie ai confini poco definiti della nozione di eccesso di potere, il reato poteva fungere da contenitore di un numero indeterminato di condotte di cattiva amministrazione. La ricerca del fine improprio – con l'asservimento a esso della condotta – dilatava sensibilmente l'area del penalmente rilevante<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 250.

<sup>119</sup> Cfr. A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 721, per un'analisi critica a partire da una sentenza di merito e A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 267. *Contra*, però, la giurisprudenza minoritaria rappresentata da Cass., 23 febbraio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 556 s., dove viene richiesto un primo sindacato sulla legittimità dell'atto, imponendosi che solo dove si ravvisi la sussistenza di un vizio dell'atto si dovrà proseguire l'indagine diretta a verificare se la già accertata illegittimità sia stata compiuta al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, così realizzando lo sfruttamento indebito dell'ufficio. Per un'analisi della giurisprudenza formata sul punto cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1213 s.

<sup>120</sup> S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 860.

<sup>121</sup> A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, cit., 16.

In alcune occasioni, conducendo un penetrante sindacato sull'attività della pubblica amministrazione attraverso il vaglio delle modalità di esercizio del potere amministrativo e delle finalità perseguite, la magistratura finì per desumere l'abuso d'ufficio dalla mera assenza di un interesse pubblico percepibile e per rivalutare nel merito le scelte politico-amministrative<sup>122</sup>. In altre, con tecniche non meno censurabili anche se utilizzate in difesa di una sorta di moralità amministrativa<sup>123</sup>, strumentalizzò l'abuso d'ufficio per soddisfare esigenze investigative:

---

<sup>122</sup> Cfr. A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 4; E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1030; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 36. G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, in *Criminalia*, 2016, 401, parla di sindacato esteso a profili adiacenti al merito amministrativo (congruità e opportunità della decisione amministrativa). La genericità del dettato normativo era stata fatta oggetto, non a caso, di plurime questioni di legittimità costituzionale (la prima delle quali fu sollevata con ord. Tribunale di Piacenza, ufficio G.i.p., 16 aprile 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138 s.), sulle quali la Corte non si pronunciò solo perché nelle *more* era intervenuta la riforma del 1997 (cfr. ord. Corte cost., 7 novembre 1997, n. 327, in <https://www.giurcost.org/decisioni/1997/0327o-97.htm>, e ord. Corte cost., 5 febbraio 1998, n. 14, in *Giur. cost.*, 1998, 74. In quest'ultima pronuncia, in particolare, secondo il remittente – che ripropone questioni già sollevate con le ordinanze poste alla base della prima ordinanza con cui gli atti sono stati restituiti ai giudici remittenti – la disposizione sarebbe stata in contrasto con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto fattispecie non tassativa e non sufficientemente determinata, dato il carattere generico, indeterminato e neutro della locuzione "abusa del suo ufficio", applicabile a qualsiasi vizio di tipo amministrativo. La fattispecie non avrebbe acquistato sufficiente determinatezza in forza della previsione del dolo specifico, la cui prova, nell'interpretazione giurisprudenziale, sarebbe stata spesso tratta dalla mera illegittimità dell'atto e del comportamento. Sempre ad avviso del giudice *a quo*, la norma sarebbe stata in contrasto altresì con l'art. 97, primo comma, della Costituzione, e in particolare con il buon andamento della pubblica amministrazione in quanto, per la sua insufficiente determinatezza, avrebbe consentito al giudice penale di penetrare nella sfera di valutazione discrezionale dell'amministrazione, generando un clima non favorevole alla serenità delle attività amministrative). Cfr. sul punto C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 88 s.; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 268; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 24 s.

<sup>123</sup> G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 22.

la contestazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. rappresentò il grimaldello per incursioni approfondite nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione al fine di intercettare ipotesi di reato ben più pregnanti (corruzione o concussione)<sup>124</sup>. I conflitti tra potere giudiziario e amministrazione pubblica, già forti prima della riforma del 1990 e mai superati dopo di essa, vennero comprensibilmente esasperati dal clima di intolleranza suscitato da Tangentopoli<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> P. PISA, voce *Abuso d'ufficio (Postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1, Roma, 1998, già evidenziava come l'uso spregiudicato della norma dipendesse dall'azione di alcuni pubblici ministeri, mentre si poteva segnalare una più prudente applicazione della norma da parte della magistratura giudicante. Cfr. altresì C.F. GROSSO, *L'abuso di ufficio*, cit., 321; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 31; G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 402; A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 15, la quale rileva come spesso l'abuso d'ufficio a vantaggio di terzi nasconda un accordo corruttivo tra soggetto pubblico e quello avvantaggiato configurandosi, se provato, solo il delitto di corruzione, in forza della clausola di riserva di cui all'art. 323 c.p. Come rileva ID., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 24, i pubblici ministeri non facevano mistero di contestare l'art. 323 c.p. per cercare di risalire a più gravi fatti di corruzione: l'abuso veniva contestato quando non veniva provato il passaggio di denaro.

<sup>125</sup> E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1030. Cfr. altresì M. SCOLETTA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 448; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 884 s. Come ben viene descritto da A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 277, si diffuse «presso i giudici, ma soprattutto presso i p.m., [del]la convinzione di poter 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, che cosa era doveroso per il funzionario». Cfr. anche L. MARINI, *Le procedure amministrative e contabili e il controllo del giudice penale*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 264 ss., che sottolineava come l'attività della magistratura fosse caricata nell'opinione pubblica di significati e conseguenze che non le appartenevano.

### 3.2. *La riforma del 1997 tra obiettivi perseguiti e plurime criticità*

#### 3.2.1. *Origine della riforma del 1997: gli obiettivi del legislatore*

Una nuova riforma non si fece attendere troppo, vista l'urgenza di incidere in modo radicale sulla delimitazione della portata incriminatrice della norma<sup>126</sup>.

Con d.m. 23 febbraio 1996 Vincenzo Caianello, allora Ministro di Grazia e Giustizia, istituì una Commissione di studio, presieduta dall'amministrativista Morbidelli, con il compito di recuperare la tipicità dell'abuso d'ufficio, definendo con precisione le ipotesi in cui il reato si sarebbe configurato.

I lavori si conclusero nel giugno 1996 con l'elaborazione di un progetto caratterizzato dalla scomposizione della figura di abuso in tre distinti reati: la prevaricazione, il favoritismo affaristico e lo sfruttamento privato, che miravano rispettivamente a realizzare un danno verso altri, un vantaggio patrimoniale per altri e un vantaggio patrimoniale per se stessi<sup>127</sup>. La nozione di abuso d'ufficio veniva abbandonata dalla pro-

---

<sup>126</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 32 ss. ricorda come a soli due anni di distanza dalla riforma del 1990 si fosse già avvertita l'esigenza di intervenire nuovamente sulla norma. Lo stesso Presidente Scalfaro, nel corso del messaggio che alla fine del 1995 rivolgeva alla Nazione, parlò dell'abuso d'ufficio come di un dente cariato da estirpare. Cfr. anche A. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 34; ID., *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 12.

<sup>127</sup> Per i lavori della Commissione Morbidelli cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 34 ss. (dove è riprodotto, a pag. 36, il testo della proposta di riforma); A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1396; ID., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 106: Pagliaro fu vicepresidente della Commissione, che concluse i lavori presentando un progetto di legge e una relazione al nuovo Guardasigilli, Giovanni Maria Flick. Cfr. anche C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 26 ss.; D. GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistematiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 139 ss.; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1219 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 27 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 110 ss.



posta di riforma, ma non veniva sostituita con nozioni specificamente tratte dal diritto amministrativo; la condotta abusiva si doveva concretizzare nell'esercitare oppure omettere di esercitare «in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio».

Elemento essenziale delle nuove figure di reato era l'evento di danno o di profitto patrimoniale ingiusto, mentre il reato di prevaricazione e quello di sfruttamento privato erano caratterizzati dal dolo intenzionale; per il favoritismo affaristico il dolo generico veniva rafforzato attraverso il requisito della consapevolezza dell'ingiustizia del risultato (presente comunque anche nelle altre fattispecie). Le ipotesi di responsabilità per favoritismo affaristico e per sfruttamento privato dell'ufficio venivano declinate in senso unicamente patrimonialistico e si introducevano una serie di cause di non punibilità, come quella per fatti patrimoniali di minore importanza, sempre che il danno (nell'importo massimo di dieci milioni di lire) fosse stato riparato per l'intero non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

Il progetto della Commissione non venne tuttavia accolto favorevolmente dalla maggioranza al Governo, complice l'estrema sensibilità maturata in materia dall'opinione pubblica e un cambio di titolarità del Dicastero di Grazia e Giustizia; nuovi disegni di legge vennero elaborati in sede parlamentare.

I Lavori preparatori della II Commissione Permanente (Giustizia) del Senato e della Camera testimoniano un dibattito molto approfondito, entro il quale sono messe in luce le difficoltà di tipizzazione del reato che derivavano dalla sovrapposizione continua tra profili di diritto penale e di diritto amministrativo e la debolezza selettiva del dolo specifico in relazione all'ingiustizia del vantaggio o del danno<sup>128</sup>.

Dopo un *iter* piuttosto travagliato, la riforma giunse in porto nell'estate nel 1997.

---

<sup>128</sup> Cfr. per esempio il Resoconto della II Commissione Permanente Giustizia (Camera) dell'8 gennaio 1997, in [http://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/\\_dati/leg13/lavori/bollet/199701/0108/html/02/&pagpro=22n3&all=off&commis=02](http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg13/lavori/bollet/199701/0108/html/02/&pagpro=22n3&all=off&commis=02). Al Senato, precedentemente, cfr. il Resoconto della II Commissione Permanente Giustizia dell'8 ottobre 1996, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/15705.pdf>, quando venne approvato il testo base.

Le ragioni politico-criminali sottese alla riforma introdotta con la l. 16 luglio 1997 n. 234 furono analoghe a quelle dell'intervento riformatore pregresso: si volevano cancellare, ancora una volta, gli spazi di discrezionalità più significativi che avevano accompagnato la vita tormentata della precedente formulazione dell'art. 323 c.p., limitando il controllo penale sull'attività amministrativa. Per ottenere questo risultato bisognava sottrarre al giudice penale il controllo sull'eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio<sup>129</sup>.

Con la riforma del 1997 il riferimento all'“abuso” rimase nella rubrica, ma scomparve dal corpo della disposizione e il legislatore scolpì una fattispecie dalla geometria protesa alla frammentarietà<sup>130</sup>: la condotta consistente nell'abuso dell'ufficio fu sostituita con due modalità della condotta più specifiche, ma pur sempre capaci di concretizzarsi sia in un'attività giuridica sia in un'attività materiale<sup>131</sup>, compiute “nel-

---

<sup>129</sup> M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 262. Cfr. anche R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 882; L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 118.

<sup>130</sup> 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*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 32.

<sup>131</sup> A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 38; M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 354; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 134; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 110; ID., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato. Tomo II*, V ed., Milano, 2021, 926; 961. Per una lettura favorevole all'integrazione dell'abuso mediante un'attività materiale commessa in violazione di legge o di regolamento cfr. anche A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 262, il quale ricorda l'esempio di un conducente di un autobus di linee urbane che fa scendere tutti i trasportati a seguito della lite con uno di essi, violando così, con il suo comportamento materiale, la normativa che disciplina il rapporto di pubblico servizio che impone di trasportare gli utenti con il mezzo a lui affidato (cfr. Cass., 9 novembre 1999, n. 1813, in *Cass. pen.*, 2001, 842). *Contra* A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Indice Pen.*, 1998, 19, per il quale le attività materiali dovrebbero restare fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 323 c.p. poiché non sussisterebbe né una violazione di legge né una violazione di regolamento.

lo svolgimento della funzione o del servizio” – e quindi che si riferiscono, ineriscono oggettivamente, ai compiti istituzionali propri della funzione o del servizio; ne costituiscono, detto altrimenti, una modalità di esplicazione<sup>132</sup> – e caratterizzate l’una dalla necessaria violazione di una norma di legge o di regolamento e l’altra dalla mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. Il precedente connotato strutturale della condotta (“abusa del suo ufficio”) fu convertito in un suo “requisito modale”<sup>133</sup>, ma ridotto nei termini di identificazione.

L’abbandono del modello di reato a dolo specifico a favore di un inedito dolo intenzionale – con il riferimento all’intenzione di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero di arrecare ad altri un danno ingiusto – e la trasformazione in elemento costitutivo essenziale, l’evento, dell’ingiusto vantaggio o del danno ingiusto, che nella versione precedente costituivano semplice oggetto di dolo specifico<sup>134</sup>, completarono il quadro delle modifiche strutturali introdotte.

---

<sup>132</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sist. pen.*, 7, 2020, 139 sottolinea come rimangano penalmente irrilevanti i comportamenti occasionati soltanto dallo svolgimento delle funzioni ovvero quelli tenuti come soggetto privato, senza servirsi dell’attività funzionale svolta. C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 63 evidenzia che è esclusa dalla norma ogni condotta di abuso della qualità del pubblico funzionario. Nello stesso senso F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell’abuso d’ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del ‘Caso Termovalorizzatore’*, in *Diritto pen. cont.*, 4, 2017, 40. Per E. INFANTE, *L’abuso d’ufficio*, cit., 315, alla luce di questo presupposto, solo l’incompetenza relativa può rilevare per l’art. 323 c.p. Anche per A. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 55 può rilevare solo l’incompetenza relativa: le ipotesi di incompetenza assoluta vengono ricondotte alla fattispecie dell’usurpazione di poteri. *Contra* S. PERONGINI, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 127.

<sup>133</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d’ufficio*, cit., 251.

<sup>134</sup> Questo il testo dell’art. 323 c.p. nella versione del 1997: «1. 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 puni-

L'utilizzo dello schema del reato di evento, peraltro, rappresentava un segno di continuità di questo intervento normativo rispetto alle proposte formulate dalla Commissione Morbidelli<sup>135</sup>.

A partire dal 1997, il fulcro della nuova fattispecie di abuso d'ufficio fu rappresentato dal fatto di "procurare" un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero di arrecare un danno ingiusto, mentre non si parlò più del vantaggio non patrimoniale per venire incontro all'esigenza ampiamente avvertita, anche se non in modo unanime, di rendere meno opinabile il disvalore di evento<sup>136</sup>; un evento che, in caso contrario, avreb-

---

to con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità». L'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190 ha comportato un aggravamento di pena, prima prevista nei limiti edittali da sei mesi a tre anni, portandola entro la cornice edittale da uno a quattro anni. In termini generali, l'introduzione dello schema del reato di evento permette di considerare unitariamente le diverse condotte – coordinate e funzionali a un obiettivo – che di regola caratterizzano gli abusi. Come rileva P. PISA, voce *Abuso d'ufficio*, cit., 11, solo negli abusi di minore complessità il soggetto qualificato si limita a una violazione singola delle norme di legge: basti pensare alla serie di attività che possono essere necessarie per alterare lo svolgimento di una gara d'appalto per favorire un imprenditore amico.

<sup>135</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1224. D. MANZIONE, *Brevi considerazioni sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 153 si sofferma sul rischio che l'evento intervenga dopo molto tempo rispetto alla condotta.

<sup>136</sup> M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 368. Come evidenzia P. PISA, voce *Abuso d'ufficio (Postilla di aggiornamento)*, cit., 1, a questa scelta avrebbe dato una sostanziosa spinta la discutibile interpretazione affacciata da qualche pubblico ministero per cui il vantaggio non patrimoniale avrebbe potuto essere ravvisato anche nell'aumento del prestigio politico del pubblico ufficiale agli occhi dei suoi elettori potenziali. Dopo la riforma del 1997, però, l'ipotesi del favoritismo non venale non era più punibile: diventava lecita l'attività "clientelare". Critici T. PADOVANI, *L. 16/7/1997 n. 234 - Modifica dell'art. 323 del codice penale*, cit., 748, che parla di «amputazione ingiustificata della tutela»; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 316; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 925 s.; L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 349; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 62. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 252.

be potuto concretizzarsi anche in un vantaggio di natura politica, per esempio<sup>137</sup>.

Un ultimo cenno lo richiede un ulteriore intervento, di carattere diverso, ma comunque capace di perseguire legislativamente gli obiettivi politico-criminali della riforma. Il limite massimo di pena fu abbassato a tre anni allo scopo di impedire l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche e ambientali e di eliminare la minaccia rappresentata dalle misure cautelari detentive<sup>138</sup>. Tale opzione sanzionatoria fu tuttavia riveduta nel 2012, con la legge n. 190, che modificò i limiti minimo e massimo della pena, elevandoli rispettivamente a uno e a quattro anni<sup>139</sup>.

### 3.2.2. *La discussa nozione di violazione di norme di legge o di regolamento e il dibattito sull'“eccesso di potere” successivo alla riforma: lo “sviamento di potere” come soluzione di compromesso*

Essendo quello uscito dalla riforma del 1997 – salva la modifica che ha investito la sanzione nel 2012 – il testo che è rimasto immutato fino al 2020, è importante analizzarne fin d'ora alcune criticità, che sole spiegano l'avvertita urgenza di un ulteriore intervento di chirurgia legislativa e che verranno riprese e approfondite nel prossimo capitolo, quando si analizzeranno gli orientamenti giurisprudenziali più significativi.

Ci soffermeremo innanzitutto sulla nozione di violazione di norme di legge o di regolamento, non senza una necessaria premessa.

Con riferimento alla versione del 1930 dell'abuso d'ufficio, si sottolineava come le difficoltà maggiori venissero poste all'interprete dalla

---

<sup>137</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 40.

<sup>138</sup> A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1398; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 41. Critico sul punto G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 63 che si chiede quale razionalità possa essere ravvisata nella scelta di punire con una sanzione draconiana l'impiegato che si appropri di qualche biglietto di banca e di trattare invece con indulgenza l'amministratore che si adoperi per far ottenere consistenti vantaggi economici a qualcuno con un appalto.

<sup>139</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 250.

lettura di un requisito, l'abuso di potere, che restava definito soltanto da norme extrapenali<sup>140</sup>. La situazione non può dirsi rivoluzionata, sul punto, neppure dopo il 1997, visto che molti problemi interpretativi discendono dal rapporto che si instaura tra l'art. 323 c.p. – una fattispecie che presenta costantemente dei requisiti normativi – e la normativa extrapenale alla quale si riferisce la disposizione penale nel definire i caratteri della condotta vietata; problemi che sono stati in parte circoscritti, ma che non sono venuti meno con il riferimento alla necessaria violazione di “norme di legge o di regolamento” o all'astensione “nei casi prescritti” e che hanno portato la dottrina a dividersi tra coloro che qualificano la norma penale come “parzialmente in bianco”, visto che la qualifica di illiceità del fatto non si ricava solo dalla norma incriminatrice ma anche da altre norme che la integrano<sup>141</sup>, e coloro che propen-

---

<sup>140</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 56.

<sup>141</sup> A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 42; N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 266. ID., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 16, ritiene che le regole di comportamento, alle quali rinvia l'art. 323 c.p., nel concorrere a definire i caratteri modali della condotta illecita vietata, integrino a tutti gli effetti il precetto penale. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 254, nota 18, ritiene si tratti di una norma penale in bianco. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., IX s., 261 ss. ritiene che il “macroelemento normativo” inserito nel modello legale non consenta di pervenire in anticipo a una sicura delimitazione dei confini tra lecito e illecito: si assiste a un rinvio “in bianco” a regole di condotta esterne al tipo penale. Conclude quindi per l'inquadramento del reato nella categoria delle norme parzialmente in bianco, le quali, pur nel contesto di elementi che hanno un'autonoma matrice penalistica, definiscono il nucleo centrale della condotta «secondo le tecniche di raccordo “interordinamentale” tipiche della c.d. antiggiuridicità speciale». Per l'Autore (p. 264), non si può ravvisare nella locuzione “violazione di norme di legge o di regolamento” quel “nucleo solido” di significato autonomo che dovrebbe caratterizzare gli elementi normativi. S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 279, parla di struttura aperta del reato, se non in una certa misura addirittura “in bianco”. Per A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 38 s. la nota modale di illiceità della condotta si ricava dalla violazione di norme extrapenali integratrici del precetto. In questo senso – se la norma penale è descritta a “maglie larghe” – si potrebbe rilevare un contrasto con il principio di riserva assoluta di legge, per quanto riguarda le norme regolamentari, oltre che con il principio di determinatezza. Particolare è la posizione di G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, 127 ss., che ritiene che si tratti di norma penale parzialmente in bianco, ma

dono per la mera presenza di elementi normativi non attinenti al precetto. Questi ultimi ritengono che la disciplina dell'ufficio o del servizio e quella del dovere di astensione richiamate dall'art. 323 c.p. attengano al fatto, non concorrano a descrivere la fattispecie legale e si limitino piuttosto a concretizzare un precetto già in sé concluso, sufficientemente determinato<sup>142</sup>, «un dato già prefigurato nella sua fondamentale base

---

assolutamente legittima, perché, pur rinviando a un regolamento nella descrizione della condotta, il regolamento non aggiungerebbe valutazioni discrezionali all'interno del precetto già chiuso. Per una critica all'idea della norma penale "parzialmente" in bianco e comunque, per un ampio approfondimento in materia cfr. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016.

<sup>142</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, in *Rassegna Arma Carabinieri*, 4, 2019, 43; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Archivio Penale*, 1, 2021 (19 febbraio 2021), 8; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 58; ID., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 940; S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Archivio Penale*, 1, 2019 (5 febbraio 2019), 23; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *La legislazione penale*, 2020 (23 ottobre 2020), 35; I.A. SANTANGELO, *L'abuso d'ufficio*, in *Giur. merito*, 2003, 1021 ss. Come ricorda M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Archivio Penale*, 2, 2020 (22 agosto 2020), 3, «nel caso degli elementi normativi [...], c'è un nucleo significativo della fattispecie che orienta il destinatario sul disvalore del fatto, e solo *singoli elementi* della fattispecie vengono riempiti mediante il rinvio a fonti esterne al tipo, il quale ha comunque una sua intrinseca struttura offensiva». M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 294 sottolinea come la norma di legge richiamata dall'art. 323 c.p. non aggiunga nulla alla portata precettiva della previsione legislativa: la regola da rispettare sarebbe già interamente determinata attraverso il divieto di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare ad altri un danno ingiusto attraverso lo svolgimento di un'attività in violazione di norme di legge o di regolamento. Nello stesso senso A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 280 s. e 306 s., evidenziando come la disposizione rilevante contribuisca a selezionare i dati fattuali rispondenti a quel significato, senza arricchire di ulteriori elementi la regola comportamentale sanzionata penalmente: le leggi e i regolamenti la cui violazione è richiamata non ci dicono cosa sia l'abuso d'ufficio, ma ci aiutano a comprendere quando possa dirsi integrato, e lo stesso vale per le regole che specificano in quali casi sussista il dovere di astenersi. O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.*, II, 2000, 147 s. individua il disvalore penale del fatto nella strumentalizzazione dell'ufficio, come desumibile dalla fattispecie, senza ricorrere al contenuto

semantica nel contesto dell'incriminazione»<sup>143</sup>. La contrapposizione, ben lungi dall'aver un significato secondario, impone di considerare per esempio che, una volta ricondotto l'elemento "in violazione di norme di legge o di regolamento" o quello "negli altri casi prescritti" nella categoria degli elementi normativi giuridici intesi in senso stretto, tutta la disciplina a cui quegli estremi rinviano (rinvio normativo) dovrebbe degradare a mero presupposto di fatto del reato, non integrando il tipo. Salvo isolate – ancorché pienamente condivisibili – opinioni di segno contrario, che sottolineano la necessità di garantire comunque la tassatività-determinatezza della legge o del regolamento in questione, in modo che questi siano in grado di indirizzare con precisione l'operato amministrativo<sup>144</sup>, se il requisito di illiceità viene ricostruito in questi termini il parametro di riferimento potrà interagire col precetto d'incriminazione, innescandone l'operatività, a prescindere dalle sue caratteristiche e dal suo rango nella gerarchia delle fonti.

### 3.2.2.1. *La violazione di norme di legge o di regolamento: una progressiva "riconversione ermeneutica"*

Nonostante in dottrina si sia parlato, con toni critici,

di uno strenuo tentativo di sopprimere, attraverso l'adozione di un nuovo paradigma di incriminazione, la matrice per così dire "ontologica" e, comunque, originaria dell'abuso d'ufficio, da sempre imperniato sulla

---

degli elementi normativi in funzione integrativa: nell'abuso d'ufficio il precetto sarebbe concluso in sé, al di là della concretizzazione che ne diano gli elementi normativi.

<sup>143</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 263.

<sup>144</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 282 s. Una diversa interpretazione peccerebbe, secondo l'Autore, di formalismo. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 21, si esprime in linea teorica nello stesso senso, anche se propende per l'inclusione dell'abuso d'ufficio nel quadro delle norme penali parzialmente in bianco e sottolinea come il principio di tassatività-determinatezza precluda al giudice la possibilità di costruire *ex post* il parametro di valutazione attraverso procedimenti interpretativi non controllabili, basati sulla connessione sistematica fra più norme o sull'analogia. Cfr. anche I.A. SANTANGELO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 1021 ss.



strumentalizzazione del potere amministrativo per finalità private, come tali estranee a quelle istituzionali<sup>145</sup>,

la riforma del 1997, come abbiamo visto, mirava a superare proprio le difficoltà, anche di ordine probatorio, che si erano incontrate nella verifica della sussistenza di una distorsione funzionale dei poteri verso uno scopo diverso da quello per il quale i poteri stessi erano attribuiti o, più in generale, dell'illegittimità nell'esercizio dei poteri, discendenti dal generico riferimento alla condotta di "abuso" contenuto nel testo formulato nel 1990.

Tra i requisiti neo-introdotti, volti a ovviare al difetto di determinatezza della fattispecie, rientra la violazione di norme di legge o di regolamento.

A fronte del sindacato assai pervasivo esercitato fino al 1997 dal giudice penale sull'eccesso di potere – o, quanto meno, sullo sviamento di potere – il legislatore ha scelto di attribuire rilevanza ai soli abusi di potere o di funzioni qualificati dalla violazione di norme di legge o di regolamento, con un requisito di tipicità marcatamente formale. Le fonti legislative e regolamentari selezionate per delimitare i confini della rilevanza della violazione dovrebbero assicurare una certezza maggiore, in quanto assistite da specifiche formalità di pubblicazione idonee a garantirne la conoscibilità, almeno in astratto<sup>146</sup>.

Il concetto di "violazione", però, si mostrò da subito molto ampio, così come altrettanto ampio si mostrò il concetto di "norma"<sup>147</sup>, suscitando tra gli interpreti un vivace dibattito.

<sup>145</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 403.

<sup>146</sup> Cass., 2 ottobre 1998, n. 11984, in *Cass. pen.*, 1999, 2114: «La legge e il regolamento si caratterizzano infatti, rispetto ad altri tipi di atti, perché le modalità della loro approvazione e pubblicazione e la loro indefinita durata nel tempo assicurano maggiore certezza e più agevole conoscibilità della regola. Proprio per questa particolare caratterizzazione, l'ordinamento assegna alla legge e al regolamento la funzione di fonte istituzionalmente diretta a porre norme generali e astratte (non smentita evidentemente dalla eccezionale esistenza di leggi-provvedimento) e una posizione preminente (di carattere rispettivamente primario e secondario) nella gerarchia delle fonti».

<sup>147</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 897. *Contra*: M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigen-*

Poco dopo la riforma, una parte della dottrina, fedele all'intenzione – dichiarata dal legislatore storico<sup>148</sup> – di estromettere il vizio amministrativo dell'eccesso di potere dai presupposti dell'abuso, osservò con ottimismo come con la nuova formulazione fosse stato pienamente conseguito l'obiettivo di ovviare all'indeterminatezza che aveva caratterizzato la precedente condotta generica di abuso d'ufficio<sup>149</sup>.

L'accento posto sulle violazioni di norme di legge o di regolamento, che dovevano avere efficacia causale specifica rispetto all'evento di danno o di vantaggio, poteva evitare che l'abuso punibile venisse identificato con l'eccesso di potere, anche nella forma dello sviamento, che costituisce un vizio tipico della funzione rispetto al suo fine istituzionale: potevano considerarsi tagliati fuori dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio i casi che avevano consentito «indebiti sconfinamenti del giudice penale in campi di materia riservati alla discrezionalità della

*ze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge"*, in *Cass. pen.*, 1999, 1768, la quale ritiene che non vi sia nel linguaggio giuridico un termine più tassativo di "norma di legge".

<sup>148</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 405 sostiene che l'eccesso di potere era percepito dal legislatore della riforma come una sorta di «anticamera di un giudice *supplente* della pubblica amministrazione nell'apprezzamento delle modalità di attuazione dell'interesse pubblico nei singoli casi concreti». S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 144 ricorda a tal fine i lavori parlamentari e le dichiarazioni di voto che hanno preceduto l'emanazione della legge del 1997: era evidente l'intenzione del legislatore di espungere dalle patologie dell'atto amministrativo, idonee a integrare l'abuso d'ufficio, l'eccesso di potere. Cfr. S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, cit., 6 e M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 355 s., che evidenzia come l'intenzione soggettiva del legislatore sia criterio interpretativo di primo piano, non facilmente eludibile in assenza di chiare indicazioni contrarie.

<sup>149</sup> C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 13, 87 ss.; M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge"*, cit., 1769. Così anche I. CACCIAVILLANI, *Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione*, in *Giur. merito*, 1999, 1142 ss., che riconduce la violazione di norme di legge o di regolamento all'accezione tecnica, propria del diritto amministrativo, di violazione di legge come vizio tipico dell'atto.

pubblica amministrazione»<sup>150</sup>. Secondo questa lettura, sarebbe stato espunto dall'art. 323 c.p. il concetto incerto di uso deviato o distorto dei poteri discrezionali, per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione e del servizio, che aveva suscitato in passato molte polemiche perché aveva consentito al magistrato penale di ripercorrere *a posteriori* la valutazione discrezionale della P.A.<sup>151</sup>.

La norma di legge o di regolamento violata, poi, soprattutto se intesa – salve le opinioni contrarie già ricordate, che arrivavano alla medesima conclusione anche qualificando la violazione come elemento normativo – come partecipe della descrizione del fatto tipico, e quindi chiamata a integrare il precetto alla luce della struttura parzialmente in bianco dell'incriminazione, doveva necessariamente rispettare i canoni tipici del precetto penale: l'interprete sarebbe stato vincolato a selezionare soltanto norme con caratteristiche conformi ai canoni di determinatezza e tassatività<sup>152</sup>.

L'art. 97 Cost., quindi, non poteva essere sussunto nell'art. 323 c.p. perché era privo di quei caratteri e perché, se utilizzato per integrare la fattispecie penale, non avrebbe consentito di ricostruirla come determinata e tassativa<sup>153</sup>: avrebbe al contrario finito per ridurre la specifica modalità di condotta richiesta alla lesione dell'oggettività giuridica<sup>154</sup>.

Le prime sentenze di legittimità, del resto, ricordando gli effetti paralizzanti prodotti dalla riforma del 1990 su alcuni importanti settori della pubblica amministrazione e quindi le ragioni politico-criminali dell'intervento del 1997, sembravano confermare una lettura restrittiva, richiedendo – oltre al carattere formale della legge o del regolamento trasgredito – che la norma violata non fosse «genericamente strumenta-

<sup>150</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, cit., 249 si soffermano su questo aspetto nell'analizzare gli sviluppi normativi.

<sup>151</sup> Cfr. M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 357.

<sup>152</sup> A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 42; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 280; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 285.

<sup>153</sup> S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 16 ss.

<sup>154</sup> Così A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1843 ss.

le alla regolarità dell'attività amministrativa», ma vietasse «puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio»<sup>155</sup>: l'obiettivo era quello di evitare un allargamento dell'area di illiceità penale fino a ricomprendere le disposizioni programmatiche o di principio e le mere inosservanze formali o procedurali<sup>156</sup>. Secondo questo orientamento, l'eccesso di potere o una delle sue figure sintomatiche non poteva più assumere rilievo per l'abuso d'ufficio e doveva considerarsi precluso al giudice penale ogni sconfi-

---

<sup>155</sup> Cass., 4 dicembre 1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, 2332 ss. e in *Foro it.*, II, 1998, 258 ss., la quale, peraltro, ha equiparato le norme generalissime e di principio a quelle a carattere meramente procedimentale, come quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato. C. BENUSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 66; ID., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 929, in una prospettiva solo in parte sovrapponibile, considera rilevanti unicamente le disposizioni normative a contenuto precettivo, che prescrivono modelli di comportamento specifici che devono essere puntualmente osservati dal pubblico funzionario. Cfr. anche Cass., 24 settembre 2001, n. 45261, in *Cass. pen.*, 2003, 121: «In materia di abuso di ufficio, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che risulti lesiva del buon funzionamento e della imparzialità dell'azione amministrativa rileva alla duplice condizione che contrasti con norme specificamente mirate a inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi anettere rilevanza, a tale proposito, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio) e che dette norme presentino i caratteri formali e il regime giuridico della legge o del regolamento (fattispecie nella quale è stata esclusa la sussistenza del reato per il fatto dell'agente postale che aveva accettato e spedito una raccomandata oltre l'orario di lavoro: la Corte ha escluso la pertinenza delle norme generali di cui agli art. 13 e 14 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 sul rispetto dell'orario di lavoro e sull'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene, nel contempo rilevando come il "codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", formalizzato con d.P.C.M. 28 novembre 2000 e specificamente preclusivo di prestazioni non accordate alla generalità degli utenti, non sia stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. 23 agosto 1988 n. 400)». Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 29 ss.; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 281 e M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 136.

<sup>156</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 5. Questo rischio è stato illustrato anche da V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1225. In termini adesivi rispetto alla pronuncia della Corte si è espresso P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2125.

namento nelle scelte squisitamente discrezionali della pubblica amministrazione<sup>157</sup>.

La stessa Corte costituzionale, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale concernenti il nuovo abuso d'ufficio – sollevate in relazione all'art. 3 Cost. e all'art. 97 Cost. proprio in quanto sarebbero stati esclusi dalla tutela eccessi di potere e sviamenti non previsti dalla legge ma altrettanto riprovevoli – aveva precisato che le esigenze di tutela dell'imparzialità e del buon andamento della P.A. potevano essere soddisfatte con sanzioni e precetti non penali<sup>158</sup>.

Pur ricomprendendo nella nozione di violazione di legge, almeno in alcune letture proposte, tutti i vizi relativi alla forma, al contenuto o all'oggetto dell'atto, il difetto di motivazione disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, le violazioni delle norme a contenuto disciplinare e di quelle procedurali – e quindi proponendo una lettura da questo punto più severa di quella offerta dalla Cassazione con le prime sentenze e in particolare con la sentenza Tosches del 1997, che, come abbiamo visto, aveva considerato rilevanti le sole disposizioni che riguardavano la fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materia-

---

<sup>157</sup> Cfr. Cass., 17 febbraio 1998, n. 4075, in *Cass. pen.*, 1999, 2506 (mentre nel sistema previgente alla novella di cui alla l. n. 234 del 1997 assumevano rilievo, ove la condotta si fosse estrinsecata nell'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, sia l'incompetenza, sia l'eccesso di potere, sia la violazione di legge); Cass., 3 novembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3399. Con quest'ultima sentenza la Cassazione, esclusa, nel caso di specie, la violazione dell'art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241, unica norma contestata nel capo di imputazione, visto che l'espressione del voto in termini numerici, assegnato a un candidato all'esito di un concorso pubblico, poteva considerarsi motivazione sufficiente, ha rilevato come, rientrando la scelta in ordine alle forme di manifestazione del voto – diverse e ulteriori rispetto al numero – nella discrezione della Commissione, «il cattivo uso dei poteri di scelta relativi non poteva essere censurato sul piano della legittimità amministrativa che sotto il profilo dell'eccesso di potere, divenuto però irrilevante nella fattispecie penale dell'abuso di ufficio».

<sup>158</sup> Corte cost. 28 dicembre 1998, n. 447, in *Cass. pen.*, 1999, 631. Come ricorda anche S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 89, questa sentenza evidenzia, in un *obiter dictum*, che i principi costituzionali evocati dall'art. 97 Cost. sono posti in relazione unicamente all'organizzazione dei pubblici uffici.

li oggetto di valutazione amministrativa<sup>159</sup> – una parte della dottrina rilevò come il baricentro del reato si fosse spostato dal versante della discrezionalità amministrativa a quello dell'attività vincolata della pubblica amministrazione, disciplinata da specifiche norme di legge o di regolamento<sup>160</sup>.

L'effetto – giudicato proprio per questo da taluno addirittura "inaccettabile"<sup>161</sup> per la sua radicalità, visto che l'abuso d'ufficio era ontologicamente legato all'eccesso di potere che si nascondeva in modo strisciante sotto una parvenza di adesione alle norme che regolavano l'esercizio dell'attività<sup>162</sup> – avrebbe potuto essere quello di assicurare

<sup>159</sup> A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, 258 ss.

<sup>160</sup> C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 70 ss.; 112 s. A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 39, senza fare riferimento alle norme procedurali, ritenevano comunque che con la nuova formulazione si conteneva la tutela alla sola attività vincolata della P.A. Sulle nozioni di discrezionalità e vincolatezza ci soffermeremo nel capitolo 3 del presente volume.

<sup>161</sup> C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, cit., 333. Cfr. anche L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 349. La valutazione negativa della riforma da parte di qualche Tribunale è testimoniata indirettamente anche dalla già citata sentenza Corte cost. 28 dicembre 1998, n. 447, cit., 631, che, come anticipato, si è pronunciata, tra l'altro (dichiarandole inammissibili perché avrebbero comportato un intervento additivo contrastante con il "nullum crimen, nulla poena sine lege", a cui si riconducono sia la riserva di legge vigente in materia penale, sia il principio di determinatezza delle fattispecie penali, sia il divieto di applicazione analogica delle norme), proprio sulle eccezioni di incostituzionalità sollevate dal GIP presso il Tribunale di Bolzano e dal Tribunale di Firenze, per violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, perché il nuovo testo dell'art. 323 c.p., limitando la punibilità alle condotte di abuso commesse in violazione di norme di legge o di regolamento o in violazione di obblighi di astensione, che procurino intenzionalmente ingiusti vantaggi patrimoniali all'agente o a terzi, ovvero arrechino intenzionalmente ingiusto danno ad altri, avrebbe di fatto lasciato sguarnite di sanzione penale condotte altrettanto o più gravemente riprovevoli dal punto di vista sociale e lesive dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

<sup>162</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 406; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 264; A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 19; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 43.

all'irrelevanza penale tutti i comportamenti consistenti nell'utilizzo della discrezionalità amministrativa per scopi di interesse privato, circoscrivendo di fatto il reato ai casi di violazione di norme vincolanti l'attività amministrativa.

Proprio alla luce di questi temuti effetti, una parte ancora più consistente della dottrina, così, si mostrò da subito più incerta, invitando a non dare per scontato il raggiungimento dell'obiettivo preso di mira dal legislatore del 1997: una (diversa) interpretazione letterale della disposizione lo rendeva particolarmente difficile<sup>163</sup>. Le indicazioni offerte dalla già menzionata giurisprudenza successiva alla riforma, con il richiamo a disposizioni normative a carattere sostanziale, del resto, non sembravano in grado di orientare i giudici nella decisione dei casi concreti<sup>164</sup>.

Proponendo alcune considerazioni che sarebbero state offerte anche più di un ventennio dopo, di fronte alla nuova versione dell'art. 323 c.p., questo orientamento dottrinale rilevò come ragionevolmente ben poco sarebbe cambiato, rispetto alla norma previgente, proprio sul terreno scivoloso della limitazione della discrezionalità giudiziale<sup>165</sup> e la tesi più rigorosa espressa dai giudici di legittimità subito dopo la riforma si trovò presto isolata<sup>166</sup>.

Si assistette nei fatti a una vera e propria riconversione ermeneutica<sup>167</sup>; e quindi, secondo i sostenitori di una lettura più aderente alla volontà del legislatore, a un "tradimento della legalità"<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, cit., 1843 ss.; G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, II, 1998, 381 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 900 s.; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1229 s.

<sup>164</sup> A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 264 s.

<sup>165</sup> M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 135; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, cit., 330 ss.

<sup>166</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, cit., 236.

<sup>167</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7.

<sup>168</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 9.

Proprio in considerazione del fatto che la volontà del legislatore storico non era vincolante e che una norma andava innanzitutto interpretata secondo il significato proprio delle parole che la costituivano, se non oscuro, e quindi secondo la volontà che si era obbiettivata nella legge, si poteva immaginare che l'espressione "violazione di norme di legge o di regolamento" quale modalità legalmente prevista di realizzazione dell'abuso d'ufficio – senza ulteriori qualificazioni in termini di maggior specificità – potesse essere intesa come infrazione di una qualsiasi prescrizione legislativa o regolamentare<sup>169</sup>, addirittura rilevante in via mediata attraverso il richiamo della categoria degli elementi normativi in senso stretto<sup>170</sup>.

Una formulazione così generica non poteva arginare gli eccessi e finiva ancora una volta per conferire al giudice penale un sindacato incontrollato sulla discrezionalità amministrativa.

Nello spazio semantico delle "norme di legge" violabili venivano fatte rientrare, innanzitutto, quelle costituzionali<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 279 ss.; A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 20.

<sup>170</sup> Come chiariremo meglio nel prossimo capitolo, con diversi esempi tratti dalla giurisprudenza di legittimità, i parametri normativi dell'abuso d'ufficio sono stati forzati anche attraverso il criterio della "violazione mediata", che consente a norme o provvedimenti interposti (come una circolare) richiamati da una legge (che ne prescrive di regola l'osservanza) di assurgere essi stessi a norme di legge. Se ne conoscono molte applicazioni in materia urbanistica, come pure nel settore degli appalti e dei concorsi: la violazione di piani regolatori/urbanistici, di capitolati d'appalto o bandi – anche se non sono leggi o regolamenti – realizza la violazione della legge che li richiama. Cfr. V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *disCrimen*, 2021 (2 gennaio 2021), 3; 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*, cit., 35; M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 40; M. SCOLETTA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, cit., 457; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 331.

<sup>171</sup> Cfr. R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 81. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 255 s., ravvisa invece un ostacolo a questa lettura nel principio di determinatezza: la genericità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra illegittimità amministrativa e illiceità penale. Analoga conclusione varrebbe per le norme programmatiche di fonte legislativa ordinaria o anche di rango inferiore



Fra le leggi riguardanti l'attività amministrativa vi era, in particolare, l'art. 97 c. 1 [oggi c. 2] Cost., che, imponendo il rispetto dei principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione nelle disposizioni di legge secondo cui i pubblici uffici sono organizzati, poteva permettere di qualificare come violazione di legge (fondamentale) un esercizio inopportuno o parziale dell'attività amministrativa, perché volto a soddisfare interessi particolari anziché l'interesse pubblico o alcuni interessi pubblici anziché altri ben più importanti<sup>172</sup>.

È vero che questa conclusione veniva confutata da coloro che puntualmente ritenevano che questa disposizione non fosse in grado di soddisfare i requisiti minimi di riconoscibilità e intelleggibilità del precetto penale richiesti dalla giurisprudenza costituzionale<sup>173</sup> e da coloro che definivano l'art. 97 Cost. come una norma "di principi", priva di contenuto immediatamente precettivo e che richiedeva la necessaria mediazione di disposizioni di legge per assicurare i beni del buon andamento e dell'imparzialità<sup>174</sup>.

(art. 1 l. 240/1990, sulla legalità, efficacia, economicità, pubblicità dell'attività amministrativa). Sull'evoluzione interpretativa cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 254 s. Per un'ampia e dettagliata critica alla tesi che equipara la violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 96 ss.

<sup>172</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 283; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 902 s.

<sup>173</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 8.

<sup>174</sup> Basti evidenziare che è lo stesso art. 97 Cost. che prevede che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione: A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 39; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 84 ss.; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 280 s.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 95; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, cit., 1843 ss.; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 60. Come rileva questo Autore, nonostante il suo rango nella gerarchia delle fonti, sarebbe problematico porre l'art. 97 Cost. a fondamento della struttura e del contenuto di una fattispecie incriminatrice. I principi costituzionali, infat-

L'opinione opposta era tuttavia sostenuta argomentando in chiave formalistica come le norme di principio fossero soltanto una specie particolare di norma giuridica (o norma di legge). Una lettura, che escludesse la violazione della norma costituzionale da quelle rilevanti per l'integrazione dell'abuso d'ufficio, avrebbe finito poi per riecheggiare quella dottrina che, parlando di norme costituzionali meramente programmatiche, aveva mirato a depotenziare la carica innovativa della Carta costituzionale: una dottrina risalente agli anni Cinquanta del Novecento, ma ampiamente superata alla fine degli anni Novanta<sup>175</sup>. Del resto, si poteva ritenere che la norma in questione fosse programmatica per il legislatore, ma immediatamente precettiva per la P.A.<sup>176</sup>.

In una prospettiva solo parzialmente diversa, che si era andata pian piano affermando, si era ritenuto che la norma potesse considerarsi programmatica ove riferita agli aspetti organizzativi o comunque ove intesa nella sua globalità, ma fosse invece espressione di un precetto direttamente applicabile quando fissava il divieto di favoritismi. Il divieto di favoritismi nella trattazione delle pratiche amministrative avrebbe avuto un carattere sicuramente precettivo, immediatamente e concretamente

---

ti, non possono fornire il sostrato tipico a una condotta penalmente rilevante, proprio in quanto principi e non regole. Cfr. sul punto, con alcuni distinguo, anche V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, II, 1998, 392 e F.C. PALAZZO, *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 630, che ricorda come la maggior determinatezza della fattispecie risultante dalla riforma del 1997 fosse vanificata dalla giurisprudenza che richiamava come parametro legale anche l'art. 97 Cost.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 149.

<sup>175</sup> Per queste considerazioni, in senso favorevole alla valorizzazione dell'art. 97 Cost., cfr. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 285 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 905; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 47. Per una ricostruzione delle diverse opinioni, cfr. M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci e ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1051; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 132.

<sup>176</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 256 ricorda questa argomentazione, diffusa in giurisprudenza. Sul carattere precettivo dell'art. 97 Cost., nella sua globalità, cfr. anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 94.

vincolante per i pubblici funzionari e nei rapporti tra amministrazione e terzi<sup>177</sup>, e sarebbe stato quindi capace di diventare idoneo parametro di valutazione dell'abusività della condotta dell'agente<sup>178</sup>.

Se la violazione delle norme procedimentali, in quanto atta a ripercuotersi sulla decisione finale<sup>179</sup>, poteva integrare la violazione di legge di cui all'art. 323 c.p., a maggior ragione lo poteva fare la violazione di un principio fondamentale di matrice costituzionale, anche se si trattava di una prescrizione di principio e non certo di una norma specifica<sup>180</sup> e anche se, per questa strada, si finiva per dilatare il campo della rilevanza penale entro confini sempre più estesi.

È bene ricordare, peraltro, come il dibattito sulla possibile rilevanza della violazione di una norma procedimentale fosse tutt'altro che sopito<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2009, 1032; C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 936 s. Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 35.

<sup>178</sup> Cfr. M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'“abuso d'ufficio”*, cit., 237 e A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 242 ss., per una ricostruzione del dibattito in materia. V. anche A. MELCHIONDA, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 11.

<sup>179</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/nisco-riforma-dellabuso-dufficio-un-dilemma-legislativo-insoluto-ma-non-insolubile> (20 novembre 2020), 2, si sofferma sul cambiamento di fronte riscontrabile in giurisprudenza, sottolineando come, peraltro, la soluzione non fosse contraddetta dalla lettera dell'art. 323 c.p., ma fosse difficilmente controllabile negli effetti. Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7 e C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 145.

<sup>180</sup> Cfr. A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 20 ss.; ID., *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 5.

<sup>181</sup> Cfr. M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 136, per esempio, in senso contrario rispetto alla rilevanza della violazione di norme a carattere meramente procedimentale. Sulla rilevanza della violazione di norme disciplinari, invece, vi era un'ampia, anche se non unanime, convergenza di opinioni: cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 259. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto ammini-*

Per il vizio di motivazione, per esempio, il parametro normativo, sul piano legislativo, era agevolmente rinvenibile nell'art. 3 l. 241/1990, ed esistevano molte altre norme di legge che potevano essere qualificate come procedimentali, ma i dubbi in materia, che facevano propendere per una risposta negativa al quesito sulla possibile rilevanza di una loro violazione ai fini dell'art. 323 c.p., si basavano sul rilievo per cui queste norme erano destinate di regola a esaurire la loro funzione all'interno del procedimento, senza incidere sulla fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali oggetto della valutazione amministrativa<sup>182</sup>.

In realtà, come per ogni altra norma di legge, la questione doveva essere affrontata in modo più approfondito, chiedendosi – come avremo modo di fare – se fosse effettivamente vero che la mera violazione procedimentale poteva considerarsi sempre ininfluenza rispetto al risultato o se invece si dovesse distinguere, restringendo volta per volta la rilevanza alle sole norme procedimentali che si trovavano in rapporto causale con il vantaggio o con il danno ingiusto perché incidevano sul risultato del procedimento<sup>183</sup>. Una parte della dottrina riteneva infatti che escludere le norme procedimentali avrebbe originato un *vulnus* di rilievo nelle ragioni di tutela che stavano alla base dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio, visto che la regolarità del procedimento costituiva la

---

*strativo*, cit., 25 ss., per esempio, si esprime in termini essenzialmente contrari a causa della genericità delle previsioni in materia.

<sup>182</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass., 4 dicembre 1997, Tosches, cit., 258; Cass., 24 settembre 2001, n. 45261, cit., 121. *Contra*: Cass., 18 novembre 1997, n. 11520, in *Giust. Pen.*, II, 1998, 392, affermando che «integra l'estremo oggettivo del reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p., come modificato dalla l. 16 luglio 1997 n. 234), l'adozione di una delibera comunale che conclude e approva una gara a trattativa privata dopo che i lavori siano stati già commissionati ed eseguiti, atteso che, quando l'amministrazione decide di indire una gara (anche senza esservi obbligata e senza l'osservanza di formalità), essa è tenuta al rispetto delle regole della gara stessa e, prima di ogni altra, di quelle che assicurano la trasparenza e la libera concorrenza dei partecipanti, con la conseguenza che il mancato rispetto delle regole del procedimento, anche sotto il profilo della mancata osservanza dell'ordine necessario di successione degli atti, dà luogo al vizio di violazione di legge».

<sup>183</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 296; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 262.

prima garanzia di un'adeguata presa in considerazione degli interessi dei soggetti coinvolti, soprattutto in presenza di un potere discrezionale<sup>184</sup>. Gli sviluppi del diritto amministrativo apparivano sempre più caratterizzati dalla prevalenza delle norme procedurali su quelle sostanziali, nel quadro di una dinamica in cui la legalità procedimentale tendeva a sostituire la predeterminazione di contenuti e caratteri della decisione amministrativa<sup>185</sup>.

La nozione di (violazione di) norme di legge aveva senza dubbio lasciato aperte molte questioni, ma le incertezze hanno interessato anche quella di norme di regolamento in una misura così significativa da aver contribuito a giustificare la scelta drastica che è stata operata dal legislatore nel 2020, con la rimozione del riferimento alla violazione di queste fonti normative nell'abuso d'ufficio neo-riformato.

Oltre a un possibile contrasto con il principio di legalità sotto il profilo della fonte riservata<sup>186</sup>, il problema principale postosi all'attenzione degli interpreti concerneva infatti la nozione stessa di "regolamento", visto che il termine evoca, nel nostro ordinamento, realtà normative molto diverse sia quanto a organo di provenienza sia quanto a contenuto<sup>187</sup>.

Il dibattito in materia ha cessato di avere rilevanza nel quadro normativo vigente, ma anche un breve cenno a esso può aiutare a comprendere meglio la scelta che è stata operata dal legislatore del 2020. Il termine "regolamento" può identificare, da un lato, le fonti secondarie

<sup>184</sup> R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 83. Cfr. anche A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 34.

<sup>185</sup> *Ivi*, 38.

<sup>186</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 254; C. BENUSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 929. G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 36 ricorda tuttavia come i regolamenti si fondino su di una legge che consente loro di intervenire in materia.

<sup>187</sup> G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 58; T. PADOVANI, *L. 16/7/1997 n. 234 - Modifica dell'art. 323 del codice penale*, cit., 744. Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 144; P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2128 ss.; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 322 ss.

con carattere di astrattezza e generalità o, dall'altro (e più correttamente secondo la dottrina penalistica), gli atti che presentano questi caratteri, affiancandoli al regime giuridico dei regolamenti, e che sono stati quindi emanati nell'esercizio della potestà regolamentare del Governo (art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400), nonché degli enti territoriali, come tratteggiata dall'articolo 7 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267<sup>188</sup>. In questa seconda accezione, ma in termini più generali, ciò che appare imprescindibile è la qualifica di "regolamento" riconosciuta a un atto, dalla portata generale e astratta, da una legge che definisce anche l'*iter* rego-

---

<sup>188</sup> Cfr. V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Archivio Penale*, 3, 2018 (18 settembre 2018), 18 s., il quale ritiene che dovrebbero essere espulsi dalla norma gli atti che violano *soft laws* (es. circolari o istruzioni operative), le delibere municipali, i contratti collettivi, i codici disciplinari, i decreti del Presidente del Consiglio privi della qualifica regolamentare ed emanati fuori dalla procedura ex l. n. 400/1988, le ordinanze di Sindaci e Prefetti, nonché i provvedimenti e gli atti amministrativi generali. Tra questi ultimi rientrano anche le linee-guida ANAC: M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 363. Possibilista rispetto all'ammissibilità di un inquadramento della violazione delle linee-guida come abuso d'ufficio G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., *passim*. In particolare (pp. 67 ss.), egli si sofferma sulle linee-guida vincolanti, ritenendo che abbiano una legittimazione democratica (procedimento di formazione di natura consultivo-partecipativa) e producano gli stessi effetti dei regolamenti in senso formale. Il Parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 distingue: «I decreti ministeriali contenenti le linee-guida adottate su proposta dell'ANAC, e sottoposti a parere delle commissioni parlamentari, sono veri e propri regolamenti, che seguiranno lo schema procedimentale disegnato dall'art. 17, legge n. 400 del 1988 (*ivi* compreso il parere del Consiglio di Stato). Le linee-guida "vincolanti" dell'ANAC sono (non regolamenti, bensì) atti di regolazione di un'Autorità indipendente, che devono seguire alcune garanzie procedurali minime: consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, se del caso parere (facoltativo) del Consiglio di Stato. Le linee-guida non vincolanti dell'ANAC avranno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici». G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 63 ss. ricorda come la prima tipologia di linee-guida sia stata sostanzialmente abrogata dalla l. 55 del 2019 (di conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32), che ha inciso pesantemente sul sistema, sostituendo alcune linee-guida vincolanti con un regolamento unico.

lamentare di adozione<sup>189</sup> o, quanto meno – ma per tale via si amplia in modo significativo il bacino delle fonti rilevanti –, che l'atto sia stato emanato in base a una disposizione di legge che attribuisce a un ente pubblico potestà normativa<sup>190</sup>.

### 3.2.2.2. *La rilevanza del vizio di eccesso di potere*

In conclusione sul punto possiamo allora chiederci che fine avesse fatto, in questo quadro, il tanto discusso ed eterogeneo vizio di eccesso di potere, che risulta in concreto assai contiguo al merito visto che secondo taluno si sostanzia, almeno in via di prima approssimazione, in

---

<sup>189</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 288. Cfr. Cass., 3 ottobre 2000, n. 11933, in *Cass. pen.*, 2001, 2682: «Il d.P.R. n. 616 del 1977, delegando ai comuni funzioni in determinate materie, prevede il potere di autorizzazione all'esercizio dei parcheggi privati ma non dispone che le modalità in cui esso si esplica siano delimitate da un previo regolamento: ne segue che la delibera municipale che fissa il prezzo della sosta in un'area privata non ha natura di regolamento, agli effetti di cui all'art. 323 c.p., atteso che tale qualifica spetta alle sole fonti sub-primarie adottate attraverso un *iter* regolamentare configurato da un provvedimento di legge e in tal senso formalizzato con la qualifica espressa dell'atto come regolamento, alla cui violazione soltanto il legislatore circoscrive la previsione di norma penale in bianco in cui parzialmente si risolve il precepto dell'art. 323 c.p.». Così A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 49. Nella prospettiva amministrativistica, secondo G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 43, la tesi che valorizza il criterio formale sarebbe recessiva, prevalendo invece un criterio di natura sostanziale, incentrato sul contenuto normativo dell'atto, caratterizzato da generalità, astrattezza, innovatività e precettività.

<sup>190</sup> M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 361; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 284 e M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 896 s., che propende per una lettura che fa leva sui caratteri formali, anche se il rischio è che rimangano impuniti gravi abusi. Sul rischio di formalismo si sofferma anche A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 50. Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 260 s. e C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 944, in tema di accordi collettivi sul pubblico impiego. Cfr., per una lettura restrittiva, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 69.

un contrasto con lo spirito della legge, comportando la deviazione dell'atto dal suo fine istituzionale<sup>191</sup>.

La scelta del legislatore era stata quella di non prendere una posizione espressa, in via generale, sulla sua sindacabilità da parte del giudice penale, ma di intervenire sui singoli delitti e, in particolare, proprio sull'art. 323 c.p., per escluderla da questo non dichiaratamente, ma nei fatti<sup>192</sup>. Ci era riuscito?

L'eccesso di potere poteva rilevare ancora ai fini dell'abuso d'ufficio come disciplinato dalla riforma del 1997? Si potevano ricomprendere, insomma, tra le condotte abusive, quelle caratterizzate da eccesso di potere?

Analizzeremo nel prosieguo, più nel dettaglio, la reazione della giurisprudenza insofferente al dettato normativo, la quale ha intrapreso un lento ma inesorabile percorso di assolutizzazione del requisito della violazione di norme di legge e di sostanziale accoglimento dell'eccesso di potere nelle maglie dell'abuso d'ufficio, ma anche in dottrina, nonostante le posizioni più formali che abbiamo ricordato sopra<sup>193</sup>, molti conclusero ben presto per il mantenimento della sua rilevanza, almeno potenziale<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 282. Come evidenzia C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 87, nt. 42, la distinzione tra merito e legittimità ha portato a una tormentata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di eccesso di potere. L'Autrice ritiene (p. 97) che consentire al giudice penale il sindacato sul vizio dell'eccesso di potere significherebbe, in concreto, consegnargli in parte le chiavi dell'ambito del merito amministrativo.

<sup>192</sup> *Ivi*, 105.

<sup>193</sup> M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 357 s. ricostruisce il dibattito dottrinale e l'evoluzione giurisprudenziale, pur propendendo per l'esclusione dell'eccesso di potere dal fatto tipico.

<sup>194</sup> C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, cit., 334; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 108; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 281 ss.; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 296. Cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1229, che evidenzia come la pur preordinata esclusione dello sviamento di potere



Salva qualche opinione dissonante<sup>195</sup>, il termine “violazione di norme di legge” non si doveva identificare con il vizio di illegittimità dell’atto “violazione di legge”, tipico del diritto amministrativo, quanto invece ricondurre alla gerarchia delle fonti del diritto: come tale non poteva porsi in alternativa rispetto al vizio di eccesso di potere – oltre che di incompetenza – escludendolo<sup>196</sup>. Del resto, alla nozione di abuso erano riconducibili anche i fatti che non si incorporavano in un atto amministrativo: sarebbe stato incongruo legare la necessaria tipicità della fattispecie al riscontro di un vizio di legittimità di un atto, quando l’atto poteva anche mancare.

Se il sindacato di merito concerne il risultato dell’atto amministrativo, il vizio di eccesso di potere riguarda – è stato illustrato – il modo di formazione dell’atto e come tale comporta sempre la violazione di una norma di legge o di regolamento: di quelle norme che indicano, esplicitamente o implicitamente, gli interessi da considerare<sup>197</sup>; l’eccesso di potere, secondo questa interpretazione, integrerebbe per definizione una violazione di legge o di regolamento e quindi potrebbe rilevare ai sensi dell’art. 323 c.p.: dal reato di abuso d’ufficio rimarrebbero esclusi solo i

---

non sembri idonea a garantire l’irrelevanza penale di comportamenti estrinsecantesi in un uso strumentale di poteri, soprattutto se discrezionali, per fini impropri. Per un’analisi del dibattito in materia cfr. anche C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 120 ss.

<sup>195</sup> M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., 24. Egli ritiene peraltro che la cognizione possa essere svolta solo nei termini in cui compete al giudice amministrativo. Cfr. anche S. CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell’abuso d’ufficio?*, cit., 1938 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 265.

<sup>196</sup> M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 2336; ID., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 268; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell’abuso d’ufficio in relazione all’eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 901 s. Anche C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 94 evidenzia come l’eccesso o lo sviamento di potere continuino a rilevare in tutti i casi, ma anche nei soli casi, in cui diano vita alla violazione di norme di legge.

<sup>197</sup> F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1615 ss.

casi di eccesso di potere commessi in violazione di norme scaturenti dagli usi<sup>198</sup>.

Come aveva chiarito lo stesso Morbidelli, ogni fatto di eccesso di potere, che può essere inquadrato come violazione dei principi di imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità e affidamento<sup>199</sup>, è capace di integrare in realtà una violazione di legge, visto che il diritto amministrativo è frutto anche dei principi che costituiscono la sua parte generale e non scritta, e comunque dell'art. 97 Cost., il quale esige per l'amministrazione pubblica imparzialità e buon andamento<sup>200</sup>. Le considerazioni svolte sulla rilevanza della violazione dei doveri di cui alla norma costituzionale, anche ai fini del rispetto del principio di determinatezza, assumevano rilievo anche in questo contesto.

Anche a prescindere dalla riconduzione del vizio alla violazione della norma costituzionale, infine, molte classiche figure sintomatiche di eccesso di potere (come il difetto o l'insufficienza della motivazione<sup>201</sup> o il difetto di istruttoria con violazione del principio del giusto procedimento<sup>202</sup>) potevano essere agevolmente recuperate nel quadro delle violazioni di legge in senso tecnico, per effetto della riforma introdotta con la l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, che rappresenta la concretizzazione più compiuta dei principi di imparzialità e buon an-

---

<sup>198</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 108; ID., *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1399. Per una ricostruzione critica delle tesi affermative rispetto alla rilevanza dell'eccesso di potere, cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 254 s.

<sup>199</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 99.

<sup>200</sup> G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 46. Cfr. E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 345.

<sup>201</sup> Cfr. P. LA SPINA, *Questioni in tema di nuovo abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1999, 316, che – sulla scorta della giurisprudenza in esame – parlando di difetto di motivazione distingue tra i casi in cui il provvedimento non enuncia i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che sorreggono la determinazione assunta – in cui si prospetta il vizio di violazione di legge, per violazione dell'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo – e i casi di carenze o incongruità logiche del ragionamento esplicitato nella parte motiva dell'atto, i quali non potrebbero che dar luogo a eccesso di potere.

<sup>202</sup> C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 931 s.

damento con norme anche dalla portata molto ampia<sup>203</sup>, e per effetto di molte altre disposizioni sparse nell'ordinamento italiano; non da ultimo quelle disciplinari<sup>204</sup>. La tendenza legislativa, a partire dai primi anni Novanta, è stata costantemente quella di positivizzare sempre di più le regole di comportamento della pubblica amministrazione, restringendo il campo dell'eccesso di potere e del merito amministrativo<sup>205</sup>.

Ferme le due opinioni più estreme, un orientamento dottrinale e giurisprudenziale in qualche modo mediano, ma non per questo poco eversivo visto che riapriva le porte dell'art. 323 c.p., con un ragionamento di stampo teleologico, all'eccesso di potere inteso come sviamento dall'interesse pubblico – argine esterno alla discrezionalità –, considerava precluso il sindacato del giudice penale sul merito amministrativo e in generale sull'illegittimità da vizio di eccesso di potere individuato sulla base delle mere figure sintomatiche, ma riteneva invece pacificamente integrato il presupposto della violazione di legge non solo quando erano state violate le forme, le procedure o i requisiti richiesti dalla legge, ma anche quando la condotta non si era

conformata al presupposto stesso da cui trae origine l'attribuzione del potere, essendo caratterizzato questo, contrariamente all'autonomia ne-

---

<sup>203</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 391 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 73; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 95; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 282; A. LANDOLFI, *Brevi riflessioni de iure condito e de iure condendo*, cit., 1094 ss.; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 237. Cfr. anche S. SEMINARA, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, cit., 521.

<sup>204</sup> In base all'art. 13 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), «L'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene». Cfr. M. SCOLETTA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, cit., 453; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 907.

<sup>205</sup> Cfr. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 103.

goziale del diritto privato, dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale.

Il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge, quale uno scopo egoistico, si poneva «fuori dallo schema di legalità»<sup>206</sup>.

All'agente pubblico, come è stato illustrato, poteva consentirsi al più un eccesso di potere intrinseco, che si configurava quando la condotta si collocava all'interno delle possibili opzioni che la norma attributiva del potere discrezionale gli consentiva, mentre si era in presenza di una violazione di legge quando l'eccesso di potere era estrinseco perché il cattivo uso del potere discrezionale non si limitava a violare i limiti interni della discrezionalità, «ponendosi in contrasto con l'interesse per il quale il potere [era] attribuito e, quindi, fuori dalla stessa discrezionalità ontologicamente intesa»<sup>207</sup>.

Era, questa – come avremo modo di approfondire più avanti – l'ipotesi dello sviamento di potere, che rendeva evidente come la dimensione penalistica dell'abuso – il cui nucleo fondamentale consisteva tradi-

<sup>206</sup> Cass., 9 febbraio 1998, n. 5820, Mannucci, in *Giust. Pen.*, II, 1999, 285 e in *Cass. pen.*, 1999, 1761 ss., con nota di M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge"*, cit., 1763 ss. Cfr. A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 297 s.; F.C. PALAZZO, *Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)*, cit., 456. Successivamente, come avremo modo di vedere, sostanzialmente sulla stessa linea, Cass., SS.UU., 29 settembre 2011, n. 155, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>. Cfr. C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 939.

<sup>207</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, cit., 240 s.; M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 43. Cfr. G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5, 2021; N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 264. M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 7-8, 2021, 93 sostiene invece che la giurisprudenza avrebbe «ricondotto nell'area dell'abuso sia l'eccesso di potere c.d. intrinseco (per violazione dei limiti interni della discrezionalità), che si ha quando, per effetto di un cattivo bilanciamento degli interessi in gioco, si persegue un fine diverso da quello cui l'atto avrebbe dovuto essere diretto, sia l'eccesso di potere c.d. estrinseco (per violazione dei limiti esterni), quando siano perseguiti addirittura interessi collidenti con quelli per i quali il potere è attribuito».

zionalmente proprio nell'eccesso di potere come sviamento dalla sua causa tipica, che rinveniva la sua matrice

nel *détournement de pouvoir* come vizio dell'atto amministrativo attraverso cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese cominciò, dopo la metà dell'Ottocento, ad ammettere un parziale controllo giudiziale dell'*acte discretionnaire*<sup>208</sup>

– avesse assunto una forza capace di resistere alla nuova formulazione normativa, dai contenuti volutamente più limitati<sup>209</sup>. La distorsione teleologica della funzione amministrativa continuava a rappresentare un elemento identitario della fattispecie di abuso d'ufficio<sup>210</sup>. Per certi versi, ancora una volta, l'abuso (atto arbitrario) in senso soggettivo riappariva all'orizzonte<sup>211</sup>.

La ragione di fondo di una tale lettura, del resto, era sempre la stessa: come ricordato da Pagliaro, la discrezionalità amministrativa – che trova espressione in atti frequentemente al centro dell'attenzione penalistica – si differenzia nel profondo dall'attività privatistica, proprio

<sup>208</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 148. A. GAMBUTI, *Abuso d'ufficio e sviamento di potere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 725 ritiene che lo sviamento sussista «ogni qualvolta il soggetto qualificato, pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio dei suoi poteri, persegua un fine diverso da quello per il quale tali poteri gli sono stati conferiti». A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 267, analizza criticamente, tra i possibili effetti di questa lettura, il rischio di mettere sotto accusa un certo sistema di amministrazione.

<sup>209</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8; M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge"*, cit., 1764; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 913. Sulla centralità dello sviamento cfr. anche L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 293; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 57.

<sup>210</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 404.

<sup>211</sup> Non a caso A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 293 richiamano, nei confronti dell'atto discrezionale, la distinzione tra abusività oggettiva e soggettiva di Manzini.

perché non è libertà assoluta di agire ma incontra dei limiti precisi. Deve considerarsi vincolata, almeno in una certa misura, dal perseguimento dell'obiettivo concreto in funzione del quale il potere è stato attribuito (interesse pubblico) e, più in generale, dalle regole del buon andamento e dell'imparzialità<sup>212</sup>.

In conclusione, così, possiamo affermare che, dietro l'apparenza della violazione di una norma di legge "in senso lato"<sup>213</sup>, secondo una convinzione largamente diffusa nella dottrina italiana, l'eccesso di potere – nel suo nucleo più significativo, lo sviamento – manteneva la sua rilevanza in quanto connaturato all'esistenza stessa di una incriminazione per abuso d'ufficio<sup>214</sup>.

La riforma del 1997, quindi, non era riuscita a ottenere il risultato perseguito dal legislatore: il delitto di abuso d'ufficio continuava a costituire la via più semplice per l'ingresso «del potere di controllo del giudice penale sull'esercizio funzionale pubblico»<sup>215</sup>. La norma giuridica trasgredita, ancora una volta, non essendo formalizzata con sufficiente precisione, non era individuabile con anticipo e finiva per essere ricostruita dal giudice penale nell'esercizio di poteri sostanzialmente normativi<sup>216</sup>.

<sup>212</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 110.

<sup>213</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 138.

<sup>214</sup> T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 122; M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 145 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 108; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 366.

<sup>215</sup> F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., 1615. Cfr. in toni critici nei confronti delle voci che hanno cercato di recuperare le prestazioni del vecchio abuso d'ufficio in direzione di un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito della discrezionalità amministrativa G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 s.

<sup>216</sup> G. CIAGLIA, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento oggettivo*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 29 ss.; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 15.

Questo, si ipotizzava, anche grazie al *deficit* di determinatezza e tassatività che caratterizzava la nozione di “violazione di legge”, reinterpretata dalla giurisprudenza, come avremo modo di vedere ancora più nel dettaglio, come una clausola generale dalla «portata coincidente con la stessa definizione dell'oggetto di tutela»<sup>217</sup>.

Come è stato lucidamente chiarito da una dottrina molto attenta, il giudizio sul fatto non può esaurirsi nell'apprezzamento del bene leso, ma deve tener conto della gravità della lesione che il fatto provoca e il raggiungimento di questo coefficiente di gravità attraverso il semplice verificarsi dell'evento è raro; va limitato a beni di particolare importanza<sup>218</sup>. Più frequentemente, e di certo nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, si deve realizzare in virtù del particolare atteggiarsi della condotta umana, che non può essere definita – pena lo svuotamento della definizione – attraverso il semplice richiamo di una formula che in realtà definisce anche l'oggetto della tutela.

Non è un caso che, nel quadro qui descritto, di fronte a “nuovi” sospetti di incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 25 e dell'art. 97 Cost., la stessa Consulta avesse invitato i giudici – anche se implicitamente – a un'interpretazione dell'art. 323 c.p. maggiormente aderente ai canoni costituzionali<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 5. Nello stesso senso L. STORTONI, *Un ringraziamento, un ricordo e un pensiero*, in *Indice Pen.*, 2017, 1019, che rileva come si assista a un pericoloso fraintendimento: il bene giuridico e l'antigiuridicità si sostituiscono alla descrizione della condotta e quindi alla tipicità.

<sup>218</sup> Per queste considerazioni cfr. L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 106 s.

<sup>219</sup> Cfr. ord. Corte cost. 14 luglio 2016, n. 177, in *Cass. pen.*, 2016, 3585, con la quale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. – censurato, per violazione degli artt. 25, c. 2, e 97, c. 2, Cost., nella parte in cui, secondo il «diritto vivente», esso includerebbe nel requisito della «violazione di norme di legge», necessario per la configurazione della fattispecie incriminatrice dell'abuso di ufficio, anche la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e quella di norme previste nei contratti collettivi di lavoro, in atti amministrativi o circolari e di norme discendenti da prassi amministrative – è stata dichiarata manifestamente inammissibile, in quanto la fattispecie oggetto della delibazione giudiziale era stata descritta in modo del tutto insufficiente e ciò non consentiva di verificare sotto quale specifico profilo la disposizione censurata dovesse essere applicata per definire il giudizio princi-

### 3.2.3. *Le ulteriori novità introdotte nel 1997, tra tipicità e colpevolezza*

#### 3.2.3.1. *La violazione del dovere di astensione*

Veniamo quindi a considerare gli ulteriori contenuti della disposizione riformulata nel 1997, a partire dalla previsione con la quale il legislatore ha inteso recuperare la punibilità di alcuni dei fatti originariamente ricompresi nella fattispecie abrogata di cui all'art. 324 c.p., offrendo una miglior prestazione in termini di determinatezza<sup>220</sup>.

La seconda modalità della condotta prevista dall'art. 323 c.p. offre tutela penalistica contro il conflitto di interessi<sup>221</sup>, codificando per la prima volta all'interno del reato il principio generale dell'obbligo di astensione<sup>222</sup>: la causazione intenzionale dell'evento deve avvenire in violazione del dovere di astensione imposto ai soggetti pubblici in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti.

Il legislatore ha fatto propria una posizione che si allontana dall'interpretazione, più estrema, che era stata formulata in merito al delitto di interesse privato in atti d'ufficio, utilizzato in passato per sanzionare gli obblighi di astensione.

Non è più sufficiente a integrare il reato una semplice violazione dell'obbligo di astensione, senza un reale atteggiamento di abuso, con coincidenza di interesse pubblico e interesse privato: deve essere realizzata piuttosto una condotta con quelle caratteristiche attraverso la quale il soggetto pubblico abbia intenzionalmente procurato un vantaggio

pale. La Corte ha affermato comunque che ritenere pacificamente integrata la violazione di legge per il tramite dell'art. 97 Cost. non corrispondesse al "diritto vivente", sussistendo un contrasto diacronico di giurisprudenza, in relazione al quale era possibile operare un'interpretazione conforme a Costituzione. La Corte costituzionale ha quindi invitato implicitamente i giudici a un'interpretazione maggiormente aderente ai canoni costituzionali: F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 42.

<sup>220</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 304.

<sup>221</sup> R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 744; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 60.

<sup>222</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 100.



patrimoniale ingiusto (a sé o ad altri) o arrecato ad altri un danno ingiusto<sup>223</sup>.

Neppure questa modalità della condotta però esonera l'interprete dall'affrontare alcune questioni delicate.

L'obbligo di astensione può trovare la propria fonte proprio nell'art. 323 c.p.?

Nonostante i rischi che si possono facilmente immaginare, la risposta non può che essere positiva.

Qualora si sia "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto", il legislatore ha inteso ancorare la punibilità alla violazione di un obbligo di astensione di carattere generale, che peraltro prevale su altre norme che si limitino a prevedere la facoltà di astenersi<sup>224</sup>. Proprio

---

<sup>223</sup> Cfr. Cass., 15 febbraio 2000, n. 11600, in *Cass. pen.*, 2003, 511, in cui chiaramente si riconosce che: «in tema di abuso di ufficio, il consigliere comunale non ha il dovere di astenersi da delibere di approvazione di piani regolatori generali, trattandosi di atto finale di un procedimento complesso in cui confluiscono e si compensano molteplici interessi, collettivi o individuali, sicché il voto espresso dal singolo amministratore non riguarda una specifica prescrizione ma il contenuto generale dell'atto. Sussiste invece il dovere di astensione, ed è conseguentemente configurabile il reato in caso di mancata astensione, qualora si tratti di partecipazione a delibere su opposizioni al piano regolatore generale riconducibili a interessi personali sia propri dell'amministratore sia di un prossimo congiunto». Come rileva E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 335, poi, nessuna rilevanza penale potrà avere la violazione del dovere di astensione qualora non si provi con certezza che, senza di essa, non si sarebbe verificato il danno ingiusto o il vantaggio patrimoniale ingiusto. Cfr. anche R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, cit., 900 ss. che si sofferma sulle differenze in campo amministrativo e penale. Come già illustrato, anche l'omessa astensione può rilevare come modalità della condotta costitutiva del reato sia con riferimento a un'attività giuridica, sia con riferimento a quella materiale: Cass., 24 settembre 2012, n. 40824, in *Cass. pen.*, 2013, 2687: «Configura il reato di abuso di ufficio la condotta del medico ospedaliero che, contravvenendo all'obbligo di astensione, all'atto delle dimissioni di un paziente sottoposto a intervento chirurgico lo invita a recarsi presso il proprio studio professionale per la visita di controllo post-operatoria invece di indirizzarlo presso il medesimo presidio ospedaliero». *Contra* però Tribunale Torino, 7 gennaio 1998, in *Guida al diritto*, 1998, 13, 95, in cui si è escluso che il dovere di astensione possa ricorrere in ipotesi di meri comportamenti materiali (consigli dati nel corso di una visita medica). Cfr. C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 961.

<sup>224</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 39 s.

la previsione alternativa di tale modalità della condotta a quella di “violazione di legge o di regolamento” ha indotto infatti a concludere in termini convincenti che non occorre un ulteriore riferimento normativo: è lo stesso art. 323 c.p. a fondare l’obbligo di astenersi<sup>225</sup>, purché la situazione di conflitto di interessi sia identificabile *ex ante* come un fattore inquinante<sup>226</sup>. Le ipotesi che possono ricadere nella norma così interpretata non sono poche se si tiene conto del fatto che, nonostante l’invito della dottrina a preferire una soluzione che restringa la nozione di interesse a quello di carattere patrimoniale<sup>227</sup>, esso è inteso dalla giurisprudenza in termini molto ampi: può avere carattere sia patrimoniale sia non patrimoniale, fino ad assumere i contorni di un mero coinvolgimento morale o affettivo, essendo stato letto come «finalità di favorire altri quando da ciò derivi per l’agente una situazione di vantaggio nella sfera personale delle sue relazioni sociali e amicali»<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L’abuso d’ufficio tra diritto e ragione*, cit., 38; M. CATENACCI, *Abuso d’ufficio*, cit., 137; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 266. In giurisprudenza cfr. Cass., 14 aprile 2003, n. 26702, in *Cass. pen.*, 2005, 50 e Cass., 19 ottobre 2004, n. 7992, in *DeG - Dir. e giust.*, 2005, 25, 77, dove, in termini molto chiari, la Suprema Corte ha affermato che «l’obbligo di astensione in presenza di un interesse personale, imposto al pubblico ufficiale di cui all’art. 323 c.p. costituisce un principio generale, che prevale – e di conseguenza annulla – l’eventuale mera facoltà di astensione riconosciuta al pubblico ufficiale da norme speciali» (di conseguenza, il magistrato del p.m., il quale ometta di astenersi dall’adottare provvedimenti del proprio ufficio, pur in presenza di un interesse personale, commette il reato di cui all’art. 323 c.p., a nulla rilevando che l’art. 52 c.p.p. preveda una mera facoltà, e non un obbligo, di astensione).

<sup>226</sup> Cfr. N. PISANI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 269.

<sup>227</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 265.

<sup>228</sup> Cass., 4 febbraio 1998, in *Riv. giur. polizia*, 1999, 202. Cfr. M. ROMANO, *Abuso d’ufficio*, cit., 366; M. CATENACCI, *Abuso d’ufficio*, cit., 138; M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323 c.p.*, cit., 16; R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., 747; G. RUGGIERO, *Abuso d’ufficio*, cit., 370; E. INFANTE, *L’abuso d’ufficio*, cit., 337 e C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 127 s., che sottolinea come una nozione di interesse proprio che ricomprenda, per queste ragioni, chi sia legato all’agente da strettissimi vincoli affettivi rende poco rilevante il problema che pone l’interpretazione della nozione di “prossimo congiunto”. Su quest’ultimo aspetto cfr. A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio*, cit., 105. A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 306 e M. ROMANO, *Abuso d’ufficio*, cit., 367 evidenziano però come non possa essere sufficiente, per l’integrazione del reato, “la finalità di favorire altri”, perché si

Se si considera la norma disegnata dalla riforma del 1997, nella sua complessità, si può poi osservare che, qualora la violazione del dovere di astensione “negli altri casi prescritti” dipenda da una legge o da un regolamento, la condotta risulta già punibile sotto il profilo della mera violazione di tali norme contemplata dall'art. 323 c.p., nella sua prima parte. Ci si chiede, allora, se i doveri di astensione rilevanti in questo contesto possano essere desunti anche da fonti diverse, come un ordine o una circolare, che possono fondarli nei confronti di particolari categorie di soggetti o nei confronti della generalità degli agenti pubblici<sup>229</sup>.

All'opinione di chi ritiene sufficiente che si tratti di ipotesi di astensione prescritte da norme giuridiche qualsiasi, purché scritte – anche in considerazione del fatto che si è in presenza di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale sia pure attraverso il rinvio ad altre fonti normative extra-penali, per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto<sup>230</sup> –, si contrappone quella di chi richiede che le ulteriori prescrizioni corrispondano invece solo a previsioni legislative o regolamentari per evitare l'intervento di fonti con un livello molto basso di formalizzazione<sup>231</sup>, anche se per tale via si finisce naturalmente per privare di significato l'estensione dell'omessa astensione “agli altri casi prescritti”. La soluzione più coerente con il

---

finirebbe per aprire le porte dell'abuso d'ufficio a ogni ipotesi di gestione di attività discrezionale a fini di vantaggio (o di danno, sviluppando un discorso simile), con recupero di paradigmi del passato che la riforma ha voluto archiviare.

<sup>229</sup> Cfr. C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, cit., 339.

<sup>230</sup> B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2021 (19 gennaio 2021), 3; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 338; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 307; G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*. *L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 177. Ritengono sufficiente qualunque fonte formale, anche non regolamentare, A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, cit., 1843 ss. e A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 107. M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 364 non ritiene necessario neppure che le norme siano scritte.

<sup>231</sup> Cfr. M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci e ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, cit., 1052; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 267; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 293 e C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 121 ss., che ritiene questa interpretazione più coerente con l'intera disposizione e fornisce un elenco molto ampio di norme che fondano il dovere di astensione. Il dibattito è descritto da M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 138.

principio di legalità appare, quindi, almeno fino all'intervento normativo del 2020, poco ragionevole.

A uno sguardo più approfondito, del resto, gli effetti pratici di tale opzione non sembrano molto significativi. Se ci riferiamo anche soltanto al codice di comportamento dei dipendenti pubblici (artt. 6 c. 2 e 7 c. 1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62), ci imbattiamo in termini dal significato elastico, che fondano obblighi di astensione di ampia portata e limitata determinatezza. Basti ricordare che il dipendente è tenuto ad astenersi «in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza»<sup>232</sup>. In base all'art. 6-*bis* l. 7 agosto 1990 n. 241 (introdotto nel 2012), poi, il responsabile del procedimento e gli altri titolari degli uffici competenti ad adottare gli atti del procedimento «devono astenersi in caso di conflitto di interessi».

Con riferimento all'omessa astensione, la giurisprudenza ha richiamato i principi costituzionali di imparzialità o di fedeltà e i doveri connessi, come quello di astensione, che incombono su tutti i cittadini a cui sono affidate pubbliche funzioni<sup>233</sup>. Questa seconda parte del testo legislativo – vigente la formulazione del 1997 – è stata tuttavia ben poco frequentata dalla giurisprudenza e, forse proprio per questo, non ha sol-

---

<sup>232</sup> Art. 6 c. 2 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62: «Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici». Art. 7 c.1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62: «Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».

<sup>233</sup> Cass., 6 novembre 1998, n. 11549, in *Riv. pen.*, 1998, 985.

levato grandi contrasti dottrinali. I dubbi più seri, come vedremo, si sono posti a seguito della riforma del 2020.

### 3.2.3.2. *L'abuso d'ufficio come reato di evento e il nodo della causalità*

Per quanto riguarda la struttura del reato, il nuovo abuso d'ufficio è stato costruito come reato di evento. Ciò che nella versione del 1990 costituiva un mero oggetto di dolo specifico e che dunque poteva condurre alla punibilità indipendentemente dalla sua realizzazione in concreto – il vantaggio patrimoniale ingiusto proprio o altrui e il danno ingiusto altrui – è diventato elemento costitutivo del reato.

Non ogni violazione di legge o di regolamento e non ogni omessa astensione sono punibili, ma solo quelle che si pongono in relazione causale con l'evento<sup>234</sup>. Per insuperabili connotazioni ontologiche della condotta tipica, il nesso ha tuttavia delle caratteristiche particolari, che non riflettono un vero e proprio processo causale percepibile sul piano fisico-naturalistico. L'accertamento non può essere impostato su basi nomologiche-causali; secondo taluno, si potrebbe, forse, fare ricorso a generalizzazioni del senso comune, massime di esperienza ricavate dall'ordinaria prassi amministrativa, ma esse sarebbero prive di un «reale contenuto informativo criticamente controllabile» e come tali inutilizzabili in sede penale<sup>235</sup>.

Esiste più di un ostacolo nell'individuare l'evento lesivo prima e a prescindere dall'identificazione dell'infrazione normativa che lo ha cagionato; è più convincente, secondo taluno, pensare a una frequente individuazione del danno o del vantaggio attraverso un processo circolare e contestuale rispetto all'individuazione della condotta posta in essere in violazione di legge e/o di regolamento<sup>236</sup>.

Se, da un lato, così, vi è chi ha parlato del nesso causale come «evenienza soprattutto teorica», perché vantaggio e danno sarebbero di regola incorporati nella condotta costituente violazione di legge o di regolamento e nell'omessa astensione consentendo una distinzione solo lo-

---

<sup>234</sup> C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 928.

<sup>235</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 49 s.

<sup>236</sup> Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 56.

gica<sup>237</sup>, dall'altro, vi è chi ha cercato comunque di prendere molto sul serio questo requisito, per evitare di trasformare l'art. 323 c.p. in una norma espressiva di un diritto orientato alla repressione generalizzata della mera violazione di un dovere e, quindi, in un reato di pura condotta punito in base a un evento finale declassato al rango di mera condizione obiettiva di punibilità<sup>238</sup>. Solo il nesso di "causalità normativa" è «in grado di modellarne il *Tatbestand* in modo che il disvalore d'azione (violazione di norme di legge o di regolamento) produca un disvalore d'evento (vantaggio o danno)»<sup>239</sup>.

Secondo un'attenta dottrina, il nesso della causalità normativa dovrebbe essere accertato secondo il modello dell'evitabilità in astratto o quello dell'evitabilità in concreto.

L'evento materiale, nella prima prospettiva, deve costituire la specifica proiezione offensiva «di una condotta qualificata dal contrasto con un ben preciso parametro astratto di legalità amministrativa»<sup>240</sup>; la proposta richiama la teoria dello scopo della norma violata elaborata originariamente sul terreno dell'imputazione oggettiva dell'evento nei reati colposi con struttura naturalistica, ma proposta poi come nesso di rischio anche per i reati dolosi d'evento<sup>241</sup>, al fine di integrare il tradizio-

<sup>237</sup> S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 268.

<sup>238</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 35 ss.; 170.

<sup>239</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 38.

<sup>240</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 35. A pagg. 81 ss. del volume viene descritto più nel dettaglio il modello dell'evitabilità in astratto dell'evento nell'ambito dell'abuso d'ufficio e il contesto in cui può operare.

<sup>241</sup> In Italia la categoria dell'imputazione oggettiva si riscontra in diversi contributi. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Vol. I, III ed.*, Milano, 2004, Art. 40, 362 s.; Art. 41, 407 evidenzia che la teoria dell'imputazione oggettiva «richiede che l'agente abbia creato un pericolo riprovato dall'ordinamento e che tale pericolo si sia poi realizzato nel concreto prodursi dell'evento», ricercando «una delimitazione su un terreno normativo-teleologico (fondamentalmente) comune ai reati dolosi e colposi». Di fronte a un evento si deve verificare «se esso, nelle concrete modalità di accadimento, è ricompreso nel novero di quelli che la norma violata dal soggetto si riprometteva di impedire». Per approfondimenti, in una bibliografia molto vasta, cfr. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 231 ss., 252 ss. Come illustra A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 175, il

nale criterio causale nei casi in cui non si riscontri una capacità di dominio sul decorso causale da parte dell'agente. Non sono molti, però, i casi in cui le norme che regolano l'esercizio dei poteri pubblici predeterminano criteri analitici per l'elaborazione del contenuto della decisione finale e quindi consentono la formulazione di un giudizio congegnato in questi termini<sup>242</sup>. Il modello è utilizzabile di regola nei casi di attività vincolata, dove gli interessi pubblici e privati trovano una soddisfazione "preregolata" nella norma giuridica. Nell'area della discrezionalità – sempre che di discrezionalità si possa ancora parlare – invece, il modello si può applicare solo nei pochi casi in cui la normativa di attribuzione si occupi direttamente di fissare i parametri sostanziali di valutazione degli interessi in causa e quindi, in qualche misura, ci si trovi in presenza di norme che regolamentano i profili (ancora una volta) vincolati della decisione amministrativa.

Per queste ragioni, come questa dottrina ha correttamente illustrato, il modello dell'evitabilità in astratto – che rappresenta la soluzione più convincente anche se può scontrarsi con le incertezze intrinseche all'attività ermeneutica – può operare raramente, lasciando altrimenti spazio al modello dell'evitabilità in concreto, che trova applicazione nella maggior parte dei casi. Nelle ipotesi più frequenti ma definite dallo stesso autore, che ha proposto questa lettura, più problematiche – perché non è ravvisabile la presenza di un nesso di congruità lesiva tra norma violata ed evento sul piano normativo astratto, visto che la legge si limita a disciplinare le modalità di esercizio del potere amministrativo (es. violazione di una norma procedimentale) – si chiede al giudice di verificare attraverso una prognosi di tipo ipotetico-congetturale, da effettuare *ex post* e in concreto, se una condotta conforme agli *standards* di legittimità avrebbe evitato l'evento con certezza o alto grado di probabilità (criterio del comportamento alternativo lecito)<sup>243</sup>. Fermo il

---

criterio dello scopo di protezione è destinato ad accertare se la norma che è stata violata serve proprio a evitare l'evento concreto che si è verificato.

<sup>242</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 57 si esprime in termini critici nei confronti di questo criterio, vista la difficoltà di rinvenire nella sterminata produzione legislativa e regolamentare delle direzioni univoche di tutela.

<sup>243</sup> Così A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 264 s. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 43

fatto che esistono delle norme che *a priori* non vanno considerate perché riguardano solo l'organizzazione amministrativa e non sono funzionalizzate alla tutela degli interessi individuali, dal rispetto delle norme procedurali ci si può attendere tuttavia, al limite, solo un vantaggio eventuale.

I difetti principali di tale lettura, che offre degli spunti di riflessione interessanti, sono stati colti proprio da colui che l'ha proposta: i criteri enunciati sono stati applicati con maggior frequenza nell'ambito dei reati colposi d'evento<sup>244</sup>, caratterizzati dalla violazione di regole cautelari preordinate alla prevenzione di specifiche modalità di produzione dell'evento, quando invece le norme previste per regolare l'esercizio dei poteri amministrativi non sono concepite allo scopo di prevenire lesioni ai beni giuridici attraverso la prefigurazione di specifici decorsi causali orientati a un evento da evitare.

Gli strumenti basati sul comportamento alternativo lecito e sullo scopo della norma violata – valorizzati in un'ottica più moderna, e, per quanto riguarda il nesso di rischio, addirittura come una sorta di ele-

---

descrive questa proposta ermeneutica come un tentativo che è stato operato prendendo spunto dalla tematica dei reati omissivi impropri e dalle connesse posizioni di garanzia o da quella dei reati colposi.

<sup>244</sup> A. PERIN, *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in M. DONINI (dir. da), *Enciclopedia del diritto. I tematici. II-2021. Reato colposo*, Milano, 2021, 284, riferendosi all'imputazione a titolo di colpa evidenzia come la "causalità della colpa" o "nesso di rischio" si identifichi con due momenti di giudizio successivi e complementari: il primo volto a stabilire se l'evento verificatosi riflette l'ambito o lo scopo di protezione della regola cautelare violata, il secondo diretto a verificare se il comportamento alternativo adeguato alla regola di condotta (lecito) avrebbe evitato l'evento. Cfr. tuttavia M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 2 ss., per una riflessione ad ampio spettro sull'imputazione oggettiva, intesa come «nesso di rischio», un criterio che si colloca trasversalmente, a cavallo tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo, e che può essere utilizzato anche per i reati dolosi. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 266, invece, afferma che se, nel settore della colpa, il rischio adeguato fornisce una misura di valutazione di ogni azione che abbia causato involontariamente un evento tipico, nell'ambito della responsabilità dolosa quel criterio non trova spazio in relazione alle attività tipicamente realizzate al fine di offendere beni protetti penalmente.



mento nuovo del fatto tipico<sup>245</sup>, o di criterio oggettivo «che realizza a diversi livelli le esigenze di garanzia che i principi del fatto proprio e di offensività impongono nel giudizio di attribuzione dell'evento e della responsabilità penale»<sup>246</sup> – non operano come criteri esclusivi di attribuzione del risultato lesivo, ma solo come parametri ulteriori di delimitazione della rilevanza del nesso innestati su di una previa verifica dello stesso orientata secondo il metodo della sussunzione sotto leggi. Nell'abuso d'ufficio, invece, come abbiamo detto, esclusa la possibilità di accertare il nesso attraverso un giudizio di eliminazione mentale basato su parametri nomologici-generalizzanti, l'impiego di strumenti di imputazione giuridica basati sul collegamento logico tra la violazione delle norme e l'evento finisce per fungere da unico sostitutivo della causalità<sup>247</sup>.

Come avremo modo di approfondire, è proprio per esigenze di determinatezza e prevedibilità, allora, che ci sembrerebbe preferibile incentrare il perno della spiegazione causale sull'individuazione di un rapporto preciso di congruità offensiva tra il tipo di violazione del pubblico agente e il risultato lesivo prodottosi, utilizzando un modello più controllabile di quello meramente ipotetico, che si accontenta di un convincimento a carattere probabilistico e a fondamento induttivo, an-

---

<sup>245</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., 136 ss. (con riferimento all'abuso d'ufficio).

<sup>246</sup> ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 57.

<sup>247</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 39 ss. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 58 ss., critico nei confronti di questa proposta – pur salvando il criterio del “comportamento alternativo lecito” – valorizza il dolo intenzionale in funzione “disambiguante”, sottolineando la profonda differenza che esiste, sul piano della consapevolezza delle conseguenze della propria infrazione, tra chi commette un abuso d'ufficio e chi provoca colposamente un evento dannoso allontanandosi dalle regole cautelari. Egli ritiene che sia l'intenzionalità a dare sostanza penalistica alla fattispecie di abuso, altrimenti indistinguibile da ogni altra infrazione a carattere disciplinare o amministrativo. In un diverso passaggio, peraltro, in termini più condivisibili, afferma che bisogna evitare l'errore di spostare il baricentro dell'edificio sanzionatorio pressoché interamente sull'intenzionalità dell'abuso: l'accertamento sulla sussistenza del reato si sostanzierebbe in un processo alle intenzioni. Le argomentazioni spese ci riportano indietro nel tempo, quando la riflessione verteva intorno al ruolo determinante del dolo specifico.

che se la conseguenza che ci sembra inevitabile è quella di delimitare di molto il campo delle violazioni possibili, con la richiesta che l'evento sia il prodotto della trasgressione di regole di disciplina dell'agire amministrativo alle quali si possano assegnare finalità sostanziali di tutela degli interessi materiali da salvaguardare. L'accertamento del nesso inteso in questi termini è coerente con un'idea di congruità offensiva della fattispecie più verificabile in sede giudiziale e possiede il pregio di offrire un filtro, almeno per quanto riguarda la prima modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio, per individuare anche la tipologia di norme la cui violazione può assumere rilevanza secondo l'art. 323 c.p.<sup>248</sup>.

Al di là dei risultati ottenuti in sede giurisprudenziale, sui quali avremo modo di soffermarci nel prossimo capitolo, la dottrina che ha valorizzato nei termini descritti, o comunque simili, l'importanza del nesso causale non può dirsi isolata. Vi è chi ha affermato che, dal punto di vista normativo, la violazione dovrebbe essere stabilizzata da un duplice nesso: «pertinenziale, con riferimento alla funzione o al servizio; causale, rispetto alla verifica dell'evento»<sup>249</sup>. In termini più precisi, è necessario che si accerti un nesso di implicazione logica tra la violazione contestata e uno degli eventi tipici<sup>250</sup>.

A differenza del vantaggio, che può essere solo patrimoniale, il danno può assumere veste sia patrimoniale sia non patrimoniale. Nella prospettiva abbracciata dal legislatore del 1997, come abbiamo anticipato, per le ipotesi di favoritismo semplice o non affaristico la sanzione penale non è necessaria.

Il vantaggio patrimoniale consiste nel conseguimento di qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, da considerare alla luce del complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale a cui si dà

---

<sup>248</sup> Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 54 s.

<sup>249</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 9. Come chiarisce anche M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 76, può essere presa in considerazione solo «la violazione di norme pertinenti all'esercizio delle funzioni o del servizio e tali da provocare gli eventi».

<sup>250</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 407.

vita per effetto della condotta<sup>251</sup>. In alcune sentenze, sempre riferendosi a questi rapporti, e sempre purché sussista il carattere sopra descritto, si parla di abuso come rivolto non solo a procurare beni materiali, quanto anche «a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere»<sup>252</sup>.

Il vantaggio deve essere conseguito “per sé o per altri” e, tra questi ultimi, vi è chi vi fa rientrare anche la P.A. e, addirittura, anche la pubblica amministrazione di appartenenza<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Così Cass., 5 ottobre 1999, n. 12944, in *Cass. pen.*, 2001, 843, con riferimento a una fattispecie in cui si è ritenuto integrato il vantaggio patrimoniale a seguito dell'abusivo rilascio di una autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale. A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 317 fa riferimento a qualsiasi utilità il cui valore possa essere, in qualche modo, monetizzabile. Cfr. C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 966 s.

<sup>252</sup> Cass., 27 ottobre 2009, n. 43302, in *CED Cassazione penale 2009*. Seppur con riferimento alla fattispecie allora vigente, si è negata la patrimonialità del vantaggio nel caso di rilascio illegittimo di concessioni di sepoltura privilegiata, finalizzato a procurare ingiusto vantaggio ai privati concessionari (Cass., 27 maggio 1995, n. 1260, in *Cass. pen.*, 1997, 394). Allo stesso modo il vantaggio patrimoniale è stato qualificato come «un beneficio economicamente apprezzabile, nel senso che deve avere un connotato di intrinseca patrimonialità oppure deve derivare dalla creazione di una condizione più favorevole sotto il profilo economico, non potendosi considerare sufficiente il determinarsi di una situazione solo indirettamente o potenzialmente valutabile economicamente»; il requisito è stato ritenuto non sussistente in un'ipotesi in cui era stata contestata a un magistrato l'ingerenza sull'esito dei procedimenti penali e disciplinari a suo carico (Cass., 20 settembre 2005, n. 39259, in *Cass. pen.*, 2006, 3643). Come rileva A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 318, se procura un ingiusto vantaggio patrimoniale il commissario che fa vincere un concorso per l'attribuzione di un posto di lavoro o per l'abilitazione alla professione, non altrettanto vale per il professore che fa superare un singolo esame universitario. Cfr. G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, cit., 386.

<sup>253</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 281; M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 369; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 139; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 315 (il quale ritiene che anche per il danno si possa considerare “altra” l'amministrazione di appartenenza del soggetto attivo); S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 272. Come ben rileva C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 971, però, quando il vantaggio viene intenzionalmente procurato all'ente pubblico e alla collettività si fuoriesce da qualsiasi ricostruzione dell'abuso d'ufficio come forma intenzionale di arricchimento abusivo. Le cose cambiano quando il vantaggio alla P.A. sia intenzionalmente diretto a provocare – e provochi – un danno a terzi.

Il danno consiste in un “peggioramento” della posizione di un soggetto o, più precisamente, nella lesione di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio che fa capo al terzo<sup>254</sup>, *ivi* compresa, secondo la giurisprudenza, un’ingiusta aggressione alla sfera della personalità per come tutelata dai principi costituzionali (lesione della *privacy*)<sup>255</sup>. Possono rilevare anche i dolori o i dispiaceri per le vessazioni subite se si prestano a una valutazione di conformità o non conformità al diritto<sup>256</sup>.

### 3.2.3.3. *I requisiti ulteriormente selettivi, anche se con qualche incertezza, della doppia ingiustizia e dell'intenzionalità del dolo*

Danno e vantaggio patrimoniale, oltre che in rapporto di strumentalità con la condotta, devono essere ingiusti.

È stato precisato, del resto, che l’evento di danno o di vantaggio, preso da solo, ha una scarsa capacità selettiva, se si considera come la continua attività di ponderazione degli interessi che caratterizza la moderna amministrazione produca frequenti risultati favorevoli per taluni e sfavorevoli per altri, anche quando viene condotta legittimamente e in modo imparziale<sup>257</sup>.

Il nesso di causalità, richiesto dalla norma, già opera una selezione importante, se preso sul serio, ma agli stessi fini può essere valorizzato anche il requisito dell’ingiustizia. Nella versione del 1997 è stato riprodotto infatti l’elemento normativo che già figurava in quella del 1990, pur con riferimento al dolo specifico, suscitando tra gli interpreti reazioni molto divergenti tra loro.

---

<sup>254</sup> Cfr. Cass., 28 novembre 1994, in *Cass pen.*, 1996, 801, con riferimento al caso di un primario ospedaliero che, per ragioni riconducibili ad attriti personali con due aiuti dipendenti del reparto, li aveva esclusi dall’attività di sala operatoria e dalla normale attività del reparto destinandoli ad altro servizio (danno non patrimoniale). Cfr. E. INFANTE, *L’abuso d’ufficio*, cit., 351.

<sup>255</sup> Cfr. Cass., 27 novembre 2008, n. 46509, in *Riv. pen.*, 2009, 7-8, 851.

<sup>256</sup> A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 318 s.

<sup>257</sup> F.C. PALAZZO, *Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)*, cit., 454: l’Autore, però, non valorizza tanto il requisito dell’ingiustizia, quanto la centralità del nucleo di disvalore che risiede nella condotta di abuso. Cfr. anche F. SICILIANO, *Abuso dell’abuso d’ufficio*, cit., 575.

Secondo l'opinione espressa da qualche autore poco dopo la riforma del 1990, proprio nel requisito di illiceità speciale costituito dall'ingiustizia si poteva cogliere l'elemento in grado di focalizzare la necessaria disuguaglianza esistente tra illecito penale e illecito extrapenale<sup>258</sup>. Grazie a esso, si imponeva all'interprete di verificare che all'obiettiva strumentalizzazione dell'ufficio corrispondesse il perseguimento di un risultato obiettivamente ingiusto, perché integrante la violazione di posizioni tutelate dal diritto.

Allora, tuttavia, il connotato di disvalore dell'ingiustizia qualificava pur sempre l'oggetto di un'intenzione, e finiva per mutuare inevitabilmente le stesse incertezze che comportava l'accertamento di un connotato psicologico<sup>259</sup>.

È stato così soprattutto dopo la riforma del 1997 che il carattere dell'ingiustizia che deve ora caratterizzare l'evento ha aperto le porte a un dibattito estremamente interessante, che vede contrapposti coloro che lo considerano comunque pleonastico<sup>260</sup> – un requisito di illiceità espressa, che ripete e ribadisce quanto la fattispecie già esprime, o non esprime, compiutamente<sup>261</sup> – e coloro che invece vi attribuiscono una fonda-

<sup>258</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 230 s.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, 136 s.

<sup>259</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1211.

<sup>260</sup> S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 572 ss., già con riferimento alla formulazione esitata dalla riforma del 1990. Egli sosteneva, per esempio, che un'interpretazione in termini di antigiuridicità materiale poteva condurre a risultati aberranti sul piano della certezza del diritto, finendo per delegare al giudice penale il compito di tracciare il *discrimen* tra abusi giusti e ingiusti attraverso un sindacato inammissibile sul merito dell'attività amministrativa. ID., *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 525 ritiene che l'ingiustizia non possa non coincidere con l'illegittimità e, quindi, che il legislatore solo fittiziamente abbia introdotto il requisito dell'ingiustizia, che non adempie ad alcuna funzione costitutiva e fondante nella costruzione dell'illecito. A. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 59 parla di «superfetazione tassonomica degli elementi della fattispecie, priva di reali attitudini selettive». In termini critici A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 64, lo definisce «requisito “ad pompam”», che finisce solo per complicare i problemi interpretativi, con esiti poco incoraggianti.

<sup>261</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 90, sempre con riferimento alla versione del reato disegnata dalla riforma del 1990. Nello stes-

mentale centralità, quale requisito di illiceità speciale<sup>262</sup>, facendo propria la tesi – ampiamente radicata anche in giurisprudenza, come vedremo – della “doppia ingiustizia” della condotta e dell’evento e quindi della necessità che l’evento ingiusto assurga a *thema probandum* autonomo<sup>263</sup>.

In termini generali ci si limita spesso a chiedere che venga scissa la valutazione della legittimità della condotta da quella del risultato, ma senza ricorrere a valutazioni di carattere etico, politico o sociale<sup>264</sup>.

Una condotta qualificata come abusiva per la violazione di una norma di legge o di regolamento o per la violazione di obblighi di astensione può non integrare il reato di cui all’art. 323 c.p. quando il danno o il vantaggio siano in sé legittimi, per essere questi in sintonia con norme diverse e ulteriori da quelle sulla cui base la condotta è stata qualificata illegittima<sup>265</sup>. Detto altrimenti, in termini molto schematici – che

so senso cfr. anche A. MERLI, *Sindacato penale sull’attività amministrativa e abuso d’ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 303.

<sup>262</sup> Sulla distinzione tra illiceità espressa e illiceità speciale – legata, la prima, ai casi in cui la menzione dell’antigiuridicità risulti del tutto pleonastica e, la seconda, ai casi in cui vi si ravvisi un elemento costitutivo (normativo) del fatto-reato – cfr. D. PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss. Per un’ampia analisi della collocazione sistematica dei requisiti di illiceità speciale nella struttura del reato, anche a partire da una riflessione su questa distinzione: G. MORGANTE, *L’illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, 27 ss.

<sup>263</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’“abuso d’ufficio”*, cit., 243.

<sup>264</sup> Cfr. C.F. GROSSO, *L’abuso di ufficio*, cit., 322; P. PISA, voce *Abuso d’ufficio*, cit., 14; M. ROMANO, *Abuso d’ufficio*, cit., 372. Per un richiamo a una «nozione, sostanziale, del requisito della “ingiustizia”», che dovrebbe alludere a un non meglio definito “interesse reale” della P.A., cfr., tuttavia, Cass., 20 maggio 2022, n. 24553, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=../20220624/snpen@s60@a2022@n24553@tS.clean.pdf> e Cass., 31 maggio 2022, n. 26625, in [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI\\_VERTICALI/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2022/07/12/26625.pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2022/07/12/26625.pdf). Cfr. altresì le critiche di S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d’ufficio*, cit., 572 ss., a un’interpretazione che potrebbe essere formulata in questi termini.

<sup>265</sup> M. CATENACCI, *Abuso d’ufficio*, cit., 140. Per fare un esempio, basti pensare all’omessa astensione di un assessore comunale che aveva partecipato alla delibera con cui era stato liquidato il compenso al fratello per prestazioni professionali, compenso

peraltro si avvicinano ad alcune considerazioni svolte in merito all'accertamento del nesso causale – l'abuso non rileva se attraverso l'inosseranza si sia ottenuto un risultato identico a quello che si sarebbe ottenuto – o, più precisamente, si sarebbe potuto ottenere – se le norme fossero state osservate<sup>266</sup>.

Non è sempre facile, però, operare questa valutazione, a partire dall'individuazione del parametro al quale ancorare il giudizio di illiceità speciale – che peraltro qualifica solo l'evento<sup>267</sup> – posto che, a differenza di quanto avviene per la condotta, il legislatore non lo indica<sup>268</sup>: è difficile distinguere nettamente i confini dell'ingiustizia della condotta da quelli dell'evento<sup>269</sup>.

Non è chiaro se la contrarietà al diritto oggettivo del vantaggio conseguito o del danno procurato debba essere stimata in forza di un parametro di qualificazione diverso da quello già impiegato dal giudice per valutare il carattere *contra legem* della condotta rilevante.

Vi è chi ritiene infatti che si possa operare l'apprezzamento ricorrendo alle stesse norme che disciplinano la condotta e quindi l'attività di volta in volta in considerazione, senza che ciò rappresenti una duplicazione di giudizio, visto che, se esse sono applicate all'evento, muta pur sempre la prospettiva di valutazione: autonomia di valutazione non

comunque corrispondente al dovuto (e quindi giusto) (Cass., 21 febbraio 2003, n. 11415, in *Riv. pen.*, 2004, 81).

<sup>266</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 279.

<sup>267</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, cit., 115 s. distingue, sulla scorta della dottrina di lingua tedesca, i requisiti di illiceità speciale che in quanto tali esprimono una valutazione in termini di anti giuridicità della condotta – e che contengono un giudizio di valore nei confronti dell'intero fatto – dagli elementi normativi, che si limitano a qualificare, sia pure sotto la logica presupposizione di una norma, solo una parte del fatto o, più precisamente, taluni degli elementi che lo compongono.

<sup>268</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 407 ss.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 298; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 269.

<sup>269</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 40.

significa diversità del parametro, almeno per quanto riguarda l'ipotesi della violazione di legge o di regolamento<sup>270</sup>.

Non decisiva per una piena valorizzazione del presupposto, ma senza dubbio interessante, è la prospettiva di coloro che ritengono che la precisazione potrebbe essere, a prima vista, pleonastica e quindi capace solo di esplicitare quanto già ricavabile da una compiuta interpretazione della fattispecie incriminatrice, non potendo essere giusti il danno o il vantaggio perseguiti abusando delle funzioni pubbliche. Andando più a fondo, però, il requisito potrebbe assumere comunque un qualche significato se letto, più semplicemente, come indice a conferma dell'irrelevanza delle ipotesi di mera coincidenza tra interesse privato e interesse pubblico<sup>271</sup>. In caso di omessa astensione, per esempio, se l'atto compiuto soddisfacesse comunque l'interesse pubblico e rispettasse il principio di imparzialità, il reato non si configurerebbe<sup>272</sup>.

Se si lasciano da parte le interpretazioni che finiscono per considerare il requisito superfluo o lo depotenziano di molto, le chiavi di lettura più frequentemente offerte sono due.

Secondo la prima, che ricorda quella più in voga in ambito civilistico, l'evento in quanto tale, per essere ingiusto, deve essere contrario all'ordinamento nella sua interezza<sup>273</sup>. Potrebbero rilevare a tal fine anche

<sup>270</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 266 s.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 298. T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1004 rileva come sia essenziale la fondazione certa dell'ingiustizia, non anche la sua derivazione da un parametro necessariamente autonomo. In che modo l'ingiustizia si possa dire certamente fondata non è però così chiaro. Cfr. anche M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 8.

<sup>271</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, cit., 252. V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 229, in altri termini, con riferimento alla fattispecie di abuso d'ufficio uscita dalla riforma del 1990, riteneva che questo requisito avesse un significato simile a quello potenzialmente espresso da una causa di non punibilità introdotta per l'ipotesi in cui il pubblico agente avesse agito al fine esclusivo di procurare un vantaggio alla pubblica amministrazione.

<sup>272</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, cit., 258. A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 718, fa l'esempio di colui che, pur non astenendosi laddove avrebbe dovuto farlo, eserciti correttamente il potere.

<sup>273</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 139; B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, vol. II, Padova, 2003, 933 s. V. SCORDA-



delle semplici norme deontologiche<sup>274</sup>. È una lettura, condivisibile in linea di principio, ma che pecca per una certa astrattezza, in quanto non offre all'interprete un parametro di riferimento caratterizzato dalla necessaria precisione. Nulla esclude infatti che si possano qui richiamare principi generali sparsi nell'ordinamento – come l'art. 97 della Costituzione – e che si finisca soprattutto per legittimare un sindacato molto ampio sulla discrezionalità, esteso fino al merito dell'atto<sup>275</sup>.

Secondo una diversa chiave di lettura invece – in termini più elaborati, che richiamano almeno parzialmente quanto evidenziato sopra da una certa dottrina in tema di nesso di causalità – affinché l'ingiustizia dell'evento causato dalla condotta ingiusta sussista è necessario che la violazione di norme di legge operata con la condotta posseda una carica lesiva che sprigioni i propri effetti sulla procedura di determinazione dell'interesse pubblico, alterando la legittima composizione degli interessi sostanziali oggetto del potere discrezionale dell'agente pubblico. La causalità a cui si fa riferimento, come già descritto, è necessariamente di tipo normativo, trovando terreno fertile nelle norme preventive che non esauriscono la loro portata precettiva nella disciplina del regolare svolgimento dell'attività, ma che orientano la condotta del soggetto allo

MAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 230 fa riferimento a un risultato che “non deve essere, nell'ordine giuridico”, perché violerebbe posizioni tutelate dal diritto.

<sup>274</sup> M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 141; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 131 ss.; M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 372; A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1399. Cass., 6 luglio 2005, n. 36592, in *Riv. pen.*, 2006, 1, 55. G. CONTENTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 215 esclude il requisito dell'ingiustizia in presenza di vantaggio oggettivamente lecito, alla stregua dell'ordinamento, e dunque idoneo a costituire oggetto di un'aspettativa coltivabile legittimamente da parte di tutti i cittadini.

<sup>275</sup> Cfr. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 152. Sepur con riferimento alla formulazione del 1990, cfr. G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, 259. Cfr. anche C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 136, che, consapevole di questo problema, ritiene che il parametro normativo da utilizzare debba essere preciso e che non si possa invocare l'art. 97 Cost., perché si finirebbe per conferire alla norma incriminatrice un coefficiente intollerabile di imprecisione. Nello stesso senso S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 278. M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 372, invece, richiama anche l'art. 97 Cost. V. la ricostruzione di A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, cit., 24.

scopo di impedire lesioni a carico degli interessi tutelati; in questa prospettiva, l'evento, per essere ingiusto, deve essere proprio uno di quelli che la norma comportamentale mirava a prevenire<sup>276</sup>. Secondo questa dottrina, però, quanto al parametro normativo di riferimento, sarebbe necessario tenere distinta l'attività di tipo discrezionale da quella, almeno parzialmente, vincolata. Se, con riferimento alla seconda, è probabile che il giudizio di illiceità del risultato converga sul referente normativo da cui discende l'illegittimità della condotta – l'ingiustizia del risultato è implicita nell'inosservanza della norma sostanziale addebitata al pubblico amministratore – con riferimento alla prima, la norma extrapenale da cui discende l'illegittimità della condotta dovrebbe essere diversa da quella che qualifica l'evento come ingiusto<sup>277</sup>. Di certo diversa deve essere sempre la norma di riferimento in ipotesi di violazione del dovere di astensione; ipotesi per la quale il requisito dell'ingiustizia dell'evento assume un'importanza decisiva.

La domanda, ulteriore, che in questa prospettiva fin d'ora sorge spontanea, piuttosto, riguarda la concreta possibilità per il giudice penale di verificare la sussistenza dell'ingiustizia dell'evento, andando a vagliare la legalità dell'azione amministrativa, laddove questa sia di-

---

<sup>276</sup> Come rileva M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 4, allo stato l'art. 323 c.p. non richiede tuttavia che nell'evento si sia realizzato lo specifico rischio della violazione tipica. Egli, peraltro, aveva individuato proprio nei reati dolosi a forma vincolata un settore significativo per valorizzare i profili di nesso di rischio: ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., 136.

<sup>277</sup> M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, cit., 243 ss. Egli precisa (p. 246) che, pur a fronte dell'identità formalistica del referente normativo, nelle attività a componente vincolata la violazione della norma non è comunque sufficiente a far confluire la condotta illegittima nel perimetro della rilevanza penale «che resta subordinata alla *valutazione tipologico-qualitativa* del risultato». Qualora, però, per esempio, si verta nell'ipotesi, quasi di scuola, in cui venga negata un'autorizzazione, il cui rilascio è dovuto in presenza di determinati presupposti (attività vincolata), è agevole riscontrare l'ingiustizia del risultato se i presupposti sono esistenti nella fattispecie. Cfr. R. RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 122, che, tuttavia, con riferimento all'attività discrezionale, ne aveva fatto conseguire che l'accertamento del requisito dell'ingiustizia, più complesso, andava effettuato esclusivamente in funzione delle modalità con le quali il potere veniva esercitato.

screzionale, senza finire o per desumerla automaticamente dall'illegittimità della condotta in ipotesi di violazione di norme di legge o di regolamento oppure, al contrario, per accertarla attraverso una rivalutazione finanche nel merito, dagli esiti imprevedibili, sfruttando magari l'art. 97 della Costituzione come norma di copertura.

Di fronte all'attività discrezionale che caratterizza, per esempio, la valutazione dei candidati nello svolgimento di un pubblico concorso, più di un dubbio sorge in merito al fatto che l'ingiustizia del danno o del vantaggio possa essere vagliata senza la descritta rivalutazione nel merito, che dovrebbe spettare all'amministrazione. Nell'ipotesi in cui – in presenza di una qualche violazione normativa o di un'omessa astensione – vinca comunque uno dei candidati che abbia i requisiti di legge o di regolamento per partecipare, quale sarebbe, tra i diversi risultati possibili, quello sicuramente ingiusto?

Al contrario, il requisito verrebbe privato di efficacia selettiva, confondendo l'illegittimità del mezzo con l'illegittimità del risultato, se l'illegittimità, sul piano materiale, venisse fatta derivare – come pure è stato proposto – dal mancato rispetto delle regole procedurali che hanno portato all'atto<sup>278</sup>, sulla scorta dell'argomentazione per cui, nei casi in cui la legge non vincola il risultato dell'attività amministrativa, la giustizia dell'atto potrebbe esprimersi unicamente attraverso il rispetto puntuale della procedura prevista dalla legge; in questa prospettiva – che ai fini penalistici ci sembra difficile da condividere – la regolarità procedurale sarebbe indispensabile per assicurare la giustizia sostanziale dell'attività<sup>279</sup>.

Un ultimo cenno lo merita la proposta alternativa che è stata formulata da chi ha riletto l'ingiustizia dell'evento come mera «insussistenza di una pretesa giuridicamente fondata al risultato della condotta di abuso»<sup>280</sup>. Anche in questo caso il risultato sarebbe marcatamente riduttivo,

---

<sup>278</sup> Cfr. sul punto A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 312 ss. Già V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 232 metteva in guardia dal rischio di ricavare la qualificazione del fine come ingiusto dalla mera qualificazione abusiva della condotta.

<sup>279</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 908.

<sup>280</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 355 offre questa versione “debole” del requisito della doppia ingiustizia, partendo proprio dall'esempio della violazione delle norme

per non dire addirittura abrogante il requisito in questione, in presenza di poteri discrezionali, più volte evidenziati come quelli particolarmente problematici.

In conclusione sul punto possiamo evidenziare come da questa pur breve analisi – che per alcuni aspetti si avvicina, almeno negli esiti, alla lettura che è stata offerta in dottrina in tema di nesso di causalità, preso sul serio<sup>281</sup> – sia emersa la grande complessità dell'accertamento del requisito dell'ingiustizia; una complessità che contribuisce a far luce su alcune ragioni che possono aver portato il legislatore del 2020 a esprimere una chiara preferenza per l'attività vincolata nella riforma della fattispecie dell'abuso d'ufficio.

Spostandoci ora sul tema dell'elemento soggettivo, se, come abbiamo visto, è stato trasposto sul piano obiettivo, trasformato in evento, il contenuto del dolo specifico, il dolo richiesto per l'integrazione del nuovo abuso d'ufficio è generico, ma si caratterizza per una notevole pregnanza, essendo stato qualificato con l'avverbio "intenzionalmente"<sup>282</sup>.

sugli appalti o sui concorsi, da cui deriverebbe un vantaggio per il vincitore che non potrebbe mai dirsi giusto, atteso che il concorrente beneficiato non aveva certo diritto di vincere l'appalto o di superare il concorso. Questa posizione presenta alcune affinità con quella espressa da G. DE BERNARDO, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento soggettivo*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 56, che sottolinea come, per escludere l'ingiustizia, non sia sufficiente che il destinatario della condotta abusiva sia titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile, ma occorre che questa sia in concreto tale, avuto riguardo alle condizioni normativamente previste, anche per l'ipotesi di concorso con la posizione di altri soggetti titolari di diritti analoghi.

<sup>281</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 195 ss.; 279 individua infatti nell'estremo dell'ingiustizia un mero indice a conferma della necessità che il risultato lesivo non possa essere considerato ingiusto se la violazione normativa addebitata non risulti almeno potenzialmente idonea ad alterare la valutazione comparativa degli interessi materiali da disciplinare attraverso l'esercizio in concreto della funzione; ad alterare, insomma, le modalità di determinazione dell'interesse pubblico concreto. Secondo questa lettura, quindi, l'ingiustizia verrebbe costruita come la violazione della regola di ponderazione degli interessi protetti giuridicamente da una qualsiasi norma di tutela presente all'interno dell'ordinamento giuridico.

<sup>282</sup> Come rilevano M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 39, il dolo intenzionale non è certo frequente nelle previsioni normative.

Con riferimento alla volontà e rappresentazione della condotta non ci sono all'apparenza connotazioni particolari, mentre il soggetto, per rispondere del reato, deve aver violato la norma o non essersi astenuto proprio allo scopo di raggiungere il vantaggio patrimoniale ingiusto o il danno ingiusto, non essendo sufficiente la consapevolezza che dalla propria condotta deriverà l'evento, come conseguenza accessoria della stessa: il dolo diretto e il dolo eventuale non bastano<sup>283</sup>. Il legislatore del 1997 ha scelto di inserire nella disposizione un coefficiente soggettivo di imputazione orientato al massimo livello di intensità della volontà colpevole.

Si afferma spesso che se, come può accadere nella pratica, l'abuso è stato realizzato al fine di perseguire un interesse pubblico proprio dell'ufficio, l'elemento psicologico del reato non può dirsi integrato<sup>284</sup>.

Anche su questo piano, però, il confine tra interesse pubblico e interesse privato non è facile da tracciare e non sono mancati esempi di interpretazione estensiva<sup>285</sup>, facilitati da riscontri probatori spesso incerti e comunque fondati sulla considerazione per la quale non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito un fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illegittima dal punto di vista amministrativo, non sia penalmente rilevante, «ma è necessario che egli

---

<sup>283</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 259. In senso contrario cfr. A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 321 ss., che ritiene sufficiente il dolo diretto, alla luce di un'ampia argomentazione che parte dalla constatazione per cui dolo intenzionale e dolo diretto avrebbero un pari disvalore soggettivo e si sofferma poi sulla non insuperabilità dell'argomento letterale.

<sup>284</sup> Così, Cass., 7 aprile 2005, in *Cass. pen.*, 2007, 178, che ha affermato che, per la configurabilità dell'elemento soggettivo è richiesto che l'evento sia voluto dall'agente e «non semplicemente previsto e accettato come possibile conseguenza della propria condotta, per cui deve escludersi la sussistenza del dolo, sotto il profilo dell'intenzionalità, qualora risulti, con ragionevole certezza, che l'agente si sia proposto il raggiungimento di un fine pubblico, proprio del suo ufficio». Nello stesso senso: Cass., 22 novembre 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2650.

<sup>285</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 268, che ricorda il caso in cui il dolo è stato ritenuto sussistente anche se l'agente si era rappresentato il vantaggio patrimoniale come mezzo necessario per realizzare uno scopo ulteriore, che altrimenti non si sarebbe potuto conseguire: il sindaco aveva violato la normativa urbanistica con l'obiettivo culturale di dotare la città di un nuovo teatro (Cass., 17 novembre 1999, in *Foro it.*, Rep., 2000, voce *Abuso d'ufficio in genere*, n. 63).

abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale»<sup>286</sup>.

Non si può, del resto, desumere dall'intenzionalità del dolo anche la sua esclusività<sup>287</sup>.

L'accertamento processuale dei gradi di intensità del dolo è un'operazione complessa. Per prendere – ancora una volta – sul serio il requisito del dolo intenzionale bisognerebbe sondare in profondità il processo motivazionale del pubblico funzionario e non è un caso che, proprio in considerazione di queste difficoltà, siano state formulate delle riserve in merito all'opportunità di far discendere la punibilità dalla presenza del grado più intenso di colpevolezza<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Il rilievo si legge nella ord. Corte cost., 28 giugno 2006, n. 251, in *Giur. cost.*, 3, 2006, con cui è stata dichiarata inammissibile – per erroneità della ricostruzione del diritto vivente in materia di dolo nel reato di abuso d'ufficio effettuata dal remittente – la questione di costituzionalità dell'art. 323 c.p., sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Ragusa, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., proprio nella parte in cui tale norma penale veniva interpretata dal diritto vivente nel senso di escludere, per mancanza del dolo, la punibilità della condotta diretta a procurare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale ogni qual volta l'agente avesse perseguito contestualmente l'interesse pubblico affidatogli. Secondo la Corte, il rimettente avrebbe errato nella ricostruzione del diritto vivente in materia di dolo nel reato di abuso d'ufficio, poiché la Cassazione non ha mai affermato che la mera compresenza di una finalità pubblicistica basti a escludere il dolo previsto dalla norma, essendo invece necessario che la finalità pubblica sia perseguita come obiettivo principale. Cfr. sul punto F. COPPOLA, *Il processo "alle intenzioni" per abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 254.

<sup>287</sup> M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 141; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 324; G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 419; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 118; 151; ID., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 973; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci e ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, cit., 1053; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 162. F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 41, sottolinea la necessità che venga operato un attento giudizio di prevalenza.

<sup>288</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 259 s.; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 43; L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 350. A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 28, parla addirittura di "probatio diabolica". In termini favorevoli si esprime A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 503.

Il riferimento ad alcuni indici sintomatici del dolo intenzionale elaborati dalla giurisprudenza – come l'evidenza della violazione di legge (“macroscopica illegittimità”)<sup>289</sup> – non argina certo le prassi applicative meno garantistiche, visto che la violazione di legge, per esempio, attiene alla condotta, mentre è l'evento che deve essere preso di mira<sup>290</sup>. Spesso, infatti, il richiamo a tali indici finisce per «dissolvere presuntivamente l'accertamento del fondamentale presupposto per la colpevolezza»<sup>291</sup>.

In conclusione sul punto, merita di essere considerata l'opinione – che ci fa tornare alla mente le considerazioni svolte anche in questa sede in merito al dolo specifico – per cui con questa forma di dolo il legislatore avrebbe in realtà cercato di controbilanciare sul piano della tipicità subiettiva l'insufficiente presenza di requisiti strutturali capaci di caratterizzare il disvalore criminale dell'abuso in chiave sostanzialistica. La fattispecie ha una connotazione soggettiva molto marcata e tale coefficiente soggettivo avrebbe il compito di contribuire a restringere l'area dell'illiceità penale alle sole inosservanze compatibili, per le loro note esteriori, con una precisa volontà indirizzata all'evento.

Un eventuale accertamento del fine perseguito dal soggetto pubblico che prescindendo dalle caratteristiche della condotta, così, non sarebbe sufficiente a segnalare la presenza di un vero e proprio dolo intenzionale, occorrendo invece che l'illegittimità amministrativa si riveli idonea oggettivamente a provocare il risultato lesivo<sup>292</sup>. In questa prospettiva, il dolo intenzionale, poi, imporrebbe di includere nel giudizio di colpevolezza individuale una conoscenza effettiva e attuale dell'esistenza e dei contenuti della disposizione trasgredita, con un parallelo incremento di

---

<sup>289</sup> Cfr. *infra* il par. 5 del cap. 2.

<sup>290</sup> Come evidenziano A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 304, l'avverbio intenzionalmente limita la sua portata alla determinazione dell'ingiusto danno o vantaggio. *Contra* N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 272, che sostiene che l'intenzionalità non può essere rapportata solo all'evento, ma al fatto nel suo complesso e quindi anche alla condotta: la rappresentazione della violazione di norme di legge in termini di concreta possibilità, ma non di certezza, esclude il dolo intenzionale.

<sup>291</sup> F. COPPOLA, *Il processo “alle intenzioni” per abuso d'ufficio*, cit., 251.

<sup>292</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., XII; 65 ss.

oneri probatori<sup>293</sup>: occorrerebbe dar prova di una consapevole violazione di legge che giunga intenzionalmente a un esito iniquo in termini di danno o vantaggio<sup>294</sup>.

Per gli sviluppi del presente lavoro, il profilo più interessante di questa trattazione si ravvisa nelle considerazioni per le quali, anche a questo fine, vi è una profonda differenza tra la violazione di norme “sostanziali”, che, regolando i profili vincolati della decisione amministrativa, contengono al loro interno una soluzione predefinita del conflitto di interessi e che appaiono caratterizzate da una orientazione preventiva diretta nei confronti dell’evento da imputare, e la violazione di norme che si limitano a regolare le modalità di esercizio del potere e che pertanto, considerate nella loro dimensione normativa astratta, non consentono di diagnosticare la sussistenza di un nesso tipico di derivazione consequenziale tra regola violata ed evento concreto. Nel primo caso l’intenzionalità del risultato può considerarsi in qualche modo implicita nell’inosservanza cosciente e volontaria delle previsioni normative; nel secondo caso, invece, il riferimento all’atto o al comportamento illegittimo è insufficiente in quanto l’esito offensivo potrebbe costituire solo una conseguenza indiretta di una condotta indirizzata ad altri scopi: sarà necessario desumere la specifica intenzione offensiva da una rete di circostanze storico-fattuali in cui la violazione è inserita; dal più ampio contesto, quindi, con un notevole appesantimento degli oneri probatori da assolvere in sede di accertamento del dolo di abuso<sup>295</sup>.

#### *4. La pandemia come occasione per un’ulteriore riforma: una nuova formulazione del delitto di abuso d’ufficio che suscita molti interrogativi*

In un quadro già molto ricco si colloca l’ulteriore tappa del percorso riformatore che ha interessato l’abuso d’ufficio, rappresentata dall’approvazione “salvo intese”, improvvisamente e in piena emergenza pandemica, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti

---

<sup>293</sup> *Ivi*, 279.

<sup>294</sup> G. RUGGIERO, *Abuso d’ufficio*, cit., 378.

<sup>295</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 76 ss.



per la semplificazione e l'innovazione digitale”, convertito con la legge 11 settembre 2020, n. 120<sup>296</sup>.

La tempesta epidemiologica che imperversava nel Paese imponeva l'utilizzo di toni rassicuranti verso i funzionari pubblici e la messa in campo di segnali che si ponessero in netta controtendenza rispetto alle severe riforme introdotte con la legge Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190) e con la legge definita “Spazzacorrotti” (l. 9 gennaio 2019, n. 3) per evidenziarne la cifra distintiva<sup>297</sup>. Questa riforma, che ha significativamente investito, limitandola, anche la disciplina della responsabilità erariale<sup>298</sup>, si proponeva – non occorre dirlo – di restringere la sfera di

---

<sup>296</sup> Per una critica alla prassi dell'approvazione di riforme “salvo intese”, e cioè senza accordo, che si dovrà raggiungere successivamente, nei negoziati tra le forze politiche, cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-abuso-dufficio-decreto-semplificazioni-commento-abolizione-del-reato> (17 luglio 2020), par. 6.

<sup>297</sup> Cfr. sul punto le osservazioni di C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *federalismi.it*, 14, 2021 (2 giugno 2021), 166; S. FIORE, *Introduzione*, in S. FIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 15 s. e di N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 9 ss. Per un'analisi delle novelle anticorruzione cfr. V. MONGILLO, *La strategia anticorruzione del legislatore penale dalla legge “Severino” alla “Spazza-corrotti”*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 799 ss.

<sup>298</sup> In base all'art. 21 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, si è previsto che all'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo fosse inserito il seguente: “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”. Per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 luglio 2021 – data prorogata fino al 30 giugno 2023 dal decreto semplificazioni (d.l. 31 maggio 2021, n. 77 con l'art. 51 comma 1 lett. h, convertito con la legge 29 luglio 2021, n. 108) – e limitatamente ai casi di condotta attiva, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è stata poi limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente sia da lui dolosamente voluta. Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 134 s. e G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di*

intervento della legge penale, precludendo l'attivazione di procedimenti penali connessi a scelte discrezionali sbagliate, su di un piano locale o nazionale. La finalità della legge era quella di ribadire la scelta politico-criminale già operata con l'intervento del 1997, amplificandola, per escludere la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice penale<sup>299</sup>, superando le incertezze, e per fermare le continue fughe in avanti della giurisprudenza sulla scia (o con il supporto) di una parte della dottrina<sup>300</sup>: la disposizione scritta (selettiva) e la norma reale (generica) dell'art. 323 c.p. si erano progressivamente distanziate e il reato, grazie a una declinazione estensiva della nozione di "violazione di norme di legge o di regolamento", rappresentava lo strumento più vitale per venire in soccorso della magistratura in ipotesi di corruzioni, concussioni, induzioni indebite impossibili da provare o di turbative di procedure valutative per cui non poteva operare l'art. 353 c.p.; continuava ad assolvere il ruolo di «paracadute della magistratura inquirente e, non raramente, di quella giudicante»<sup>301</sup>.

---

*legge?*), cit., parr. 1 e 2, che rileva come la responsabilità erariale sia particolarmente temuta, a differenza di quella disciplinare. R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 9, 2021, 45 evidenzia che la responsabilità degli amministratori pubblici per danno erariale, limitata al solo dolo per quanto riguarda le azioni, ma invariata per quanto riguarda le omissioni, è funzionale a che i funzionari siano chiamati a rispondere in misura maggiore per eventuali inadempienze o inerzie, piuttosto che per le loro condotte attive, e quindi a indurli ad agire.

<sup>299</sup> Cfr. S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, II ed., Milano, 2021, 272, che evidenzia come sia stato circoscritto ulteriormente «l'ambito della violazione costitutiva del delitto di abuso d'ufficio, nel senso di eliminare qualsiasi controllo giudiziario della discrezionalità amministrativa». M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, 2020, 295 afferma che la riforma ha sostanzialmente estromesso il controllo penalistico sull'intera attività pubblica discrezionale.

<sup>300</sup> Cfr. F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *La legislazione penale*, 2021 (18 giugno 2021), 18.

<sup>301</sup> V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 2; ID., *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2020 (14 settembre 2020), 3.

La necessità di reagire con prontezza ed efficacia all'emergenza e di favorire il rilancio dell'economia spiega la volontà di contrastare l'atteggiamento difensivo amministrativistico in forza del quale i pubblici funzionari disorientati da una normativa complessa e in continua evoluzione, applicata in modo ondivago, per evitare il rischio penale, erano spinti a circoscrivere all'ordinaria amministrazione i margini del proprio intervento, a uniformarsi pavidamente a prassi già consolidate in luogo di intraprendere percorsi più efficienti ma nuovi, a non decidere limitandosi a chiedere pareri preventivi, anche quando ciò sarebbe stato urgente e necessario<sup>302</sup>. Nonostante la formulazione del 1997 tradisse una chiarissima *ratio* di garanzia, come abbiamo anticipato e vedremo più nel dettaglio nel prossimo capitolo, si era tornati senza grandi evoluzioni al punto di partenza, favorendo negli agenti pubblici la reazione che è stata definita come "amministrazione o burocrazia difensiva"<sup>303</sup>.

Anche a prescindere dalla condanna che interveniva in un numero sostanzialmente contenuto di casi rispetto a quello delle notizie di reato

---

<sup>302</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/eusebi-covid-rifondazione-giustizia-penale> (13 gennaio 2021); V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 2; A. SESSA, *Efficienza nella amministrazione pubblica e controllo penale: fondamento e limiti della prognosi privilegiata statale*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 145.

<sup>303</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 292; B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit., 2. Cfr. anche: 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 *Archivio Penale*, 2, 2020 (18 giugno 2020), 14; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 258. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 16 afferma tuttavia, in toni critici, che «non sembra che il quadro attuale possa giustificare la centralità che ha assunto nel dibattito politico la c.d. "burocrazia difensiva", e tanto meno l'immagine (ardita e non pertinente) della politica perseguitata dall'invasione giudiziaria. [...] Andrebbero attenuati i toni catastrofici e mitigata l'esasperata retorica allarmistica [...]». Nello stesso senso cfr. C. BENNUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 917; E. APRILE, *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, 444, che sottolinea in particolare come la norma in questione non potesse dirsi eccessivamente perniciosa nella prospettiva della causazione di un esercizio difensivo dei pubblici poteri.

iscritte<sup>304</sup>, la prospettiva di andare incontro a un procedimento penale per abuso d'ufficio e alle connesse implicazioni mediatiche era all'origine di quella "paura della firma", diffusa tra i funzionari pubblici negli anni precedenti alla pandemia, che aveva contribuito a sollecitare in dottrina una profonda riflessione sull'opportunità di riscrivere il reato di

---

<sup>304</sup> Una recente ricerca empirica, condotta nel distretto della Corte d'Appello di Salerno e limitata proprio all'art. 323 c.p. nel quinquennio 2014-2018, mostra come la stragrande maggioranza dei processi penali in materia non porti alla condanna. Per dare un'idea: su 39 sentenze pronunciate dal GIP del Tribunale di Salerno vi sono una sola sentenza di condanna e due di patteggiamento; su 80 sentenze pronunciate all'esito del primo grado, solo 9 sono di condanna; il tempo medio che intercorre tra l'iscrizione della notizia di reato e la sentenza di primo grado è però di sei anni: F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit., 16 ss. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.3, ricorda l'enorme divario esistente tra l'elevato numero di contestazioni dell'abuso d'ufficio (circa 7.000 negli ultimi anni per i quali si dispone di dati: il 2016 e il 2017) e i provvedimenti definitivi di condanna (che non arrivano a 100, negli anni considerati). Il divario è ancora più accentuato di quello testimoniato dai dati statistici raccolti dal Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT) del Governo Italiano e pubblicati nella Relazione al Parlamento (2010), riguardanti il periodo 2004-2009 (in [https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/10.-Anticorruzione\\_rapporto-SAET\\_2010.pdf](https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/10.-Anticorruzione_rapporto-SAET_2010.pdf)): nel biennio 2007-2008, a fronte di 6818 persone denunciate per violazione dell'art. 323 c.p., l'azione penale è stata esercitata con riferimento a 5.237 persone e le persone condannate sono state 200. G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 32 ss. riporta i seguenti dati per il 2017: solo 57 condanne irrevocabili a fronte di 6.500 procedimenti aperti per abuso d'ufficio. Egli si interroga tuttavia sulla possibilità che la burocrazia difensiva, più che uno scudo contro facili denunce, non sia invece frutto di una scarsa formazione di base del personale amministrativo. Cfr. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 6; F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 48; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 2, che indica in un rapporto "uno a cento" il numero delle condanne, rispetto al numero di procedimenti attivati, e A.R. CASTALDO, *Introduzione. Una riforma incompleta?*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 2, che riporta i dati relativi al periodo 2012-2017: a fronte di 38.000 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, si sono avute solo 316 condanne con sentenza irrevocabile.

cui all'art. 323 c.p.<sup>305</sup>, ma la scelta del legislatore di modificarlo effettivamente ha trovato il terreno propizio proprio nel contesto pandemico, riaffermando una nota tendenza legislativa a restringere i poteri di sindacato dell'autorità giudiziaria<sup>306</sup>. Come ha affermato la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'intervento normativo, anche in riferimento all'art. 77 Cost., se la necessità della riforma aveva tratto origine dagli indirizzi giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera applicativa dell'incriminazione attraendovi tanto la violazione dell'art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere, l'esigenza di far ripartire celermente il Paese dopo il blocco imposto dalla pandemia aveva impresso alla prima i connotati della straordinarietà e urgenza<sup>307</sup>.

Nella prospettiva condivisa dal Governo e, poi, dal Parlamento, era necessario intervenire per contrastare con nuova forza la giurisprudenza che aveva tradito la volontà del legislatore espressa dalla riforma del 1997<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> Cfr. sul punto gli interventi contenuti in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., *passim*, nell'ambito del progetto di ricerca "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance", promosso dalla Regione Campania e coordinato dal Prof. Andrea Castaldo, che ha visto l'Università degli Studi di Salerno quale unità capofila del progetto. La proposta di riforma elaborata all'esito della ricerca verrà analizzata in conclusione del presente lavoro.

<sup>306</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 6, evidenzia con toni critici quanto sia diffuso lo spirito di diffidenza e di risentimento della politica verso i giudici. Secondo l'Autrice, è illusorio pensare che «la riduzione del sindacato all'attività vincolata sia un modo facile per risolvere un problema complesso che [...] è la ricerca di un limite, non la cancellazione del controllo sulla discrezionalità». A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 8 si chiede se proprio la precedente formulazione del delitto di abuso d'ufficio fosse la causa diretta dei lamentati problemi di inefficienza della pubblica amministrazione: mancherebbe sul punto un riscontro oggettivamente attendibile.

<sup>307</sup> Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, in <https://www.giurcost.org/decisioni/2022/0008s-22>.

<sup>308</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 18. Come evidenzia M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in

La legge è stata elaborata rapidamente, senza grande ponderazione, e ha trovato ospitalità nell'ambito di un intervento normativo più ampio volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi e a rendere più agile l'apparato burocratico per favorire la gestione dell'emergenza e dare nuovo slancio all'economia nazionale messa a dura prova dalla chiusura prolungata delle attività produttive<sup>309</sup>. Il messaggio veicolato dal legislatore è almeno apparentemente chiaro, anche se delicato: visto che l'attendismo degli attori della pubblica amministrazione «è un dis-servizio costoso per tutti»<sup>310</sup> – che ostacola l'attuazione delle misure per fronteggiare la pandemia – e che l'attendismo è una diretta conseguenza del rischio di essere chiamati a rispondere del proprio operato, soprattutto in sede penale, la ripresa non può che passare attraverso un affievolimento delle responsabilità dei funzionari pubblici<sup>311</sup>.

---

*Penale. Diritto e procedura*, 2020 (10 agosto 2020), par. 1, per questa strada si finisce però per legittimare la (discutibile) verità del formante giurisprudenziale.

<sup>309</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 249; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/merlo-abuso-ufficio-scudo-cristallo> (1 marzo 2021); A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 3 s. Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, cit. ha evidenziato come la modifica dell'art. 323 c.p. non sia comunque estranea al complesso di norme eterogenee introdotte con il d.l. 76/2020 allo scopo di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che ha caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica.

<sup>310</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 1.

<sup>311</sup> C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, cit., 167. Cfr. anche M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 136 s.; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 1; G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, cit., 2. Come ricorda L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, cit., 113, il messaggio sottostante, trasmesso agli amministratori, può essere quello per cui lo snellimento delle procedure burocratiche va perseguito a costo dell'esercizio distorto dei pubblici poteri. Qualche preoccupazione in questo senso viene espressa anche da M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 518.

Come abbiamo già in parte illustrato, le esigenze di riforma dell'art. 323 c.p. più sentite, intorno alle quali si era formata una diffusa convergenza, riguardavano il disvalore della condotta nella prima modalità tipica e, più in particolare, la formula “violazione di norme di legge o di regolamento”, avvertita come troppo ampia e bisognosa di una specificazione ulteriore per evitare un indiscriminato richiamo alla vasta congerie di norme che regolano la materia e, tra queste, anche ai principi generali enunciati dall'art. 97 Cost. Era necessario rendere più definito il confine ultimo del sistema dei delitti contro la P.A., ancora troppo oscuro, e impedire, una volta per tutte, che, anche laddove si avesse ragione di credere che la discrezionalità fosse distorta e messa a servizio di interessi collidenti con quello pubblico, si realizzassero le condizioni per un sindacato troppo pervasivo del giudice penale sulla discrezionalità del pubblico agente<sup>312</sup>.

In seguito alla riforma, il nuovo delitto di abuso d'ufficio è caratterizzato sul punto da una nuova e più stringente formulazione, che in linea teorica potrebbe renderlo “inoffensivo”<sup>313</sup>: la mera “violazione di norme di legge o di regolamento” ha lasciato il posto 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”<sup>314</sup>.

Tre sono quindi i profili su cui si è fatto leva per dare un nuovo volto al reato: l'eliminazione del riferimento ai regolamenti, la delimitazione delle regole rilevanti a quelle specifiche, espressamente individuate come tali dal testo normativo, e la precisazione che l'infrazione

---

<sup>312</sup> Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., 1 s.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 278.

<sup>313</sup> M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 4. Cfr. anche T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9 e M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 100 che esprime un giudizio negativo nei confronti della riforma, che lascia privi di tutela penale interi settori dell'esercizio dei poteri dello Stato.

<sup>314</sup> A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 5 s.

commessa abbia ad oggetto regole dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Desto interesse la reazione della dottrina maggioritaria, che, anche sulla scorta dell'esperienza maturata in occasione delle riforme precedenti, si è da subito espressa in termini critici circa l'effettiva capacità della nuova formulazione di contenere la *vis expansiva* della giurisprudenza<sup>315</sup>.

Ampiamente condivisa è l'opinione per la quale questa tendenza è o dovrebbe essere senza dubbio ostacolata dal nuovo abuso d'ufficio, la cui prima modalità di integrazione è stata formulata a maglie più strette della precedente<sup>316</sup>, ma non per questo del tutto impedita.

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., l'abuso punibile presupporrebbe la violazione di norme di condotta che regolino in maniera espressa e vincolante la condotta del pubblico agente. Non po-

---

<sup>315</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 10 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., 2; A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 11; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 4; G. INSOLERA, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 2020 (31 luglio 2020); A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 1; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 289; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 104; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 153.

<sup>316</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 249; A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 6; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *La legislazione penale*, 2020 (17 dicembre 2020), 4; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 7. Secondo A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 9, però, per una sorta di eterogenesi dei fini, il risultato della riforma sarebbe quello di aver reso l'abuso d'ufficio ancora più evanescente. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 8, invece, ritiene che le interpretazioni volte a ripristinare la vecchia norma sarebbero *contra legem*.



trebbe quindi essere fatto dipendere dalla violazione di evanescenti regole generalissime e di principio – ricomprendendo all'interno del perimetro di tipicità dell'art. 323 c.p. anche il compimento di atti viziati da eccesso di potere<sup>317</sup> –, di regole di condotta caratterizzate da margini di discrezionalità<sup>318</sup> e neppure, anche se con qualche dubbio in più, dalla violazione di una qualsiasi regola di condotta poco rilevante sotto il profilo della disciplina sostanziale del tipo di prestazione che l'agente pubblico deve eseguire<sup>319</sup>: le norme di legge da considerare possono essere solo quelle specificamente dirette a prescrivere o a vietare un determinato comportamento del pubblico funzionario, «lasciando fuori i connotati inerenti forma, contenuto e procedimento»<sup>320</sup>.

Con la prima modalità di integrazione, quindi, l'abuso d'ufficio potrebbe riferirsi soltanto all'attività assolutamente vincolata, in cui la legge predetermina l'*an*, il *quid*, il *quando* e il *quomodo* dell'operato della pub-

---

<sup>317</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 11; G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, cit., 6; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 284 s.; C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 934; F. COPPOLA, *Spazi applicativi vecchi e nuovi per la fattispecie di abuso d'ufficio riformata. Cenni comparativi con l'ordinamento inglese*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 130.

<sup>318</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.3; A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 3; R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, cit., 54; A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 73.

<sup>319</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 254 s. A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 6, per esempio, ritengono però che entrambe le formulazioni dell'art. 323 c.p. (quella del 1997 e quella del 2020) riconoscano la penale rilevanza della violazione di tutte quelle regole di condotta, anche procedurali, che abbiano incidenza eziologica sugli eventi (e non siano quindi strumentali alla mera regolarità).

<sup>320</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 11. Cfr. anche A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 73.

blica amministrazione, e trovare un'applicazione molto limitata<sup>321</sup>. In linea generale, si afferma infatti che la maggioranza degli atti dell'amministrazione è caratterizzata dalla necessità di operare una scelta, quanto meno sotto il profilo dell'apprezzamento e della comparazione degli interessi in gioco, poiché la discrezionalità è inseparabile dall'esercizio del potere, pur se «pervasiva e multiforme»<sup>322</sup>. 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), proprio grazie alla componente discrezionale<sup>323</sup>.

Altra conseguenza della riforma, che ha prestato esclusiva attenzione al disvalore di azione nella prima modalità integrativa del reato, potrebbe essere quella di trasformare il requisito della doppia ingiustizia in un'inutile duplicazione dell'antigiuridicità della condotta, degradandolo a elemento di illiceità espressa, a causa della svalutazione della verifica dell'incidenza della violazione sul processo di determinazione dell'interesse pubblico. L'osservazione – che può essere condivisibile, per l'ipotesi della violazione di legge, anche se sappiamo come parte della dottrina e parte della giurisprudenza abbiano già ampiamente svalutato il requisito ben prima di questa riforma, per altre ragioni – è formulata da chi aveva già evidenziato come, con riferimento alle attività vincolate, fosse presumibile che il giudizio di illiceità del risultato convergesse sul referente normativo da cui discendeva l'illegittimità della

---

<sup>321</sup> S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 288; T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 125; C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 918; E. APRILE, *Una riforma contro-tendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, cit., 453; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 90; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 518. M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 4 evidenzia come l'ipotesi più realistica di abuso riguardi gli atti discrezionali. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 28 ritiene che l'abuso d'ufficio senza discrezionalità sia pura astrazione. Cfr. anche G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, cit., 13; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 90.

<sup>322</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.3.

<sup>323</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 3.

condotta, per quanto subordinato «alla *valutazione tipologico-qualitativa del risultato*»<sup>324</sup>.

Se l'analisi si spinge oltre la superficie, però, le considerazioni da fare sono ancora più complesse. Le intenzioni del legislatore sono abbastanza chiare e per la prima volta si pone l'accento in modo incontestabile sulla questione che rappresenta la vera posta in gioco nell'economia di questa fattispecie: la discrezionalità amministrativa<sup>325</sup>. Il criterio selettivo utilizzato è tuttavia «problematico»<sup>326</sup>: possono residuare incertezze nell'applicazione dell'art. 323 c.p. per quanto concerne l'individuazione delle violazioni effettivamente rilevanti, anche in conseguenza dell'espressione «semanticamente vaga»<sup>327</sup> che è stata utilizzata dal legislatore per riferirsi alle regole “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Possono sorgere dei dubbi sul carattere vincolante o meno di una certa regola di condotta, non essendo stato chiarito che tipo di apprezzamento discrezionale sarebbe stato escluso<sup>328</sup>. Il concetto di legge vincolante e quello di attività o di potere vincolati presentano un vasto spazio di opinabilità, che l'art. 31, c. 3, cod. proc. amm. in tema di azione avverso il silenzio non riesce a colmare, nonostante abbia probabilmente

<sup>324</sup> *Ivi*, 20, si afferma che è prevedibile che «la prassi possa tendere a considerare la trasgressione di regole a carattere non discrezionale da sola sufficiente a configurare un abuso penalmente rilevante».

<sup>325</sup> S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 277 s.

<sup>326</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 197.

<sup>327</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 162.

<sup>328</sup> I dubbi maggiori si pongono per la discrezionalità c.d. tecnica: *ivi*, 143. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.3 ritiene ragionevole escludere il sindacato del giudice penale nei confronti della discrezionalità politica, che riguarda il merito delle scelte di indirizzo, ma non nei confronti «della discrezionalità amministrativa, che implica una comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari, e della discrezionalità tecnica, che richiede una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici». Cfr., sul punto, G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 16 ss.

rappresentato il modello al quale il legislatore del 2020 si è ispirato<sup>329</sup>. Del resto, ai sensi del comma 3 dell'art. 31 cod. proc. amm. – al fine di evitare un intervento del giudice in una sfera riservata alla pubblica amministrazione – il giudice amministrativo in tema di azione avverso il silenzio si può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, “solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità”. Il legislatore del 2020, però, che pur sembra essersi ispirato alla norma amministrativa qui ricordata, non ha citato distintamente attività vincolata e attività priva di margini di discrezionalità e si è limitato a riprodurre solo l'ultima parte della formulazione, generando incertezze<sup>330</sup>.

Fermo il fatto che anche le norme che disciplinano l'attività vincolata devono essere interpretate e applicate lasciando all'amministrazione degli spazi di autonomia, solo dopo aver meglio compreso, nel corso del presente lavoro, alcuni caratteri della discrezionalità amministrativa potremo valutare se le attività discrezionali possano essere effettivamente escluse *tout court* dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio neoriformato o, invece, se possano ancora rilevare le ipotesi in cui la funzione amministrativa preordinata all'adozione di atti discrezionali sia comunque disciplinata da regole “vincolanti”. La disposizione vi-

---

<sup>329</sup> L'art. 31, c. 3, cod. proc. amm., in tema di «azione avverso il silenzio», è così formulato: «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità [...]». Ci soffermeremo più lungamente su questi aspetti nel terzo capitolo di questo lavoro. Per alcune considerazioni sul punto, cfr. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 24 ss., la quale, forzando la lettera della norma, propone una lettura che sottrae alla fattispecie di abuso le sole violazioni di leggi dalla cui applicazione residuino margini di discrezionalità “insindacabili”.

<sup>330</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 143. In merito alla tecnica legislativa utilizzata, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 49 rileva anche come la locuzione “specifiche regole” sia contraddittoria perché l'aggettivo “specifiche” nega il sostantivo “regole”, che sono, in quanto tali, generali e astratte.

gente, del resto, non si riferisce ad attività discrezionali o meno, quanto, invece, a regole con caratteristiche particolari<sup>331</sup>.

Dubbi non dissimili si pongono in merito alla discrezionalità tecnica, dove le previsioni normative che tipizzano le condizioni di fatto o di diritto da accertare come presupposti per l'esercizio del potere fanno riferimento a degli elementi rigidi, dai quali resta esclusa la formulazione di considerazioni concernenti il modo di curare il pubblico interesse da parte dell'amministrazione<sup>332</sup>.

Lo scetticismo in merito all'efficacia della riforma – e quindi in merito alla sua capacità di arginare realmente il fenomeno della burocrazia difensiva<sup>333</sup> – si alimenta del pragmatismo di chi guarda alle esperienze già maturate in passato con il ricorso a diversi correttivi ermeneutici che potrebbero riproporsi anche oggi, visto che pure l'abuso d'ufficio è naturalmente coinvolto in una dinamica, quella del rapporto tra pubblica amministrazione e magistratura, non pienamente dominabile con la riscrittura di un articolo<sup>334</sup>; partendo da presupposti distanti seppur parzialmente convergenti nel risultato, lo scetticismo si alimenta anche dell'opinione di coloro per i quali la scelta operata dal legislatore sarebbe troppo radicale e per questo non condivisibile: nell'attività vincolata, fuori dalla discrezionalità, la fenomenologia del delitto in questione è molto ridotta<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> Sul punto cfr. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 24.

<sup>332</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 131.

<sup>333</sup> A. SESSA, *Efficienza nella amministrazione pubblica e controllo penale: fondamento e limiti della prognosi privilegiata statale*, cit., 159.

<sup>334</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 1; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 11.

<sup>335</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 11; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 159; F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 9; R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, cit., 55.

Con riferimento alla prima modalità della condotta, oggi dovremmo dire che l'abuso d'ufficio non potrebbe più dare rilievo all'eccesso di potere, visto che questo vizio è necessariamente collegato all'esercizio di un'attività discrezionale. Le opinioni di coloro che, a prescindere dal dato normativo, continuano però con convinzione a valorizzarlo, almeno nella forma più grave dello sviamento, come condotta del pubblico funzionario che distolga l'atto amministrativo dal fine pubblico istituzionale cui il potere è teleologicamente preordinato (fine/fini tipici dell'atto) verso un fine privato, o comunque diverso, sono ancora diffuse<sup>336</sup>. Secondo questi autori, lo sviamento – definito dalla dottrina, anche se non sempre in modo uniforme, come “eccesso di potere estrinseco” – violerebbe una regola di condotta vincolante, espressa e specifica<sup>337</sup>.

Vi è poi chi ribadisce come, se il diritto penale deve essere interpretato alla luce della Costituzione e in particolare dell'art. 97, sia oltremodo difficile affermare che lo sviamento di potere non integri la violazione del principio di imparzialità e, conseguentemente, di quello relativo al buon andamento. Secondo la dottrina più critica nei confronti della riforma, la giurisprudenza ben farebbe a non farsi «condizionare dalla tassatività»<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Cfr. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 39 s.; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 97. In questo senso, anche se con alcune precisazioni, N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 13 ss., che lo limita alle ipotesi di esercizio del potere discrezionale oltre i limiti imposti dalla norma attributiva del potere stesso.

<sup>337</sup> *Contra* M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 93, pur affermando che questa interpretazione avrebbe il pregio di recuperare qualche spazio di ragionevolezza al delitto.

<sup>338</sup> A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 8. *Contra* G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, cit., 21. Come evidenzia anche A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa “...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”. Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Indice Pen.*, 2015, 597, se la creatività dell'interpretazione è un carattere ineliminabile della stessa, il mancato rispetto della legge è cosa diversa ed è inaccettabile: «se si vuole che il principio di legalità abbia un significato, la legge deve comunque porre qualche limite alla “fantasia” dei magistrati». In termini ancora più generali sull'argomentazione della dottrina che non si condivide, si può ricordare altresì che il reato è

Riproponendo argomentazioni già note, questi autori evidenziano addirittura come la disposizione costituzionale che riguarda la pubblica amministrazione se, nella parte in cui richiama il buon andamento non porrebbe una specifica regola di condotta ma solo delle direttive che implicano dei margini di scelta molto ampi nell'adeguamento ai casi concreti, nella parte in cui richiama l'imparzialità potrebbe rilevare anche agli effetti della fattispecie riformulata in forza della sua natura immediatamente precettiva<sup>339</sup>, che si specifica nel «divieto di favoritismi» e, quindi, «nell'obbligo per la pubblica amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili alla stessa maniera»<sup>340</sup>. L'art. 1 della legge n. 241/1990, con i principi *ivi* contenuti (efficacia, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza), potrebbe fungere

---

illecito di modalità di lesione e, quindi, non ogni condotta, che violi il bene giuridico, dovrebbe integrare un reato.

<sup>339</sup> A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 5 s. Sul punto cfr. anche A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 23; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.2, ma, in senso contrario, ID., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/riforma-del-labuso-dufficio-note-metodologiche-per-laccertamento-della-parziale-abolitio-criminis> (2 dicembre 2020), par. 4.1; ID., *La riforma del 2020*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 75 e S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 284. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 118 richiama la possibilità che la violazione dell'art. 97 Cost., senza distinguere tra imparzialità e buon andamento, sia considerata sufficiente ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 904, sostiene invece che, con l'introduzione dell'aggettivo "specifiche" (rispetto alle norme di legge), si escluda il riferimento all'art. 97 Cost.

<sup>340</sup> G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al diritto*, 34-35, 2020, 32; A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 27. E. APRILE, *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, cit., 450 ricorda i recenti arresti giurisprudenziali con i quali si è cercato di dare maggiore concretezza al richiamo all'art. 97 Cost. contenuto nei capi di imputazione.

da ulteriore parametro di riferimento: ci troveremmo pur sempre in presenza di regole di condotta espressamente previste dalla legge<sup>341</sup>. Con toni altrettanto netti c'è chi sostiene che proprio l'esigenza di riportare il concetto di discrezionalità nel quadro di una valutazione normativa, superando l'ambiguità di una sua identificazione con il concetto di libertà, fa in modo che la violazione dei doveri di ragionevolezza e di proporzionalità e, ancora di più, di quelli di imparzialità si risolva nella violazione di una specifica regola di condotta prevista dalla legge, ai sensi dell'art. 323 c.p.<sup>342</sup>.

Distanziandosi dalla lettura più rigorosa che è stata offerta, alcuni autori ritengono che le stesse norme procedurali potrebbero assumere ancora rilievo laddove siano «norme doverose e vincolanti (“specifiche”), in grado di trasferire i propri effetti in via immediata sulla fase decisoria, alterandone gli esiti»<sup>343</sup>, mentre, con una certa preoccupazione, vi è chi evidenzia come la riforma abbia perso un'occasione preziosa per stabilire che le regole di condotta violate debbano attenere allo specifico settore cui è preposto il funzionario, regolare la specifica funzione esercitata, ed essere funzionali a scongiurare lo specifico evento vantaggioso-dannoso poi verificatosi. Con l'attuale formulazione l'art. 323 c.p. potrebbe continuare a dare spazio a una violazione normativa qualsiasi, sia o meno influente sull'evento<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 162. *Contra* però N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 12.

<sup>342</sup> G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 30.

<sup>343</sup> G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma “svuota” il reato*, cit., 32. T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 126 ritiene che si assisterà a un'ermeneutica esasperata, votata all'estrema valorizzazione della lettera, con la ricerca spasmodica di norme che scandiscono i procedimenti amministrativi.

<sup>344</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 11. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 7 ritiene invece che dal requisito della “specificità” si possa inferire anche l'attinenza necessaria della norma alla funzione esercitata dall'agente, ma non il nesso pertinenziale tra tipo di regola violata ed evento verificatosi. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale*



Un ulteriore grosso limite all'operatività della riforma si coglie agilmente nel prevedibile richiamo alla teoria della norma interposta o della violazione mediata: anche dopo la novella del 2020, fonti sublegislative potrebbero essere valorizzate ai fini dell'abuso d'ufficio qualora la loro osservanza sia espressamente prevista da una norma di legge o di un atto avente forza di legge<sup>345</sup>. Potrebbero quindi essere trasgredite prescrizioni non primarie – c.d. norme interposte – emanate in forza di una legge e di cui una legge comandi il rispetto<sup>346</sup>.

---

*abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.2 aveva proposto l'inserimento di un inciso, in sede di conversione del decreto legge, che desse rilievo alle regole “attinenti alle funzioni e al servizio esercitato”.

<sup>345</sup> Per A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 6 ss. non si deve rinunciare alla protezione offerta dall'art. 323 c.p. ogni qual volta possa rinvenirsi una norma di legge che espressamente imponga l'osservanza di una data disciplina: nel caso di inosservanza della disciplina a cui si rinvia risulterà pur sempre violata la norma che a essa fa riferimento. Nello stesso senso: E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio anche in chiave di possibile riforma*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretta da), *Diritto penale. Trattato giuridico. Tomo I*, Torino, 2022, 1948.

<sup>346</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12; G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit., par. 4.1; C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, cit., 170; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 111; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 76. Contra A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 7, in quanto non si tratterebbe più di violazione di una regola “espressamente” prevista dalla legge; E. LA ROSA, *Il “nuovo” abuso d'ufficio: “messa da requiem” o eterna “araba fenice”?*, in *Giur. it.*, 2021, 1464; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 16, che rileva come per questa via verrebbe violato il divieto di analogia e il principio di riserva di legge (l'art. 323 c.p. avrebbe, nella sua prospettiva, natura di norma penale in bianco); L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, cit., 120 e B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2021 (10 agosto 2020), che ritengono entrambi che le leggi e gli atti aventi forza di legge che prevedano espressamente la norma, per essere tali, dovrebbero rappresentare l'ultimo approdo del rinvio operato dalla norma incriminatrice, escludendo i rinvii a catena, nonché S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 288. Sul tema cfr. ampiamente, prima della più recente riforma, G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 179 ss., con specifico riferimento alle linee-guida ANAC

Da un altro punto di vista, invece, la violazione di fonti subordinate potrebbe continuare a rilevare, in aggiunta alla violazione di norme di legge, come indizio della prova del dolo<sup>347</sup>.

Non potremmo, insomma, disinteressarci completamente delle fonti diverse dalla legge, nonostante soltanto quest'ultima compaia nel testo dell'art. 323 c.p.

Del resto, proprio con riferimento all'estromissione dei regolamenti, la scelta del ritaglio – comprensibile alla luce del dibattito sorto sulla nozione di regolamento e di un'esigenza di maggior aderenza al principio di riserva di legge<sup>348</sup> – non pare del tutto coerente con quella operata a favore dell'attività vincolata. Proprio in queste fonti,

frutto di processi di delegificazione, si rinvencono [...] *regole di condotta espresse e specifiche*, relative alla funzione o al servizio esercitato in una determinata amministrazione pubblica e, pertanto, *più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori*<sup>349</sup>.

La scelta contrasta con la generale tendenza alla delegificazione dell'attività della pubblica amministrazione che caratterizza il nuovo si-

come violazione mediata di legge. Successivamente alla riforma del 2020 cfr. ID., *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (15 novembre 2021), 10 ss., che si esprime in termini favorevoli alla rilevanza delle fonti richiamate dalla legge, purché la normazione subordinata oggetto di richiamo sia ben individuata a livello legislativo.

<sup>347</sup> M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 4.

<sup>348</sup> G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, cit., 366 ritiene tuttavia che l'obiezione in merito a un possibile contrasto con il principio di riserva di legge della previgente disciplina non cogliesse nel segno, in quanto la norma incriminatrice già descriveva compiutamente la condotta punibile.

<sup>349</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.1. Cfr. anche A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 23; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 7; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 87; M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 7; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 517.

stema del diritto amministrativo: ai regolamenti viene frequentemente affidato il compito di predeterminare le modalità di esercizio dell'azione amministrativa a tutela tanto di interessi formali che sostanziali, collegati al componimento preventivo delle esigenze contrapposte<sup>350</sup>. Non è irragionevole sostenere che, invece di operare un intervento di delimitazione così drastico, sarebbe stato preferibile indicare i criteri per identificare la tipologia degli atti a cui attribuire rilevanza<sup>351</sup>.

In termini purtroppo molto convincenti, poi, di fronte alla prospettiva poco praticabile che un'interpretazione rigorosamente letterale della prima modalità di integrazione del reato trasformi l'abuso d'ufficio in una norma inutile ad arginare gli abusi della discrezionalità amministrativa – “croce e delizia” dell'abuso dell'ufficio nella sua evoluzione normativa<sup>352</sup> –, vi è chi evidenzia come figure criminose limitrofe potrebbero “riespandersi”<sup>353</sup>, ma soprattutto come la condotta alternativa dell'omessa astensione, rimasta intonsa, sebbene fino a oggi applicata raramente<sup>354</sup>, potrebbe acquisire una nuova vitalità, ridimensionando

---

<sup>350</sup> E. APRILE, *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio “depotenziato”*, cit., 449.

<sup>351</sup> Cfr. sul punto S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 287.

<sup>352</sup> A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 6. Cfr. G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma “svuota” il reato*, cit., 33.

<sup>353</sup> A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 76, con riferimento al labile confine esistente tra l'abuso d'ufficio e il peculato e con riferimento all'art. 328 c.p. M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 13, ricorda il peculato per distrazione (art. 314 c.p.), il falso ideologico (art. 480 c.p.) e, perfino, la corruzione (artt. 318 ss. c.p.). Cfr. anche G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit., par. 4.3; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 294; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 95; T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 128. Il termine “riespandersi” è qui da intendersi in senso ampio, comprensivo di scelte di riqualificazione che potrebbero essere effettuate a prescindere da un rapporto strutturale tra fattispecie e dalla già considerata clausola di riserva in forza della quale l'abuso d'ufficio dovrebbe prevalere solo in ipotesi di reati meno gravi.

<sup>354</sup> E. APRILE, *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio “depotenziato”*, cit., 442.

ancora l'obiettivo preso di mira dal legislatore<sup>355</sup>. Nel perimetro della seconda forma di condotta, dai confini «ampi ed evanescenti»<sup>356</sup> infatti, sono necessariamente ricomprese attività discrezionali, perché l'obbligo di astensione sarebbe poco sensato qualora venisse in rilievo una condotta integralmente vincolata, un atto dovuto<sup>357</sup>.

Secondo qualche autore, l'omessa astensione, che è svincolata dalla violazione di specifici doveri comportamentali di rango primario, potrebbe essere addirittura azionata dalla norma-principio di cui all'art. 97 Cost., radicando la punizione del funzionario interessato ad accontentare o sfavorire qualcuno e che per fare questo violi il principio di imparzialità asservendo l'ufficio pubblico a scopi privatistici e versando implicitamente quindi in una situazione di conflitto di interessi<sup>358</sup>. Senza

---

<sup>355</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit., par. 4.3; ID., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit., par. 4.2; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 290; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 151; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 98; S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., 5; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 15 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss.; ID., *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 5 ss.; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 10 s. ritengono che non sia scontato che la precisazione per cui l'attività discrezionale non costituisce condotta penalmente rilevante non sia riferibile anche alla condotta omissiva. La mancata duplicazione del concetto potrebbe essere dovuta solo alla necessità di evitare una ripetizione e di non appesantire la formulazione linguistica della norma.

<sup>356</sup> M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 94.

<sup>357</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 14; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7-8, 10; C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, cit., 171. *Contra* G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 15.

<sup>358</sup> Cfr. A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 77, che si sofferma su questo rischio.

andare a invocare la norma costituzionale, però, potrebbero assumere rilievo, se necessario<sup>359</sup>, anche norme regolamentari, linee-guida ANAC o addirittura regole di fonte giurisprudenziale che delineano frequentemente situazioni di conflitto di interesse; e ciò anche se non siano espressamente «abbinata a obblighi di inerzia»<sup>360</sup>. In sostanza, il funzionario che agisca in presenza di un conflitto di interesse disciplinato da qualsiasi norma – *ivi* compresa, nelle letture più ampie, quella costituzionale che prescrive equidistanza e quindi un obbligo di astensione in presenza di un qualsiasi conflitto di interessi – non incorrerebbe più in un abuso d'ufficio per violazione di legge, quanto invece per omessa astensione, avendo trasgredito il dovere posto direttamente dall'art. 323 c.p. o comunque imposto negli altri casi prescritti, che non subiscono limitazioni di ordine formale, se non si ritiene necessario mantenere una simmetria tra le modalità della condotta almeno dal punto di vista delle fonti rilevanti<sup>361</sup>.

Concentrandosi sull'ampio significato del termine utilizzato, si può ricordare altresì come l'"interesse proprio" che innesca il dovere di astensione possa assumere per la giurisprudenza la natura più varia<sup>362</sup>: può essere politico, morale, emotivo, sentimentale e quindi, anche sen-

---

<sup>359</sup> Basti ricordare la già menzionata genericità di alcune norme che disciplinano l'obbligo di astensione. In base all'art. 7 c.1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62: «il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza». Non è detto, quindi, che la giurisprudenza debba fare tanta fatica a ricercare norme inedite.

<sup>360</sup> V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 7.

<sup>361</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss. Cfr. anche S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 290, 293 che tuttavia non si riferisce all'art. 97 Cost. e ritiene che l'obbligo di astensione debba necessariamente trovare fondamento esclusivo nella legge. Contrario all'innesto dell'art. 97 Cost. sull'obbligo di astensione è altresì N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 19, il quale rileva come ciò significherebbe svilire il principio di tipicità/determinatezza.

<sup>362</sup> Come abbiamo già ricordato, analizzando la disciplina previgente, al par. 3.2.3.1 di questo capitolo. Cfr. M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 16; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 290.

za troppa fantasia, potrebbe concretizzarsi nell'interesse ad avvantaggiare o danneggiare altri, chiunque, per le ragioni più varie<sup>363</sup>.

Se quest'ultima interpretazione proposta soltanto a livello dottrinale è stata criticata, ben prima della più recente riforma, proprio perché potrebbe finire per ricomprendere indiscriminatamente nel reato ogni ipotesi di gestione di attività discrezionale con fini di danno o di vantaggio, recuperando paradigmi del passato che avrebbero dovuto essere superati<sup>364</sup>, non vi è dubbio che la seconda modalità della condotta che integra l'abuso d'ufficio, a lungo dimenticata dalla giurisprudenza, e poco praticata anche dalla dottrina, può diventare in futuro uno strumento molto flessibile per aprire le porte a un ampio sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

È ancora presto per dire con sicurezza quali saranno gli effetti a lungo termine della riforma nel diritto vivente. Vi è tuttavia ben più di un dubbio che con questa modifica il legislatore sia finalmente riuscito a legare le mani agli interpreti, ponendo fine alla tormentata vicenda normativa dell'abuso d'ufficio<sup>365</sup>.

Analizzeremo nel prossimo capitolo alcune sentenze rilevanti, che ci permetteranno di sviluppare ulteriormente queste considerazioni.

La determinatezza della descrizione normativa non può infatti che essere verificata sul terreno dell'interpretazione concreta della norma<sup>366</sup>; se dottrina e giurisprudenza costruiscono il diritto dentro e oltre la legge e del diritto nessuno è veramente padrone, è difficile negare che sia «vigente solo quello adottato dai giudici»<sup>367</sup>.

<sup>363</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 13; ID., *Una riforma imperfetta*, cit., 127; V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 9.

<sup>364</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 306.

<sup>365</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 251; F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 9.

<sup>366</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 19.

<sup>367</sup> M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 9.

## CAPITOLO SECONDO

### L'ABUSO D'UFFICIO NEL DIRITTO VIVENTE

#### GLI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA SULLA FORMULAZIONE DEL 1997 E SU QUELLA DEL 2020: LE QUESTIONI DIBATTUTE

SOMMARIO: 1. *L'oggetto della tutela: il bene giuridico dell'abuso d'ufficio.* 2. *Gli approdi della giurisprudenza sul testo del 1997: le questioni principali.* 3. *La nozione di violazione di norme di legge o di regolamento nella giurisprudenza della Cassazione, con riferimento alla formulazione del 1997.* 3.1. *Il ruolo dell'art. 97 della Costituzione.* 3.2. *Violazione mediata.* 3.3. *Interpretazione teleologica.* 3.4. *Le violazioni procedurali o formali.* 4. *La selettività intermittente della doppia ingiustizia.* 5. *Il complesso accertamento del dolo intenzionale.* 6. *La violazione di specifiche regole di condotta da cui non residuino margini di discrezionalità nella giurisprudenza successiva alla riforma.* 7. *Una digressione, solo apparente, sulla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio nell'attività amministrativa discrezionale.*

#### *1. L'oggetto della tutela: il bene giuridico dell'abuso d'ufficio*

Prima di andare a soffermarci sulle questioni interpretative più significative che sono state poste all'attenzione della giurisprudenza e sulle soluzioni offerte, una riflessione sul bene giuridico tutelato ci sembra importante, anche per cercare di capire quanto questo possa contribuire a offrire un'interpretazione univoca della fattispecie.

Abbandonata progressivamente l'idea, propria del codice del 1930, secondo cui la pubblica amministrazione oggetto di tutela penale si identificherebbe con la fedeltà, il prestigio, l'autorevolezza e con l'autorità dello Stato-Apparato<sup>1</sup>, con l'effetto di far spesso coincidere l'area

---

<sup>1</sup> B. ROMANO, *Nozioni introduttive*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 7; ID., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, cit., 6; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 259;

di rilevanza penale con quella della mera illegittimità amministrativa<sup>2</sup>, il bene giuridico tutelato dal reato di abuso d'ufficio è stato variamente tratteggiato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il punto di riferimento – almeno per quanto riguarda l'attività amministrativa – è rappresentato dall'art. 97 della Carta Costituzionale, che ha perlomeno permesso di sancire il definitivo superamento di una concezione autoritaria dei rapporti tra cittadini e apparato statale<sup>3</sup>. A prescindere dai concreti sviluppi ermeneutici, infatti, le diverse impostazioni assumono a proprio fondamento i principi di imparzialità e buon andamento che guidano l'operato della pubblica amministrazione e quindi l'azione amministrativa erogatrice di servizi e garante dei più fondamentali diritti individuali e collettivi<sup>4</sup>.

Come è facile intuire, però, questi principi svolgono una scarsa funzione critica quali interessi tutelati, anche in quanto concetti che scontano una certa astrattezza<sup>5</sup> che li può portare a essere utilizzati in chiave fortemente espansiva del reato di abuso d'ufficio. Vedremo poi, e so-

S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, cit., 221; E. MUSCO, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 1024; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 25 s. Sempre illuminanti sul punto le considerazioni di F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., 563 ss., sul rapporto tra i valori tutelati tradizionalmente (prestigio e regolare funzionamento della pubblica amministrazione) e quelli nuovi, di rilievo costituzionale, fondati sull'art. 97 Cost. Sul punto cfr. ampiamente A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 119 ss. L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 113, con riferimento al bene da tutelare, parla di legalità dell'esercizio del potere come corrispondenza tra atto e legge.

<sup>2</sup> S. FIORE, *Introduzione*, cit., 7 evidenzia come la deviazione dalla legalità diventasse l'unica misura della disfunzionalità del comportamento rispetto agli obiettivi di tutela.

<sup>3</sup> A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 132. Cfr. ampiamente R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 82 ss.; 257 ss.

<sup>4</sup> M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 8; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 37.

<sup>5</sup> In questi termini si esprimeva già L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 156.



prattutto, che sono dei principi che possono entrare addirittura in collisione tra di loro, imponendo all'interprete una delicata attività di bilanciamento.

Non esiste un'unica nozione di imparzialità, ma possiamo riferirci a essa come alla parità di accesso a risorse e oneri di carattere pubblico, con conseguente divieto per i funzionari di alterare l'uguale posizione di partenza dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione, creando ingiustificate posizioni di privilegio<sup>6</sup>. Il principio può essere riassunto come «divieto di far preferenze»<sup>7</sup>.

Quanto al buon andamento, la nozione maggiormente condivisa è quella che lo identifica nell'economicità e nell'efficacia – nozioni più moderne ma in gran parte corrispondenti all'idea ottocentesca di buon andamento<sup>8</sup> – oppure nell'efficienza e adeguatezza dell'azione amministrativa, da intendersi, tuttavia, non in senso economico-aziendalistico, quanto invece come effettività rispetto al soddisfacimento di situazioni giuridiche soggettive (individuali o collettive) o di interessi pubblici a cui l'attività amministrativa è funzionale<sup>9</sup>. Si è anche parlato di “massima aderenza all'interesse pubblico”<sup>10</sup>, mediata dal rispetto delle norme poste a presidio dell'azione pubblica<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> M. ROMANO, *Pre-Art. 314*, in ID., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 11; M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 11.

<sup>7</sup> R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 98.

<sup>8</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 88.

<sup>9</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 36; M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 12. Così già F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., 563 ss. A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 709 richiama il principio di buona amministrazione, secondo il quale l'azione amministrativa deve essere esplicata nella prospettiva di un'amministrazione efficiente e appropriata.

<sup>10</sup> S. FIORE, *Introduzione*, cit., 8.

<sup>11</sup> N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 260, infatti, rileva come il riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento orienti la nozione di buon andamento nel senso del rispetto delle regole normative.

Veniamo allora, più nel dettaglio, ad alcune delle letture che sono state offerte in merito al bene giuridico dell'abuso d'ufficio. Da un lato, la maggioranza della dottrina, con sfumature leggermente diverse al suo interno, identifica il bene giuridico tutelato nel normale o regolare funzionamento della pubblica amministrazione, nel senso di uso corretto delle funzioni da parte dei soggetti che ne sono investiti in vista del perseguimento di interessi pubblici<sup>12</sup>, ridefinito proprio nei concetti di buon andamento, imparzialità e trasparenza che caratterizzano l'azione amministrativa<sup>13</sup>; tale oggettività giuridica non sarebbe mutata in forza delle più recenti riforme del reato ed emergerebbe dalla previsione della necessità di un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o del danno ingiusto a terzi. Vi è chi sottolinea altresì il valore e la garanzia della democraticità della pubblica amministrazione<sup>14</sup>. Del resto, il controllo sulla legalità degli agenti pubblici assicura che questi esercitino il potere di cui sono investiti lungo le linee e per le finalità che sono previste dalla legge nell'interesse di tutti, in una logica intrinsecamente democratica<sup>15</sup>.

In termini non troppo distanti, l'illegittimità del comportamento e l'omessa astensione, unite all'ingiustizia del danno o del vantaggio, consentono di individuare i beni giuridici tutelati nel buon funzionamento della pubblica amministrazione che viene compromesso da un comportamento illegittimo e nell'imparzialità che non tollera la commi-

---

<sup>12</sup> F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 2; E. CONTIERI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 187; E. GALLO, *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, cit., 272; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 17 s. M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 132 evidenzia come l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza identificherebbe l'oggettività giuridica nel "corretto funzionamento della pubblica amministrazione". Tuttavia, molto chiaramente, S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 229 ritiene che questa interpretazione si risolva in una mera perifrasi del precetto normativo.

<sup>13</sup> R. RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 111; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, cit., 251.

<sup>14</sup> S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, cit., 221.

<sup>15</sup> Così F.C. PALAZZO, *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, cit., 624.

stione di interessi personali nell'esercizio di pubbliche funzioni, né vantaggi o danni ingiusti<sup>16</sup>.

Valorizzando l'evento tipico di vantaggio "patrimoniale" conseguente all'abuso, introdotto con la riforma del 1997, e partendo dall'assunto – peraltro non pacifico – per cui dal 1990 l'abuso patrimoniale comprenderebbe il peculato per distrazione, una parte della dottrina ha proposto, in toni critici, una lettura diversa: il bene giuridico protetto sarebbe costituito prioritariamente dalle risorse patrimoniali e finanziarie dell'amministrazione, a fronte di un indebolimento della tutela dell'imparzialità<sup>17</sup>. Il buon andamento e l'imparzialità costituirebbero dei disvalori-mezzo collegati alla condotta, ma il momento finale, al quale ricondurre la vera offesa, dovrebbe essere colto nel patrimonio collettivo pubblico<sup>18</sup>.

La sintesi dei due estremi si ravvisa nell'orientamento eclettico, che affianca gli interessi patrimoniali della pubblica amministrazione e le risorse finanziarie ed economiche pubbliche al tradizionale bene del buon andamento e dell'imparzialità, letti come endiadi<sup>19</sup>.

Se si analizza con attenzione l'orientamento patrimonialistico, però, si impone un'osservazione che lo rende poco convincente.

La lesione patrimoniale rilevante per l'integrazione del reato, quando viene considerata, non appare tanto essere quella in danno della pubblica amministrazione, quanto piuttosto quella in danno dei destinatari dell'operato di quest'ultima: i terzi, che sono interessati al perseguimento di finalità pubbliche. Basti considerare l'evento, del resto, che non è descritto come danno ingiusto per la pubblica amministrazione, quanto invece piuttosto, di regola, come danno o vantaggio ingiusto per

<sup>16</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 59 s.

<sup>17</sup> Cfr. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 34 s.; ID., *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 17.

<sup>18</sup> Cfr. A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 140 ss.

<sup>19</sup> C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Tomo I. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 925; ID., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 23; ID., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 921. Nello stesso senso pare orientato L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 288 s., che valorizza la tutela del patrimonio della pubblica amministrazione, ricordando peraltro come, oltre al patrimonio, l'abuso d'ufficio tuteli anche il bene dell'imparzialità.

i destinatari dell'attività della P.A., o come vantaggio per il pubblico agente. Al vantaggio economico del soggetto pubblico o del privato non corrisponde sempre un nocumento patrimoniale della P.A.<sup>20</sup>.

Gli effetti di una tale osservazione – che pone l'accento sull'emergere di interessi di natura privatistica – sono piuttosto intuibili, alla luce delle più recenti tendenze giurisprudenziali favorevoli ad ammettere la categoria dei reati plurioffensivi contro la P.A.: al bene giuridico di categoria si affiancherebbero altri beni giuridici a titolarità privata<sup>21</sup>.

La giurisprudenza pare infatti massicciamente orientata a favore della plurioffensività, almeno per le ipotesi di evento di danno o, prima della riforma del 1997, quando l'abuso fosse finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto se il danno, alla fine, si fosse verificato: l'abuso d'ufficio tutela il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza della P.A. e, allo stesso tempo, l'interesse del privato a non essere turbato, nei suoi diritti costituzionalmente garantiti, dal comportamento illegittimo del pubblico agente<sup>22</sup>. Ancorché l'argomento utilizzato sia spesso

<sup>20</sup> Cfr. C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 22 s.; N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 261; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 305.

<sup>21</sup> M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 16; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 20 s.

<sup>22</sup> Cass., 25 settembre 2012, n. 39364, in *Guida al diritto*, 4, 2013, 49; Cass., 10 aprile 2008, n. 17642, in *CED Cassazione penale 2008*; Cass., 14 novembre 2006, n. 40694, in *Cass. pen.*, 1, 2008, 275; Cass., 22 marzo 2006, n. 20339, in *CED Cassazione penale 2006*; Cass., 26 ottobre 2005, n. 44999, in *CED Cassazione penale 2005*; Cass., 20 settembre 2005, n. 39259, cit., 3643; Cass., 8 aprile 1999, n. 1236, in *Cass. pen.*, 2000, 361 e, per quanto riguarda la versione della norma che ha preceduto quella del 1997, Cass., 13 marzo 1997, n. 1106, in *CED Cassazione penale 1997*. Quando sembra orientata in senso contrario, infatti, la Suprema Corte lo fa solo per precisare la necessità di distinguere le ipotesi con evento di danno rispetto a quelle con evento di vantaggio (nel caso dell'evento di ingiusto vantaggio, infatti, rimarrebbero tutelati in via esclusiva il buon andamento e l'imparzialità). Secondo un isolato orientamento giurisprudenziale, invece, il titolare dell'interesse protetto dalla norma – rappresentato dal buon andamento, dall'imparzialità e dalla trasparenza dell'azione dei pubblici ufficiali – sarebbe soltanto la pubblica amministrazione e, pertanto, al privato potrebbe essere attribuita unicamente la qualifica di persona danneggiata, legittimata a costituirsi parte civile (Cass., 13 gennaio 1998, n. 17, in *Cass. pen.*, 1999, 2508). Cfr. C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 923. In dottrina, E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 307 distingue due reati, entrambi plurioffensivi, ma in un diverso significato: la prevaricazione, che pro-

questo, non riteniamo tuttavia che la scelta a favore della plurioffensività debba essere imposta dalla necessità di garantire al privato una più ampia tutela; quest'ultimo, sussistendone i presupposti, si vede già riconosciuto, come danneggiato, la legittimazione a costituirsi parte civile e non mancano in dottrina auspici addirittura a favore di un ampliamento dei suoi poteri – come “vittima” – nel controllo dell'azione penale<sup>23</sup>.

Ferme le critiche puntuali che la dottrina muove all'utilità della categoria della plurioffensività, che mal si concilia con il principio di determinatezza della fattispecie e finisce per banalizzare il concetto di bene giuridico, frustrandone la funzione di vincolo teleologico e quindi di limite all'arbitrio giudiziale<sup>24</sup>, è stata formulata in questo contesto un'ulteriore considerazione, col fine di tenere conto della posizione giuridica che assume il privato in ordine, per esempio, all'osservanza delle norme che disciplinano le procedure dei concorsi pubblici: una posizione di mero interesse legittimo che rileva unicamente come elemento che contribuisce a determinare in concreto il potere pubblico, l'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa<sup>25</sup>. Il danno al privato assume significato solo indirettamente, come conseguenza di un comportamento che lede gli interessi tradizionali della pubblica ammi-

---

tegge il buon andamento della P.A. e la sicurezza della sfera giuridica del privato incisa dall'agire pubblico, e il favoritismo, che tutela penalmente il buon andamento unitamente all'imparzialità della P.A. in ambito economico. Anche R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, cit., 898; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 278 e G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, cit., 352 propendono per la plurioffensività, in termini anche più estesi rispetto a quelli della giurisprudenza.

<sup>23</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 40 s.; M. ROMANO, *Abuso d'ufficio*, cit., 353.

<sup>24</sup> M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 17 auspica un nuovo orientamento della giurisprudenza verso ricostruzioni di tipo mono-offensivo, più in linea con *ratio* e funzioni del concetto di bene giuridico e del principio costituzionale di offensività del reato. Cfr. anche le critiche formulate da A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 39 e S. FIORE, *Introduzione*, cit., 10.

<sup>25</sup> E. BURZIO, *Procedure di concorso “addomesticate” e abuso in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 741.

nistrazione delineati dall'art. 97 Cost. ed è unicamente a questi che è opportuno riferirsi<sup>26</sup>.

Come abbiamo visto, poi, la prospettiva della plurioffensività aprirebbe le porte a una fattispecie a geometria variabile, con riferimento all'oggettività tutelata: reato plurioffensivo, allorché dalla condotta tipica derivi un danno ingiusto, e fattispecie monoffensiva qualora l'evento consista nel vantaggio patrimoniale ingiusto<sup>27</sup>.

Per dare un quadro più preciso e completo dell'interesse tutelato si è parlato di legalità dell'azione amministrativa come "precondizione" dell'imparzialità, se non anche del buon andamento, contro le violazioni che non si esauriscono in una semplice illegittimità amministrativa o disciplinare, ma determinano un vantaggio ingiusto all'agente pubblico o ad altri, o un danno a terzi<sup>28</sup>.

Per prendere sul serio la dimensione dell'offensività, dobbiamo chiederci se sia convincente l'interpretazione ampiamente diffusa che richiama indistintamente il buon andamento e l'imparzialità come beni oggetto di tutela, visto che una parte della dottrina ha sottolineato che

<sup>26</sup> A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 37; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 280; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 133; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 19.

<sup>27</sup> N. PISANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 261 s.

<sup>28</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 249; C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 209. Con riferimento alla versione del 1930 dell'abuso d'ufficio, L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 156 già parlava di legalità come valore da considerare il fulcro su cui impennare la disciplina penale dell'abuso di potere. Cfr. anche A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 271 e S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, cit., 221, che sottolinea la connessione esistente tra il valore della legalità e quello dell'imparzialità. Già F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, cit., 15, del resto, aveva precisato che i valori da tutelare col reato avrebbero dovuto essere l'imparzialità della P.A. e la legalità dell'azione amministrativa. Egli aveva sottolineato peraltro l'opportunità di differenziare le diverse funzioni, ai fini della tutela penale. È C. BENUSSI, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 921 che si concentra sul profilo della legalità dell'azione amministrativa anche nel quadro del buon andamento. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2019, 157 ricorda tuttavia come la l. 241/1990 abbia attenuato il rigore della legalità formale limitando la possibilità di annullare atti affetti da vizi che non inficiano la decisione nella sua sostanza (art. 21-*octies*).

essi risultano addirittura contrapposti nella norma costituzionale. Secondo taluno, l'abuso d'ufficio, consistente in una deviazione dell'attività pubblica verso scopi privati, di privilegio o di discriminazione, non richiede un danno alla pubblica amministrazione e quindi poco avrebbe a che fare con il buon andamento: potrebbe essere piuttosto diretto a tutelare l'imparzialità della P.A., intesa come parità di accesso a risorse e oneri di carattere pubblico<sup>29</sup>. L'imparzialità, pur avendo una dimensione normativa, sarebbe un bene più afferrabile nei riflessi che il suo rispetto o la sua lesione determinano nella sfera degli interessi esterni e interni all'amministrazione<sup>30</sup>.

È un'opzione, questa, da considerare, per definire più chiaramente i presupposti dell'intervento penale e valorizzare il bene giuridico in chiave ermeneutica, ma ci sembra che il concetto di imparzialità – ben lungi dall'essere pienamente intellegibile – mantenga una significativa vaghezza e si presti pericolosamente a legittimare forme di anticipazione della tutela<sup>31</sup>.

Se si guarda con attenzione ai più recenti sviluppi della disciplina dell'attività amministrativa si nota infatti un'attenzione crescente al tema dell'imparzialità, a presidio della quale è stato predisposto un congegno che è stato efficacemente definito «simil-precauzionale», in quanto «colpisce e disincentiva favoritismi virtuali prima che siano agiti»<sup>32</sup>.

Una parte della dottrina, per esempio – a dimostrazione di come i problemi interpretativi che pone il reato riguardino indifferentemente sia gli elementi normativi della condotta sia il requisito dell'ingiustizia

<sup>29</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 271 s.; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., 133. S. SEMINARA, *Artt. 323-324 c.p.*, cit., 230 parlava di imparzialità come obiettività e spersonalizzazione nell'esercizio delle pubbliche funzioni.

<sup>30</sup> L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 294. Cfr. anche G. CONTENUTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 219, che si sofferma sul rischio di ingerenza dei giudici nell'attività di gestione propria dell'esecutivo, insito nell'ipotesi di valorizzazione del buon andamento come bene giuridico tutelato.

<sup>31</sup> Cfr. sul punto V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1230. V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 264 riteneva che entrambi i concetti (imparzialità e buon andamento) fossero vaghi e generici.

<sup>32</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 7.

dell'evento – propone di valorizzare il bene giuridico dell'imparzialità per richiamare il giudice a una corretta determinazione del requisito dell'ingiustizia. Egli, lungi dal tracciare in prima persona la linea di demarcazione tra giusto e ingiusto in base a valutazioni politico-sociologiche di diverso tenore, sarebbe chiamato ad accertare il requisito proprio alla luce delle situazioni preferenziali o discriminatorie che si sarebbero prodotte nei confronti degli altri cittadini in conseguenza della condotta abusiva<sup>33</sup>. In una prospettiva solo parzialmente diversa, sempre il bene giuridico, inteso tuttavia sia come buon andamento sia come imparzialità, consente di assegnare all'ingiustizia o al vantaggio una qualifica giuridico-sostanziale, richiedendo che esso si materializzi nel soddisfacimento di un interesse esclusivamente privato<sup>34</sup>.

È difficile pensare tuttavia che il richiamo alla valutazione di uno specifico disvalore, con queste precisazioni, abbia un'efficacia selettiva compatibile con il principio di legalità e capace di prestare aiuto all'interprete in questo frangente: abbiamo già descritto la complessità dell'accertamento del requisito dell'ingiustizia, che ci richiama alla considerazione del contrasto dell'evento con l'ordinamento, secondo un parametro normativo da individuare, ma che, proprio per questo, offende il bene giuridico tutelato, non identificandosi in esso. Avremo modo tuttavia di soffermarci ancora sull'elemento dell'ingiustizia, che ci sembra particolarmente importante per l'accertamento del reato.

Per concludere sul tema dell'imparzialità, ci sembra che un'ipervalorizzazione della tutela di questa sola dimensione impedisca di considerare come nel programma delineato dall'art. 97 Cost. rientri anche la nozione di buon andamento e quindi quelle esigenze di efficienza, efficacia, economicità e rapidità della pubblica amministrazione che possono essere frustrate da un sistema punitivo che premi solo una perfetta – ma forse patologica – idea di imparzialità, alimentata dall'ANAC e, a volte, dalla magistratura penale<sup>35</sup>. Questo aspetto, anche se con riferimento più generale alla disciplina dell'art. 323 c.p. allora in vigore (precedente alla riforma del 1997), era stato evidenziato in una delle

---

<sup>33</sup> L.D. CERQUA, *L'obiettivo su... l'"abuso d'ufficio"*, in *Indice Pen.*, 1998, 47.

<sup>34</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 140.

<sup>35</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 8 s.



questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla giurisprudenza di merito nel 1996: l'indeterminatezza della fattispecie consentiva al giudice penale delle incursioni arbitrarie nel terreno dell'amministrazione pubblica, paralizzando l'operato dei funzionari pubblici e minando il buon andamento che la norma doveva invece tutelare<sup>36</sup>.

Efficienza e imparzialità, insomma, sono esigenze connesse che reciprocamente si influenzano; nel programma costituzionale sono esigenze complementari che individuano un principio unitario, che nasce dal loro bilanciamento<sup>37</sup>, e riteniamo che non possano essere considerate singolarmente. Di più, l'imparzialità dovrebbe essere funzionale al buon andamento.

Quando, infatti, si collocano troppi paletti per garantire l'imparzialità, il buon andamento finisce per essere compromesso, almeno sotto il profilo dell'efficienza<sup>38</sup>.

Tornando al reato di abuso d'ufficio, così come è oggi costruito, a livello generale riteniamo preferibile distinguere, da un lato, l'ipotesi dell'omessa astensione, dove la dimensione dell'imparzialità, purché non meramente "percepita", appare più a fuoco – ancorché quella del buon andamento, inteso come efficienza, efficacia, economicità e adeguatezza dell'azione amministrativa, non si debba trascurare, alla luce dell'evento ingiusto richiesto per la consumazione del reato – e, dall'altro, l'ipotesi della violazione di legge, dove l'imparzialità può assumere rilevanza, ma è soprattutto il buon andamento a rimanere centrale come bene giuridico.

Dobbiamo al contempo rilevare però come questo reato sconti un primo limite, legato proprio all'oggetto della tutela penale. Ricollegandoci a quanto qualche autorevole voce dottrinale evidenzia da anni, ci

---

<sup>36</sup> Ord. Tribunale di Piacenza, ufficio G.i.p., 16 aprile 1996, cit., 1138 s. Cfr. sul punto anche G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 23 e M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 890.

<sup>37</sup> Così R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 100 s.

<sup>38</sup> Così G. GRECO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporti con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, 2019, 100.

sembra di dover prendere atto del fatto che sia il buon andamento sia l'imparzialità hanno «contorni tutt'altro che definiti»<sup>39</sup>, che possono forse dare al legislatore degli spunti per una maggior aderenza al principio di determinatezza, ma non certo una guida sicura per l'introduzione di nuove figure delittuose. Essi faticano poi a offrire all'interprete criteri limpidi e risolutivi per l'interpretazione delle singole disposizioni.

Rientrando nel novero dei c.d. beni istituzionali di natura superindividuale, del resto, una loro reale alterazione «non risulta circoscrivibile entro precisi correlati fenomenici in grado di renderla immediatamente percepibile»<sup>40</sup>.

Quanto il bene continui a rimanere sfuggente ce lo dimostrano i risultati dell'attività interpretativa, che ci occuperà più direttamente in questo capitolo, dove i due parametri costituzionali, quando vengono invocati, si trasformano spesso in semplici slogan<sup>41</sup>.

## *2. Gli approdi della giurisprudenza sul testo del 1997: le questioni principali*

Diversi sono i profili dell'abuso d'ufficio che hanno suscitato nella giurisprudenza incertezze capaci di condurre a risultati esegetici ben lontani dai propositi della riforma del 1997; risultati che, come abbiamo anticipato, hanno fatto sbiadire l'approccio garantista che aveva caratterizzato la legge e hanno dato vita a una vera e propria "riconversione ermeneutica"<sup>42</sup> del reato, inducendo il legislatore del 2020 a un ulteriore intervento normativo, almeno per quanto riguarda il requisito della violazione di legge.

Questi aspetti possono essere ricondotti a tre: la nozione di violazione di norme di legge o di regolamento, il requisito dell'ingiustizia dell'evento causato dalla condotta ingiusta e l'accertamento del dolo intenzionale. Sono proprio questi, del resto, i principali elementi che sono

---

<sup>39</sup> M. ROMANO, *Pre-Art. 314*, cit., 11.

<sup>40</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 46.

<sup>41</sup> S. FIORE, *Introduzione*, cit., 9.

<sup>42</sup> Così T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1002.

stati valorizzati dal legislatore nel 1997 per recuperare la tipicità che mancava alla fattispecie previgente, anche se la scelta di “esternalizzare” le modalità di lesione con il rinvio formale a discipline di matrice extrapenale non ha mancato di destare da subito delle perplessità<sup>43</sup>.

Possiamo già anticipare che, soprattutto dalla fine degli anni Novanta, l'abuso d'ufficio ha iniziato a vivere una “dissociazione schizofrenica” tra un enunciato scritto volutamente lacunoso e una norma reale che non si è emancipata dalla sua originaria fisionomia<sup>44</sup>.

Se teniamo conto dei risultati del vivace dibattito favorito dagli orientamenti giurisprudenziali più insoddisfacenti che si sono formati sul fronte del rispetto del principio di determinatezza/tassatività, non possiamo non partire tuttavia da quello che è stato individuato spesso come il cuore del problema: una nozione, ritenuta troppo generica, di violazione di norme di legge o di regolamento, che, in quanto capace di abbracciare ogni tipo di violazione, non ha saputo delineare chiaramente i limiti dell'intervento del sindacato del giudice penale sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Non è un caso infatti che l'intervento riformatore del 2020 abbia interessato proprio questo profilo della norma, per incrementarne l'efficacia tipizzante, nella speranza di evitare per tale via quella svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione alla quale si assiste quando la giurisprudenza penale non si mostra rispettosa dei limiti che assicurano la non interferenza del processo nella sfera riservata della P.A.<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., XV.

<sup>44</sup> In questi termini si esprime V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 17.

<sup>45</sup> Cfr. B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 117. M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 79, invece, ritiene che «se interpretata in modo non formalistico, ma piuttosto ponendo i singoli requisiti di fattispecie in relazione l'uno con l'altro, e concentrando l'analisi sul disvalore di evento, nel suo inscindibile collegamento con il disvalore della condotta (nel suo duplice profilo oggettivo e soggettivo), la fattispecie del delitto di abuso di ufficio, dopo la riforma del 1997, non potesse dirsi viziata da un particolare deficit di determinatezza».

Vedremo quindi di analizzare meglio i principali arresti giurisprudenziali, concernenti questo aspetto, i quali – anche grazie alla penombra semantica della disposizione<sup>46</sup> – hanno permesso di realizzare un’operazione di “riappropriazione” interpretativa dell’originario paradigma dell’abuso d’ufficio<sup>47</sup>, dedicando poi alle altre questioni, di certo non meno complesse, qualche ulteriore approfondimento.

### *3. La nozione di violazione di norme di legge o di regolamento nella giurisprudenza della Cassazione, con riferimento alla formulazione del 1997*

Attraverso l’espressione “violazione di norme di legge o di regolamento”, la riforma del 1997 mirava, come abbiamo visto, a recuperare la tipicità mancante nell’abuso d’ufficio, tenendo fuori dall’area della rilevanza penale le illegittimità integranti mero eccesso di potere.

Se l’orientamento inaugurato dalla già richiamata sentenza Tosches, da un lato, poteva far avvertire un certo disagio della Corte nel recepimento di categorie estranee ai concetti penalistici<sup>48</sup>, dall’altro, esso si poneva in linea di continuità con le ragioni ispiratrici della riforma, perseguendo l’obiettivo di individuare dei tratti differenziali significativi tra illecito penale e illegittimità amministrativa<sup>49</sup>. In un primo momento, infatti, la Cassazione aveva affermato che, affinché la violazione di legge o di regolamento potesse integrare il reato di abuso d’ufficio, erano necessari due presupposti. La norma violata, innanzitutto, non doveva essere genericamente strumentale alla regolarità dell’attività amministrativa, ma doveva vietare «puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio»: le disposizioni programmatiche o di principio e le mere inosservanze for-

---

<sup>46</sup> G. SALCUNI, *Abuso d’ufficio ed eccesso di potere: “fine di un amore tormentato”?*, cit., 5.

<sup>47</sup> G. DI VETTA, *L’abuso di ufficio: cronaca di un “ritorno”*, cit., 420.

<sup>48</sup> Così V. MANES, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 392.

<sup>49</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 4.

mali o procedurali dovevano essere escluse. Le leggi e i regolamenti violati, poi, dovevano possedere, di questi atti, i caratteri formali e il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita<sup>50</sup>.

La motivazione della sentenza lasciava trasparire la profondità del ragionamento svolto dalla Corte, propensa a fornire delle linee-guida dirette a orientare la futura prassi applicativa con «un'interpretazione teleologicamente orientata»<sup>51</sup>. In base a quanto emergeva dai resoconti della discussione parlamentare, la riforma era stata introdotta per evitare che l'abuso punibile potesse essere identificato con il semplice eccesso di potere o con una delle sue figure sintomatiche.

Un'interpretazione aperta a un concetto di «illegittimità meramente formale, identificabile con la mera irregolarità», però, avrebbe tradito la volontà del legislatore; avrebbe esposto la norma agli stessi dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 25 c. 2 Cost. e dell'art. 97 Cost., che erano già stati formulati in merito alla formulazione previgente, e reso vana la riforma volta a «valorizzare il principio della separazione dei poteri e a individuare, con sufficiente chiarezza, il discrimine tra illegittimità e illiceità»<sup>52</sup>. Da qui la necessità di distinguere, tra le norme di legge e di regolamento, quelle la cui violazione poteva considerarsi rilevante nell'ambito dell'art. 323 c.p., da quelle non rilevanti<sup>53</sup>.

La controffensiva ermeneutica della giurisprudenza, però, non si è fatta attendere molto, giungendo – anche se non sempre in modo univoco – a riconquistare gli spazi che il legislatore sembrava avere sottratto alla sanzione penale.

---

<sup>50</sup> Cass., 4 dicembre 1997, Tosches, cit., 258 ss.

<sup>51</sup> A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 260.

<sup>52</sup> Cass., 4 dicembre 1997, Tosches, cit., 270 s.

<sup>53</sup> Sulla complessità dell'attività interpretativa richiesta al giudice penale in presenza di norme sostanzialmente riconducibili alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma formalmente regole (art. 1 l. 241/1990) cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 393 s.

### 3.1. Il ruolo dell'art. 97 della Costituzione

Uno degli strumenti più efficaci attraverso i quali è stata operata la riconversione ermeneutica della fattispecie, che ha portato a una sorta di riscrittura del testo di legge<sup>54</sup>, con rarefazione dei presupposti applicativi del reato, è costituito dall'art. 97 Cost., che già tanti problemi pone ai fini dell'individuazione del bene tutelato.

Dopo la riforma del 1997, la giurisprudenza si è trovata a confrontarsi in più occasioni con il quesito concernente l'integrabilità del requisito della violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. mediante la violazione della norma costituzionale secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Come abbiamo avuto modo di chiarire, la questione è intrinsecamente legata a quella concernente la rilevanza ai fini dell'abuso d'ufficio dell'atto viziato solo da eccesso di potere, visto che l'eccesso di potere è stato ricondotto anche all'inosservanza delle norme di principio di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>55</sup>.

In una prima fase, il carattere non univoco dei principi contenuti nella norma costituzionale ha portato la Cassazione a una conclusione generalmente negativa, per la ragione fondamentale per cui non si è qui in presenza di regole di comportamento precise, ma di semplici principi privi di contenuto precettivo immediato<sup>56</sup>. Per neutralizzare il rischio di

---

<sup>54</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7.

<sup>55</sup> Cfr. par. 3.2.2.2 del capitolo 1.

<sup>56</sup> Cfr. Cass., 8 maggio 2003, n. 35108, in *Cass. pen.*, 2004, 4073, relativa a una fattispecie in cui la Corte aveva ritenuto che non si potesse configurare il reato di abuso d'ufficio a carico di un amministratore per non aver ritenuto come redatti da soggetto non abilitato alcuni progetti e per non essersi astenuto dal procedere oltre nell'*iter* burocratico, pur in difetto di un presupposto essenziale. Cfr. anche Cass., 24 settembre 2001, n. 45261, cit., 121, in cui la Corte ha ritenuto che la lesione del buon andamento e della imparzialità dell'azione amministrativa rilevi solo se la condotta contrasti con norme di legge o di regolamento «specificamente mirate a inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi anettere rilevanza, a tale proposito, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio)». Nella fattispecie era stata esclusa la sussistenza del reato per il fatto dell'agente postale che aveva accettato e spedito una

far cadere nel campo dell'illiceità penale la mera illegittimità formale, la Suprema Corte ha ribadito che è necessario fare riferimento solo alle norme dotate di specifico contenuto prescrittivo, la cui violazione va a incidere su posizioni soggettive "sostanziali" (o finali):

dall'area della punibilità va conseguentemente esclusa l'inosservanza di norme meramente programmatiche, prive di immediata portata precettiva, quale quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e sull'imparzialità dell'Amministrazione<sup>57</sup>.

L'influenza esercitata dalla sentenza Tosches su queste argomentazioni è chiarissima.

Pian piano, però, e non a caso parallelamente al rafforzamento di quell'orientamento – che analizzeremo in seguito – che ha posto l'attenzione sulla valorizzazione della direzione finalistica assunta nell'esercizio della funzione o del servizio, la Cassazione ha iniziato a individuare delle ipotesi, via via più frequenti, in cui l'articolo in questione, nel suo significato più precettivo – relativo innanzitutto alla regola per la quale alle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso<sup>58</sup> e poi, con sempre maggior frequenza, all'imparzialità dell'azione amministrativa più che dell'organizzazione – poteva costituire un parametro di riferimento utile per il reato di abuso d'ufficio. La conseguenziale tendenza è stata quella di annettervi anche l'eccesso di potere, almeno nella forma dello sviamento.

A differenza della violazione del principio di buon andamento, che veniva qualificato come un parametro indeterminato esprimendo "solo"

raccomandata oltre l'orario di lavoro. Cfr. anche A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 5.

<sup>57</sup> Cass., 30 settembre 1998, n. 12238, in *Dejure*.

<sup>58</sup> Cass., 26 febbraio 2002, n. 31895, in *Foro it.*, II, 2003, 483: «Sulla base della regola contenuta nell'art. 97 comma 3 Cost., che è di immediata applicazione, secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, rettamente viene ritenuto responsabile del reato di abuso d'ufficio il sindaco di un comune che aveva assunto personale senza domanda e in assenza di una regolare graduatoria, nonché di qualsiasi valutazione comparativa di professionalità e dei requisiti imposti dalla legge». È stato evidenziato peraltro come, nel caso di specie, vi fu anche violazione delle norme in materia di collocamento: A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 256.

un valore che deve orientare l'azione amministrativa, la violazione del precetto di imparzialità dettato dalla norma costituzionale veniva spesso considerata una violazione di legge immediatamente rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p., perché il precetto si poteva agevolmente tradurre in un preciso divieto di favoritismi o di vessazioni o discriminazioni intenzionali e quindi nella necessità di una decisione formulata solo all'esito di un procedimento ove fossero stati acquisiti tutti gli interessi ed elementi utili a una deliberazione ponderata<sup>59</sup>.

Nonostante alcune significative pronunce contrarie<sup>60</sup>, e le osservazioni puntuali della dottrina che ha sottolineato l'inidoneità dei principi a fornire il sostrato tipico a una condotta penalmente rilevante<sup>61</sup>, gli esempi di sentenze riconducibili a quest'ultimo orientamento giurisprudenziale si sprecano e si estendono a considerare anche l'attività giudiziaria in forza del principio di imparzialità sancito dall'art. 111 Cost.

Previo richiamo alla giurisprudenza che, come vedremo, dà rilievo all'eccesso di potere, laddove vi sia stata oggettiva distorsione dell'atto dal fine di interesse pubblico che avrebbe dovuto soddisfare, proprio in forza dell'art. 97 Cost. la Cassazione ha, per esempio, confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la responsabilità penale dell'imputato che, assunta la qualità di Sindaco – dopo aver concorso nel-

---

<sup>59</sup> Cass., 12 febbraio 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, 1025. In quest'ultima sentenza, per esempio, questo argomento veniva offerto con riferimento a un caso in cui il funzionario della Motorizzazione civile aveva provveduto sistematicamente al preferenziale disbrigo delle pratiche avviate da una specifica agenzia, a discapito delle altre agenzie di pratiche automobilistiche. Cfr. anche Cass., 26 aprile 2019, n. 33830, in *Dejure*, per quanto riguarda la distinzione tra un richiamo generico all'art. 97 Cost. e, in particolare, al principio del buon andamento che la Corte territoriale aveva erroneamente invocato, e un richiamo corretto all'art. 97 Cost. nella sola misura in cui esprima una regola di comportamento di immediata applicazione implicante l'obbligo di imparzialità.

<sup>60</sup> Cass., 18 febbraio 2009, n. 13097, in *CED Cassazione 2009* (dove si evidenzia che la valorizzazione dell'art. 97 Cost. avrebbe come effetto quello di dilatare eccessivamente l'ambito applicativo della norma incriminatrice, finendo per incidere anche sul principio di precisione di cui all'art. 25 Cost.). Nello stesso senso: Cass., 11 dicembre 2009, n. 2754, in *CED Cassazione penale 2009*; Cass., 11 ottobre 2005, n. 12769, in *Il merito*, 5, 2007, 64.

<sup>61</sup> G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 60.



l'adottare la delibera di trasferimento di un dipendente comunale ad altro servizio, in ragione del fatto che quest'ultimo, con la sua attività, non si era mostrato funzionale agli interessi economico-politici della maggioranza politica dell'ente –, aveva disatteso i provvedimenti dichiarativi dell'illegittimità del trasferimento<sup>62</sup>; oppure ha confermato la sentenza che aveva ravvisato il reato nella condotta dei componenti di una commissione che avevano violato il principio di imparzialità, con l'attribuire arbitrariamente a un candidato, nell'ambito di una procedura di valutazione comparativa, un punteggio aggiuntivo<sup>63</sup>. La violazione dell'art. 111 Cost. da parte del giudice di pace, che, all'esito di una causa civile, aveva comunicato alla parte vittoriosa il contenuto della sentenza non ancora depositata e pubblicata, è stata considerata rilevante come violazione di legge, ai fini dell'integrabilità del reato<sup>64</sup>.

Il problema che pone l'art. 97 Cost. non è troppo distante da quello posto da altre norme di legge generiche, di principio – come quella che sostanzialmente ripropone per gli amministratori degli enti locali il dovere di imparzialità<sup>65</sup> – o che impongono il rispetto di semplici doveri funzionali. È necessario considerare poi che, come ricordato, molte figure sintomatiche classiche di eccesso di potere possono essere recuperate nel quadro delle violazioni di legge in senso tecnico, per effetto della riforma contenuta nella l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, che ha introdotto diverse norme generiche.

La Cassazione, in un primo momento, si è orientata nel senso di escludere la rilevanza della violazione di disposizioni genericamente

<sup>62</sup> Cass., 24 giugno 2014, n. 37373, in *CED Cassazione penale 2015*.

<sup>63</sup> Cass., 17 febbraio 2011, n. 27453, in *Foro it.*, 2012, II, 398 (in questo caso, peraltro, molti profili di fatto non erano stati chiariti, ma il giudice – correttamente, secondo la Cassazione – di fronte all'intervenuta prescrizione, aveva adottato una pronuncia di proscioglimento). Nello stesso senso cfr. Cass., 27 ottobre 2015, n. 46096, in *Cass. pen.*, 2016, 2429, concernente il caso di due direttori di unità operativa ospedaliera succedutisi nel tempo, i quali avevano progressivamente svuotato il carico assistenziale del medico referente dell'esecuzione di determinate prestazioni specialistiche.

<sup>64</sup> Cass., 20 gennaio 2009, n. 9862, in *Cass. pen.*, 2010, 1406. In questo caso, peraltro, la valutazione era stata fatta al solo fine di escludere l'adozione di una pronuncia di proscioglimento ex art. 129 c.p.p., a fronte della richiesta di "patteggiamento" formulata dalle parti.

<sup>65</sup> Cfr. Cass., 12 giugno 2012, n. 25180, in *CED Cassazione penale 2012*.

strumentali alla regolarità del servizio<sup>66</sup>, ma anche su questo aspetto il quadro giurisprudenziale è ben presto mutato con arresti in cui si è fatto riferimento all'art. 13 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e, più precisamente, al principio di assidua e solerte collaborazione che deve orientare la condotta dei pubblici dipendenti, per condannare il primario che aveva tenuto un comportamento “baronale” all'interno di una clinica<sup>67</sup>. Per tale via nuovi convincenti argomenti sono stati offerti a chi già riteneva che l'integrazione del requisito della violazione di legge mediante l'inosservanza dei principi programmatici che regolano l'azione amministrativa avesse messo in discussione l'effettivo rispetto del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie penale, in quanto – come è stato ben chiarito – la norma giuridica trasgredita non si poteva dire individuabile con anticipo e senza incertezze, ma finiva di fatto per essere ricostruita dal giudice penale nell'esercizio di poteri sostanzialmente normativi<sup>68</sup>.

### 3.2. *Violazione mediata*

Non meno problematica è, per certi aspetti, la questione della possibile rilevanza della violazione mediata, vale a dire della violazione di atti normativi vari o di atti amministrativi che fungono da “norma inter-

---

<sup>66</sup> Cass., 24 settembre 2001, n. 45261, cit., 121.

<sup>67</sup> Cfr. Cass., 14 giugno 2012, n. 41215, in *CED Cassazione penale 2012*: «In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dalla inosservanza del dovere di collaborazione del pubblico dipendente con tutti coloro che operano nella medesima struttura amministrativa, che trae fondamento dall'art. 13 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (fattispecie relativa a primario ospedaliero che aveva posto in essere comportamenti di vessazione ed emarginazione di medici del suo reparto, in un contesto di gestione autoritaria e baronale)». Si riferisce sempre ai doveri funzionali del pubblico dipendente e nella specie di docenti universitari che hanno favorito illecitamente alcuni candidati Cass., 5 giugno 2018, n. 38546, in *CED Cassazione penale 2018*. Cfr. sul tema F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 42.

<sup>68</sup> Cfr. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 15 ss., che tuttavia non pare chiudere del tutto le porte a una limitazione della possibilità di impiego della norma costituzionale nel suo contenuto minimo (parità di trattamento).

posta” rispetto alla norma di legge o di regolamento che li richiama. Si è parlato addirittura di violazione di un “sistema di norme”<sup>69</sup>.

La questione si è posta soprattutto in materia urbanistica, in presenza di concessioni edilizie o di permessi di costruire illegittimi per difformità dagli strumenti urbanistici<sup>70</sup>. L'interpretazione favorevole all'integrazione dell'abuso d'ufficio in queste situazioni, espressa in verità già dalla sentenza Tosches<sup>71</sup>, si è fondata sull'argomentazione per cui la violazione degli strumenti urbanistici (es. piano urbanistico comunale) costituirebbe presupposto di fatto della violazione di leggi urbanistiche regionali o statali (quali: artt. 1 e 4 l. 10/1977 e art. 31 l. 1150/1942; artt. 12 e 13 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380)<sup>72</sup>. Come abbiamo già ricor-

---

<sup>69</sup> La sentenza che introduce il riferimento al “sistema di norme” è quella del Trib. Napoli, 30 novembre 1999, in *Cass. pen.*, 2001, 1027 ss.: «Se è vero che la violazione di norma di legge, necessaria a integrare l'elemento oggettivo del reato, non può consistere nella generica violazione dei doveri di imparzialità e buon andamento della p.a. previsti dall'art. 97 Cost., è altresì vero che non deve necessariamente consistere nella violazione diretta e immediata di un precetto, ma può anche consistere nella violazione di un sistema di norme (fattispecie in cui dalla violazione di una norma che vieta il rilascio di una concessione edilizia in mancanza del parere ambientale favorevole discenderebbe l'obbligo, una volta venuto meno il parere favorevole, di porre nel nulla l'atto invalidato per sopravvenuta inesistenza del presupposto)». Si rimproverava all'imputato, in sostanza, una violazione di norme di legge per non aver provveduto a revocare la concessione in sanatoria, una volta caducato il presupposto per il suo rilascio (autorizzazione ambientale), così procurando ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale. Cfr., per una nota critica alla sentenza C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un “sistema di norme”*, in *Cass. pen.*, 2001, 1030 ss.

<sup>70</sup> La giurisprudenza è, sul punto, oscillante: A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 41.

<sup>71</sup> La sentenza Tosches – pur concludendo per l'annullamento senza rinvio della condanna perché il fatto di cui all'imputazione non era più previsto dalla legge come reato, avendo procurato soltanto un vantaggio non patrimoniale – riguardava una condotta di rilascio di una concessione edilizia in sanatoria, risultata in contrasto con le vigenti prescrizioni di piano, e la norma violata, considerata astrattamente idonea a integrare l'elemento oggettivo del riformulato delitto, era costituita proprio dall'art. 13 l. 28 febbraio 1985, n. 47, di cui costituivano presupposto di fatto gli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati (*Cass.*, 4 dicembre 1997, Tosches, cit., 258 ss.).

<sup>72</sup> *Cass.*, 16 ottobre 1998, n. 1354, in *Cass. pen.*, 1999, 330 (in questa sentenza si è ricordato che l'art. 4 l. 28 gennaio 1977 n. 10 prescriveva, fra l'altro, che la concessione

dato, del resto, con la valorizzazione della categoria dell'elemento normativo si garantisce che tutta la disciplina a cui esso rinvia (rinvio normativo) degradi a mero presupposto di fatto del reato, non integrando il tipo.

In senso contrario, con una pronuncia isolata, si è invece rilevato come il rinvio a fonti "subregolamentari" non indicate dalla legge in modo univoco violerebbe i principi costituzionali di riserva di legge e di determinatezza, perché il piano regolatore e i connessi strumenti urbanistici non hanno natura né di legge né di regolamento<sup>73</sup> e perché, valorizzandone la violazione attraverso la già descritta argomentazione, «si finirebbe per integrare il precetto penale con altre fonti, senza che tale operazione sia stata predefinita dal legislatore quanto alla natura della disciplina richiamata, al suo contenuto e agli ambiti di applicazione»<sup>74</sup>.

Le considerazioni svolte dalla Suprema Corte sono suggestive, in quanto sottolineano la necessità che sia la norma incriminatrice a rinviare direttamente alla fonte sublegislativa, indicando, «con sufficiente specificazione, i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa alla cui trasgressione deve segui-

edilizia venisse rilasciata dal sindaco "in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi"); Cass., 11 maggio 1999, n. 8194, in *Riv. pen.*, 1999, 731; Cass., 25 gennaio 2007, n. 11620, in *Cass. pen.*, 2008, 2462 (che richiama Corte cost., 11 giugno 1990, n. 282, in *Cass. pen.*, 1991, 24); Cass., 19 giugno 2012, n. 39462, in *CED Cassazione penale 2012* (che richiama l'art. 13 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 secondo il quale "il permesso di costruire è rilasciato dal dirigente o responsabile dello sportello unico nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici"); Cass., 22 febbraio 2018, n. 15166, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4, I, 2018, 1168. La violazione mediata di una legge regionale del Friuli Venezia Giulia, sempre in materia urbanistica, è ravvisata da Cass., 9 luglio 1998, n. 12320, in *Cass. pen.*, 1999, 2112.

<sup>73</sup> In realtà, come ricorda anche A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 44, la questione è discussa. Il piano regolatore potrebbe avere natura ibrida: normativa con riferimento alle statuizioni contenute nelle norme di attuazione, mentre sarebbe un atto amministrativo generale quanto alle indicazioni attinenti alle localizzazioni e zonizzazioni.

<sup>74</sup> Cass., 2 ottobre 1998, n. 11984, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 623. Cfr. sul punto anche A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 49 e l'analisi della giurisprudenza in materia svolta da M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 290 ss.

re la pena»<sup>75</sup>. Per rispettare i principi costituzionali, il rapporto tra norma incriminatrice e fonte subordinata dovrebbe essere coperto dalla volontà del legislatore, mentre qui la norma di legge a cui si riferisce direttamente l'art. 323 c.p. svolgerebbe una mera funzione di cerniera verso complessi di prescrizioni ben poco definiti. Nell'interpretazione proposta, quindi, l'integrazione della fattispecie dell'abuso d'ufficio potrebbe legittimamente venire soltanto dalla violazione di norme di legge o di regolamento, che contengano in sé, compiutamente, la disposizione violata<sup>76</sup>.

L'interpretazione offerta è interessante e di certo ispirata da un rigoroso rispetto dei principi costituzionali nonché probabilmente della volontà del legislatore della riforma<sup>77</sup>, ma, come da subito evidenziato, è difficilmente sostenibile alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, che – soprattutto con riferimento al principio di riserva di legge – ha chiarito in più occasioni come non sia necessario che proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale indichi con sufficiente specificazione caratteri, presupposti, limiti e contenuto di atti e provvedimenti dell'autorità non legislativa alla trasgressione dei quali deve seguire la pena. Potrebbe trattarsi anche di un'altra legge<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Cass., 2 ottobre 1998, n. 11984, in *Foro it.*, II, 1999, 324.

<sup>76</sup> In termini adesivi si esprime P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2134.

<sup>77</sup> Sul punto cfr. anche A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291.

<sup>78</sup> In termini critici, sul punto, cfr. P. LA SPINA, *Questioni in tema di nuovo abuso d'ufficio*, cit., 314 s. Nella sentenza della Suprema Corte, a supporto delle argomentazioni offerte, si indicano alcune pronunce della Corte costituzionale, come Corte cost., 12 marzo 1975, n. 58, in *Dejure* e Corte cost., 23 marzo 1966, n. 26, in *Dejure*, dove però si afferma, più precisamente, quanto riportato nel testo e quindi come non sia necessario che proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale indichi con sufficiente specificazione caratteri, presupposti, limiti e contenuto di atti e provvedimenti dell'autorità non legislativa alla trasgressione dei quali deve seguire la pena. In altre sentenze più recenti, quali Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, cit., 24 (non a caso richiamata dalla sentenza Cass., 16 ottobre 1998, n. 1354, cit., 330) e Corte cost., 10 giugno 1982, n. 108, in *Giur. cost.*, I, 1982, 1055, poi, per il rispetto del principio di legalità, e *in primis* della riserva di legge, ancora una volta più che alla norma incriminatrice, e quindi alla legge penale, si fa riferimento più in generale alla legge, che nel caso di specie avrebbe dovuto essere meglio considerata per valutare se fosse sufficientemente specifica, pur rinviando a ulteriori fonti sublegislative. In questi casi il precetto

Più convincenti, almeno in astratto, sembrano invece le argomentazioni svolte in tema di scarsa determinatezza della fattispecie, ricordando come il rinvio a una disposizione, la quale operi un ulteriore rinvio a sua volta, magari a un'ampia selezione di atti normativi o provvedimenti, possa rendere complesso, per il destinatario del precetto, garantirsi la conoscenza della norma<sup>79</sup>.

Nonostante anche qui si possa di regola rintracciare un collegamento di qualche tipo con una fonte sovraordinata, di natura legislativa o regolamentare, più discussa in giurisprudenza è invece la rilevanza della violazione del bando ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Ci sono delle pronunce parzialmente favorevoli, ma nella maggior parte delle occasioni la Cassazione ha concluso in senso negativo, essendo il bando di concorso un mero atto amministrativo e, quindi, fonte normativa non indicata dalla norma penale. In un caso riconducibile all'orientamento maggioritario, per esempio, è stata esclusa la sussistenza del reato di abuso d'ufficio di cui era stato chiamato a rispondere l'imputato, che aveva violato la clausola del bando limitativa dell'utilizzo della graduatoria all'assunzione del solo vincitore, ricorrendo a essa per scorrimento anche successivamente alla conclusione della procedura concorsuale, per coprire un nuovo posto vacante<sup>80</sup>.

---

penale assume una funzione *lato sensu* sanzionatoria rispetto ai provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, ma una legge, diversa da quella penale, ne indica i presupposti. M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 295 ritiene che non vi sia alcun argomento logico e di principio che impedisca di ritenere violata la legge nel caso in cui essa ponga, quale paradigma di legalità dell'azione amministrativa, l'osservanza di strumenti di carattere amministrativo.

<sup>79</sup> Cfr. sul punto O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, cit., 141 ss. per una conclusione che pare tuttavia favorevole all'orientamento più consolidato in giurisprudenza. In termini critici sul "rinvio a catena" cfr. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, cit., 328; G. BONGIOVANNI, *Diritto penale e interpretazione: tra principio di legalità e diritto giurisprudenziale*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, cit., 46. E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 330 ritiene invece che queste critiche provino troppo, in quanto, se tale indeterminatezza c'è, essa opera già con riferimento al rinvio non selezionato alle leggi e ai regolamenti.

<sup>80</sup> Cass., 17 giugno 2015, n. 27823, in *Diritto e Giustizia online*, 2 luglio 2015 e, sempre in senso negativo, Cass., 3 luglio 2018, n. 43284, in *Dejure*; Cass., 19 ottobre

Per concludere sul tema della violazione mediata, ci pare utile ricordare del resto che, in linea di principio, se si è in presenza di elementi normativi giuridici, la disciplina non-legislativa e non-regolamentare richiamata (prima della riforma del 2020) dall'art. 323 c.p. può partecipare all'identificazione dell'area della punibilità senza attentare in alcun modo alle garanzie di cui all'art. 25 Cost., visto che tale disciplina rimane esterna al precetto<sup>81</sup>.

Al contrario, invece, una critica importante all'eterointegrazione può derivare dalla natura di norma penale parzialmente in bianco riconosciuta alla fattispecie di abuso da una parte della dottrina; una natura che, sebbene sia stata spesso smentita dalla giurisprudenza<sup>82</sup>, non potrebbe essere esclusa del tutto agevolmente, almeno con riferimento alla “violazione di norme di legge o di regolamento”, quale contenuto modale della condotta d'abuso<sup>83</sup>. In questa prospettiva la qualifica di illiceità dell'intero fatto si ricava non soltanto dalla norma incriminatrice, quanto anche – per la condotta – dalla violazione delle norme di legge o di regolamento che partecipano alla descrizione del fatto tipico e del suo disvalore: appare allora indispensabile che tali disposizioni rispettino i canoni di determinatezza e tassatività propri di un precetto penale.

Andando oltre una posizione strettamente formalistica, e anche oltre, quindi, la rigida distinzione appena offerta, però, ci sembra significati-

---

1999, n. 13795, in *Cass. pen.*, 2001, 841. In senso parzialmente favorevole, invece, cfr. *Cass.*, 5 novembre 2001, n. 1732, in *Cass. pen.*, 2002, 1645, che ha riconosciuto come violazione normativa rilevante, ai fini dell'integrazione dell'art. 323 c.p., «la mancata predisposizione di criteri oggettivi di valutazione dei singoli candidati, da parte della commissione giudicatrice, a un concorso per professore universitario. In questo modo sono, infatti, disattese sia le disposizioni contenute nel bando di concorso, sia quelle delle leggi in esso richiamate e delle connesse disposizioni regolamentari». Nello specifico, le norme di legge violate venivano rinvenute nella l. 7 febbraio 1979, n. 31, nel d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382, indicati nel bando, e nell'art. 20 l. 29 marzo 1983 n. 93, in tema di reclutamento dei pubblici dipendenti. È proprio in conseguenza del riferimento alla violazione “diretta” della legge, però, che si può escludere che questa pronuncia ritenga sufficiente la violazione del bando per l'integrazione del reato.

<sup>81</sup> V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 22.

<sup>82</sup> Cfr. *Cass.*, 12 febbraio 2009, n. 10636, in *CED Cassazione penale 2009*.

<sup>83</sup> La questione è stata affrontata nel par. 3.2.2 del primo capitolo.

vo ricordare come le riserve critiche espresse nei confronti delle letture favorevoli alla violazione mediata si fondino principalmente sulla scarsa efficacia selettiva del criterio “violazione di norma di legge o di regolamento”, così interpretato<sup>84</sup>, e sull’esigenza, qui vanificata, di individuare con puntualità la norma da osservare, che proprio la riforma del 1997 aveva espresso<sup>85</sup>. Il progressivo allontanamento della regola di comportamento dai suoi destinatari favorito da questa interpretazione finisce per frustrare la funzione di conoscibilità sottesa al vincolo di determinatezza e tassatività della legge penale.

Il problema che si è posto sul testo del 1997 è serio. Non è facile, infatti, tracciare il confine tra gli atti non legislativi e non regolamentari che possono assumere rilevanza in forza dell’eterointegrazione e quelli che non possono assumerla; il rischio concreto è quello di giungere all’esito per il quale nella violazione di qualsiasi atto provvedimentale potrebbe riscontrarsi la trasgressione mediata di una disposizione di legge, che gli ricollega degli effetti giuridici<sup>86</sup>. È in gioco la riconoscibilità del precetto penale e della sua violazione da parte dei consociati.

### 3.3. Interpretazione teleologica

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, l’eccesso di potere nella forma dello sviamento dalla causa tipica è stato considerato per lungo tempo la forma classica di realizzazione del reato di abuso d’ufficio, ricondotto alla norma penale senza troppe incertezze nelle formulazioni che hanno preceduto quella del 1997<sup>87</sup>. Nel caso di scelte discre-

---

<sup>84</sup> A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, cit., 50, ricorda che si riesce frequentemente a rintracciare un collegamento di qualche tipo con una fonte sovraordinata, di natura legislativa o regolamentare.

<sup>85</sup> A. MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, cit., 46; M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’“abuso d’ufficio”*, cit., 236. V. VALENTINI, *Abuso d’ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 21 parla di «schema argomentativo d’assalto».

<sup>86</sup> Cfr. A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 291; S. PERONGINI, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 74; M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’“abuso d’ufficio”*, cit., 237.

<sup>87</sup> B. ROMANO, *L’abuso innominato nell’originario art. 323 c.p.*, cit., 12; M.N. MASSULLO, *L’abuso d’ufficio nell’ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repres-*



zionali determinate da un intento di profitto personale o di favore o di danno per un terzo, l'atto veniva considerato il risultato di uno sviamento di potere «penalmente qualificato nella forma dell'abuso»<sup>88</sup>.

A poco erano valse le critiche puntuali formulate da chi aveva evidenziato come, per tale via, si era dato vita al circolo vizioso per cui attraverso la finalizzazione si ricostruiva l'elemento psicologico, che era a sua volta sintomo dello sviamento di potere che integrava l'abuso<sup>89</sup>; la tipicità legale era collassata nel paradigma dell'eccesso di potere, inteso come sviamento, identificato in ogni forma di strumentalizzazione dell'azione amministrativa per finalità estranee a quelle fissate dalla legge<sup>90</sup>.

Nemmeno la drastica rimodulazione della fattispecie operata nel 1997, però, è riuscita a incidere sugli orientamenti giurisprudenziali progressi, in quanto la giurisprudenza si è fatta presto interprete di esigenze di tutela ritenute prioritarie, evidenziando come la distorsione teleologica della funzione amministrativa continuasse a rappresentare un sostrato identitario del reato. La Suprema Corte, con il sostegno di una parte della dottrina, è arrivata senza troppe remore a ricondurre lo sviamento di potere anche nell'ambito dell'art. 323 c.p., così come riformato, andando alla ricerca di distorsioni nell'esercizio della funzione che utilizzano come parametro di valutazione della funzione stessa quello offerto dall'interprete<sup>91</sup>.

Da un lato, ha potuto farlo, con grande ampiezza, in forza del già descritto richiamo all'art. 97 Cost. e alle altre norme che contemplano principi generali.

---

*sive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge", cit., 1764; F. PRETE, Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2408-il-sindacato-del-giudice-penale-sugli-atti-amministrativi-nell-abuso-d-ufficio-e-nei-reati-edilizi> (20 settembre 2013), 4.*

<sup>88</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14.

<sup>89</sup> A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 721 ss.

<sup>90</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 401.

<sup>91</sup> B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., 117.

Dall'altro – in modo ancora più sottile, ma addirittura con decisioni che temporalmente si collocano ben prima delle sentenze che hanno inaugurato l'orientamento che ha aperto le porte all'inclusione della violazione della norma costituzionale nell'ambito dell'art. 323 c.p. –, lo ha fatto ricordando come l'eccesso di potere nella forma dello sviamento dalla causa tipica sia da ricondurre proprio nell'alveo della violazione di legge, vista la carenza nel caso di specie del presupposto giustificativo dell'esercizio del potere. Quando si viola la *ratio* della disposizione, non la si rispetta<sup>92</sup>.

L'argomentazione veniva svolta sostanzialmente in questi termini.

La figura dell'innovato art. 323 c.p. in qualche modo alludeva alla tripartizione classica dei vizi dell'atto amministrativo, ma nei fatti ne prescindeva, visto che il reato rimaneva integrato dall'ingiusto vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto procurato nello svolgimento delle funzioni in violazione di norme di legge o di regolamento soltanto. Era tuttavia indiscutibile che la condotta da prendere in considerazione dovesse inerire all'esercizio del potere attribuito dalla normativa di base dell'ufficio, di cui faceva parte il pubblico ufficiale. Tale potere era conferito in vista di uno scopo pubblico, il quale costituiva la "causa" intrinseca di legalità del potere medesimo.

La violazione di norme di legge si configurava allora sia qualora la condotta contrastasse con le forme, le procedure o con i requisiti richiesti, sia quando essa non si fosse conformata al presupposto stesso da cui traeva origine «l'attribuzione del potere, essendo caratterizzato questo da un vincolo di stretta legalità funzionale»<sup>93</sup>. Detto altrimenti, la nor-

---

<sup>92</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 162; ID., *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 6.

<sup>93</sup> Cass., 9 febbraio 1998, n. 5820, Mannucci, cit., 1761 ss. Il caso in questione riguardava la condotta di un assessore comunale che, dopo che gli era stata contestata un'infrazione stradale, aveva inoltrato al sindaco e alla giunta una missiva con cui si lamentava del comportamento irrispettoso del comandante dei vigili e chiedeva che nei suoi confronti fossero adottati provvedimenti disciplinari. Con riferimento a questa vicenda A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 297 ritiene che il comportamento sia scorretto, ma difficilmente riconducibile a una violazione di legge inerente alla funzione. Cfr. la nota critica di M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legitti-*

ma non circoscriveva al «solo tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge», potendo la violazione «riguardare anche l'elemento teleologico»<sup>94</sup>, e più precisamente le condotte che trasmodassero da ogni possibile opzione concessa al funzionario per realizzare tale fine.

Tra i casi più interessanti in cui si è assistito a una rilettura in chiave teleologica della nozione di violazione di legge possiamo citare quello affrontato dalla Cassazione nella nota sentenza Bocchiotti del 2001. La Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata ravvisata la violazione di legge suscettibile di dar luogo alla configurabilità del reato di abuso d'ufficio nel fatto di aver posto in essere, nell'ambito di una procedura concorsuale per l'ammissione a corsi di specializzazione *post lauream*, comportamenti i quali, senza essere previsti e vietati dalla normativa che disciplinava l'espletamento di detta procedura, contraddicevano la finalità propria di ogni "concorso", che è quella di assicurare il regolare svolgimento di una gara tra i candidati. Era stata infatti offerta ad alcuni di costoro la possibilità di conoscere anticipatamente le domande alle quali avrebbero dovuto rispondere o, più precisamente, i quesiti non erano stati sostituiti pur in presenza del pericolo che questi fossero in qualche modo pervenuti in anticipo ad alcuni candidati<sup>95</sup>.

In altra occasione è stata considerata rilevante penalmente, ai sensi dell'art. 323 c.p., la condotta di un agente che, pur nel formale rispetto della norma che regola l'esercizio dei suoi poteri, aveva prodotto intenzionalmente un danno a un privato, esercitando i poteri di identificazio-

---

*mità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge", cit., 1763 ss.*

<sup>94</sup> Cass., 14 gennaio 2002 (10 dicembre 2001), n. 1229, Bocchiotti, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 444.

<sup>95</sup> Cass., 10 dicembre 2001, n. 1229, in *Riv. pen.*, 2002, 203: «L'art. 323 c.p., nel prevedere come elemento del reato di abuso d'ufficio la "violazione di norme di legge o di regolamento", se, da una parte, ha voluto evitare che il controllo esercitato dal giudice penale possa estendersi fino a sindacare, sotto il profilo dell'eventuale eccesso di potere, i comportamenti rientranti nell'ambito di discrezionalità della p.a., dall'altra non ha però escluso che detta violazione possa esser riscontrata in relazione all'elemento teleologico della norma di riferimento, al di là del mero tenore letterale, logico o sistematico della medesima, assumendo le caratteristiche dell'infedeltà rispetto allo specifico fine che a essa è stato assegnato dal legislatore».

ne, ispezione e fotosegnalazione di un soggetto in assenza di ragioni di ufficio che ne legittimassero l'esercizio e a fini di vessazione<sup>96</sup>.

In questi casi la "dimensione finalistica" aveva consentito al giudice di prescindere dalla violazione di uno specifico precetto, per valorizzare nell'ambito dell'abuso d'ufficio un comportamento prevaricatore dell'agente, formalmente corrispondente alla norma che regola l'esercizio dei suoi poteri, ma tenuto in assenza delle ragioni d'ufficio che lo legittimavano, o una condotta che trasmodasse da ogni opzione a disposizione del pubblico ufficiale per realizzare il fine sotteso alla norma.

In altri termini, dall'analisi della giurisprudenza emerge che la violazione di legge rilevante comprendeva anche le condotte contrastanti con lo specifico fine che dovrebbe animare l'agente e le condotte non conformi ai presupposti da cui trae origine il potere che può essere esercitato dal pubblico agente, nel rispetto del vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale<sup>97</sup>. Tutte queste ipotesi potevano essere ricondotte alla "violazione di legge in senso ampio"<sup>98</sup>.

L'orientamento appena citato aveva consentito di andare oltre il dato normativo e la fattispecie si era assestata entro il paradigma tradizionale dell'abuso, sulla base della frequente constatazione per cui il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge si poneva fuori dallo schema di legalità. L'ipotesi dell'abuso/atto arbitrario soggettivo, in qualche misura, sembrava tornare in rilevanza<sup>99</sup>, come, per esempio, nel caso di ritenuta violazione dell'art. 323 c.p. da parte dei

---

<sup>96</sup> Cass., 11 marzo 2005, n. 12196, in *CED Cassazione penale 2005*. Nello stesso senso: Cass., 19 maggio 2004, n. 28389, in *Cass. pen.*, 2006, 1809 (con riferimento alla condotta dell'ispettore di p.s. che aveva disposto un'ispezione in una discoteca a seguito del rifiuto da parte del suo gestore di permettere l'ingresso al fratello dell'agente, perché privo di invito, violando per tale via, sotto il profilo finalistico, le norme del t.u.l.p.s. che abilitano l'autorità di pubblica sicurezza ai controlli amministrativi nei locali pubblici). Cfr. anche Cass., 16 giugno 2010, n. 35501, in *CED Cassazione penale 2010*.

<sup>97</sup> 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*, cit., 36.

<sup>98</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 42.

<sup>99</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 33.

consiglieri circoscrizionali di un Comune che avevano adottato delle delibere di formazione numerica delle commissioni permanenti di lavoro, esercitando il potere loro affidato non per assicurare le finalità e gli obiettivi di legge, ma per procacciare vantaggi patrimoniali ai consiglieri circoscrizionali inseriti nelle singole commissioni in numero superiore non tanto a quanto previsto espressamente dalla normativa – che nulla prevedeva sul numero massimo – quanto invece a quanto consentito sulla scorta di un'interpretazione logico-sistematica della disciplina di settore. L'unico profilo che emerge chiaramente dall'argomentazione della Suprema Corte è la presa in considerazione del fine perseguito dai pubblici agenti: quello di far conseguire “indebiti” vantaggi patrimoniali ai consiglieri circoscrizionali in luogo dell’“interesse collettivo”<sup>100</sup>.

La sentenza è significativa della tendenza giurisprudenziale a superare la barriera della legittimità oggettiva del fatto laddove risulti che il soggetto attivo sia animato da un fine ingiusto, mentre la barriera non dovrebbe essere abbattuta ricorrendo all'elemento psicologico<sup>101</sup>. Si è in presenza di un improprio slittamento da un accertamento che dovrebbe essere eminentemente oggettivo a un accertamento soggettivo, basato sul movente illecito, sui motivi che avrebbero guidato l'agente pubblico<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Cass., 25 settembre 2009, n. 41402, in *Guida al diritto 2010, Dossier 2*, 88.

<sup>101</sup> Cfr. A. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come “spauracchio”?*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 111.

<sup>102</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 4; S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell'abuso d'ufficio*, cit., 3. *Contra* M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 92, che ritiene che la strumentalizzazione del potere verso uno scopo privato si riversi sulla connotazione oggettiva del fatto in termini di tipicità e che il fatto tipico esiga comunque che non soltanto sia stato preso di mira, ma anche che sia stato effettivamente conseguito un risultato ingiusto (evento), altrimenti il reato non sussiste, già a monte, nel suo aspetto oggettivo. Come vedremo, però, la giurisprudenza ha rilevato da un lato la complessità dell'accertamento dell'interesse pubblico perseguito e, dall'altro, la dubbia selettività del requisito della doppia ingiustizia.

È pur vero che una pervasiva presenza di un preminente interesse pubblico, al perseguimento del quale l'ipotesi dello sviamento verrebbe meno, per lasciare eventualmente il posto a una mera ipotesi di eccesso di potere<sup>103</sup> tutelabile solo attraverso i rimedi della giustizia amministrativa, ha portato in qualche (rara) occasione la Cassazione a escludere la possibilità che si configuri l'art. 323 c.p. già sul fronte della condotta vietata – mentre più frequentemente viene valorizzata sul piano del dolo intenzionale – ma la distinzione appare sfuggente.

L'orientamento espresso da queste sentenze, fattesi progressivamente sempre più numerose nell'insistere sull'elemento teleologico<sup>104</sup>, ha ricevuto un sorta di avallo da parte delle Sezioni Unite, che hanno testualmente affermato 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 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<sup>105</sup>.

È opportuno ricordare come le questioni concernenti l'abuso d'ufficio rivestissero un ruolo marginale in questa pronuncia – incentrata su profili squisitamente processuali – che ha richiamato alcuni precedenti senza chiarire le ragioni per le quali era opportuno allontanarsi dalla linea tracciata dalla sentenza Tosches e che, comunque, ha escluso la riquilificazione del fatto, assorbito in quello di truffa, nel solo abuso d'ufficio<sup>106</sup>. Nella sentenza stessa si era poi precisato che le considerazioni svolte non avevano necessariamente portata generale, ma valeva-

---

<sup>103</sup> Definito da Cass., 18 dicembre 2001 (25 settembre 2001), Riccardi, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 446 come vizio della «funzione amministrativa complessivamente considerata nel suo dinamismo discrezionale».

<sup>104</sup> Cfr. Cass., 18 ottobre 2006, n. 38965, in *Riv. pen.*, 2007, 390.

<sup>105</sup> Cass., SS.UU., 29 settembre 2011, n. 155, cit. Cfr. sul punto M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'«abuso d'ufficio»*, cit., 240.

<sup>106</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 38 s.

no per il caso deciso, e quindi, essendo l'imputato un giudice, con riferimento alla sola funzione giurisdizionale.

Tuttavia, la pronuncia delle Sezioni Unite è diventata un punto di riferimento costante e molte sentenze successive hanno consolidato questa linea interpretativa, posta in assoluta continuità con la tradizione<sup>107</sup>.

Le pronunce che se ne sono discostate lo hanno fatto senza rinnegarla e solo sporadicamente, alla luce, per esempio, di un quadro normativo disorganico e suscettibile di interpretazioni opposte, che come tale impediva di individuare con certezza il comportamento doveroso riferibile a una precisa disposizione di legge<sup>108</sup>, oppure rilevando come la mancata specificazione delle norme violate nel capo di imputazione (dove si era fatto generico riferimento alla legge regionale e al regolamento edilizio) si scontrasse insuperabilmente con esigenze di carattere processuale legate all'esercizio del diritto di difesa e alla pienezza del diritto al contraddittorio<sup>109</sup>, oppure semplicemente ravvisando anche un vizio di violazione di legge, a prescindere da quello di eccesso di potere sotto forma di sviamento<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Cass., 20 luglio 2019, n. 27585 in *Dejure*; Cass., 21 febbraio 2019, n. 22871 in *CED Cassazione penale 2019*; Cass., 13 aprile 2018, n. 19519, in *CED Cassazione penale 2018*; Cass., 2 aprile 2015, n. 27816, in *CED Cassazione penale 2015*; Cass., 31 marzo 2015, n. 25944, in *Riv. pen.*, 2015, 752; Cass., 16 ottobre 2012, n. 43476, in *CED Cassazione penale 2012*. Come afferma T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1003, con riferimento alla massima delle Sezioni Unite: «si tratta di una massima che potrebbe essere stata scritta cinquant'anni fa: e che, in effetti, fu già scritta, più e più volte, nella vigenza del testo originario».

<sup>108</sup> Cass., 13 marzo 2014, in *Cass. pen.*, 2015, 1347.

<sup>109</sup> Cass., 23 marzo 2016, n. 38704, in *Cass. pen.*, 2017, 1122.

<sup>110</sup> Cass., 13 novembre 2019, n. 49485, in *CED Cassazione penale 2020*. Nella motivazione, lasciando da parte la questione dello sviamento di potere, si legge: «Nel caso di specie anche a voler tralasciare quei profili, posti in luce dal Tribunale del riesame, concernenti la carenza motivazionale o un aggiramento delle norme nell'esercizio di un potere comunque spettante all'organo pubblico, è evidente la violazione di legge perpetrata nel prorogare l'incarico di direttore generale dell'ospedale [...], sotto la veste formale di commissario straordinario, in favore di un soggetto per il quale il contratto era giunto alla sua naturale scadenza, che era privo dei requisiti richiesti dalla normativa primaria per ricoprire il ruolo sia di direttore generale sia di commissario straordinario [...]».

Anche sotto questo profilo si è assistito a un percorso esegetico che, sfruttando l'elasticità del precetto e l'empirica inafferrabilità del criterio, ha aperto a valutazioni casistiche capaci di estendere in misura poco controllabile la sfera di intervento dell'interprete<sup>111</sup>. Da un lato, come abbiamo visto, vi è chi in dottrina ha ripreso senza incertezze l'argomentazione tradizionale per la quale l'abuso d'ufficio non può che continuare a identificarsi con lo sfruttamento dell'ufficio per fini privati e a cogliersi quindi nei casi in cui la valutazione comparativa degli interessi venga distorta per far prevalere quella che sta a cuore all'agente pubblico<sup>112</sup>, accogliendo di buon grado l'orientamento teleologico. Dall'altro, però, in termini condivisibili, vi è anche chi, pur senza metter in discussione questo approccio, ha ricordato con realismo come esso presupponga la necessità di individuare preventivamente lo scopo istituzionale per cui il potere stesso è conferito: obiettivo non sempre facile da raggiungere se si tiene conto del «processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento»<sup>113</sup>, che sta caratterizzando il diritto amministrativo.

Anche chi ritiene che questa interpretazione permetterebbe di selezionare, all'interno dell'eccesso di potere, le sottoclassi suscettibili di inquadramento univoco, e non violerebbe il principio di precisione, è stato costretto a puntualizzare che di ciò può parlarsi unicamente «se un *fine tipico* (tipico, cioè predefinito e individuabile) della funzione pubblica sarà agevolmente ricostruibile»<sup>114</sup>. Presupposto non scontato.

Critiche ancora più ferme a questa lettura non si sono fatte attendere e ci pare di poter affermare che esse sono fondate su delle buone ragioni.

Il controllo giudiziario sull'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico, identificato, anche se non sempre con chiarezza, con il fine indicato dalla norma in questione, non è in grado, per sua natura, «di

<sup>111</sup> G. CIAGLIA, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento oggettivo*, cit., 41.

<sup>112</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 111.

<sup>113</sup> T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 139.

<sup>114</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 162.



raggiungere i livelli di certezza garantiti dai giudizi di conformità tra fattispecie reale e fattispecie legale»<sup>115</sup>.

In tono critico è stato affermato che «la dottrina non è ancora riuscita a formare uno studioso di tanto acume [...] da compilare, con precisione, un elenco delle leggi che indicano espressamente il fine che ognuna di loro persegue»<sup>116</sup>. L'individuazione degli scopi sottesi alla norma attributiva del potere è rimessa al giudice con evidenti profili di criticità in termini di osservanza del principio di tassatività<sup>117</sup>.

Come avremo modo di approfondire grazie agli apporti della dottrina amministrativistica, poi, l'interesse pubblico da perseguire è un elemento che non solo non è facile da individuare, ma, ancora prima, che nella massima parte dei casi non è predeterminato *a priori* dal legislatore, attraverso una descrizione analitica della sua fisionomia, ma si specifica progressivamente e *a posteriori* nella dinamica procedimentale<sup>118</sup>. La patologia dell'eccesso di potere, anche nella forma dello sviamento, può diventare riconoscibile solo dopo l'adozione del provvedimento, rimettendo in discussione l'adeguatezza della ponderazione degli interessi pubblici e la congruità dell'atto rispetto agli scopi perseguiti<sup>119</sup>:

la patologia emerge a seguito di un'accurata comparazione tra gli interessi perseguiti in astratto dalla norma e in concreto dall'agente, sulla

---

<sup>115</sup> A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 267.

<sup>116</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 152.

<sup>117</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 413, che descrive i contenuti teleologici della disposizione contestata come «evanescenti e mobili».

<sup>118</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 226. A. CRISMANI, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1702-la-discrezionalità-amministrativa-nel-reato-di-abuso-d-ufficio-note-su-cass-pen-sez-vi-8-gennaio-2021-n-442>, par. 5, invece, afferma che bisogna distinguere tra i casi in cui la norma stabilisce un fine specifico e quelli in cui la norma non lo specifica (solo in quest'ultimo caso lo sviamento non si può verificare).

<sup>119</sup> Cfr. A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 11.

scorta di criteri pienamente delineabili solo quando l'atto è stato compiuto<sup>120</sup>.

Non essendo poi l'attività amministrativa discrezionale un'attività di mera attuazione della legge, tra controllo sostanziale di legittimità delle scelte amministrative e sindacato di merito non si coglie una differenza qualitativa, ma solo quantitativa. Per la via tracciata dall'orientamento teleologico si consente di valutare il fine intrinseco di ogni disposizione<sup>121</sup> e il rischio di incorrere in un eccesso di controllo penale, da parte di un giudice che, a differenza di quello amministrativo, ha un ampio accesso al fatto, si pone con urgenza. Il pericolo di mettere sotto accusa un certo sistema di amministrazione non può dirsi scongiurato.

L'accertamento giudiziale condotto con queste modalità in merito alla congruità teleologica dell'azione amministrativa ha una connotazione fortemente valutativa della stessa – entrando in una sfera che dovrebbe essere riservata alla pubblica amministrazione<sup>122</sup> – e l'area di tipicità del reato finisce per essere rideterminata caso per caso<sup>123</sup>. Estremizzando, ma nemmeno troppo, possiamo ipotizzare che il funzionario, nel momento in cui agisce, sia tenuto a operare un'interpretazione teleologica della disciplina di riferimento, ma apprenda solo al momento della sentenza se la sua lettura è corretta; se, agendo, egli abbia violato quindi il “sostrato finalistico” della legge<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 4.

<sup>121</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 141.

<sup>122</sup> In questi termini, riferendosi con toni critici all'accertamento di un merito privato, che andrebbe tenuto distinto dal concetto di merito amministrativo: C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 95 s.

<sup>123</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 40. M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 81 s. ritiene che questo problema dipenda esclusivamente da eccessi ed errori del giudice penale, che può aver effettivamente valutato in modo non corretto, ricavando l'esistenza dei requisiti di tipicità da un risultato che, *ex post*, egli ritiene non conforme all'interesse pubblico, così come quest'ultimo è da lui ricostruito.

<sup>124</sup> V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 20.

Un'interpretazione orientata allo scopo di tutela della norma produce di fatto un ampliamento dell'area di punibilità, che sembra ben poco compatibile con i principi cardine di legalità, di sussidiarietà e di frammentarietà che caratterizzano il sistema penale.

L'argomento teleologico porta a risultati interpretativi non molto distanti da quelli a cui si giunge attraverso la valorizzazione dell'art. 97 Cost. o di altre norme di principio, caratterizzate da una congenita vaghezza ed elasticità di contenuto. In entrambi i casi la Cassazione abbraccia un'interpretazione "finalistica" non esente da criticità, che nel secondo caso assume i tratti di un "finalismo esterno", che permette di integrare l'art. 323 c.p. con una norma di principio, mentre, nel primo caso, assume i tratti di un "finalismo interno", espresso dalla specifica norma che si assume violata<sup>125</sup>.

### 3.4. *Le violazioni procedimentali o formali*

La sentenza Tosches, come abbiamo visto, aveva escluso la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in presenza di violazioni meramente procedimentali, allo scopo di evitare una sovrapposizione tra reati e mere irregolarità amministrative.

Si poteva intuire che, nella prospettiva fatta propria dalla Corte di Cassazione, solo la violazione di disposizioni che riguardassero la fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali oggetto della valutazione, o che comunque almeno incidessero in modo decisivo sull'assetto materiale degli interessi primari o secondari investiti dalla determinazione finale, poteva rilevare per l'integrazione dell'abuso d'ufficio; in altri termini, potevano assumere rilievo solo disposizioni da cui conseguissero immediatamente e direttamente effetti sostanziali<sup>126</sup>. La sentenza in questione, però, non aveva mancato di solle-

---

<sup>125</sup> In questo senso cfr. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 197; M. SCOLETTA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, cit., 451.

<sup>126</sup> A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 262 s. Egli ritiene che la Cassazione qui abbia richiamato, implicitamente, la distinzione operata dalla dottrina amministrativistica tra posizioni soggettive strumentali o

vare delle perplessità: da un lato poteva per certi versi contrastare con le moderne concezioni del procedimento amministrativo, indispensabile per poter dare vita a un giusto assetto di interessi, dall'altro offriva un criterio selettivo che – salve le ipotesi di attività vincolata, in cui, almeno teoricamente, la regolamentazione della fattispecie concreta è già contenuta nella norma – scontava un certo grado di empirismo e che quindi non sembrava pienamente in grado di orientare i giudici nella futura decisione dei fatti concreti<sup>127</sup>.

Nella direzione tracciata dalla nota sentenza, tuttavia, la prima giurisprudenza successiva alla riforma – che non a caso aveva escluso anche la possibile rilevanza della violazione di norme meramente programmatiche – ha negato cittadinanza alle soluzioni formalistiche e quindi alla violazione di norme procedurali, qualora

destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento senza incidere in modo diretto o mediato sulla così detta fase decisiva di composizione del conflitto di interessi materiali oggetto di valutazione amministrativa<sup>128</sup>.

Ha posto l'attenzione, quindi, sulla necessità di procedere all'accertamento di un nesso di causalità normativa tra inosservanza ed evento<sup>129</sup>.

La Suprema Corte, per esempio, ha ritenuto non integrare il reato di abuso di ufficio il comportamento del componente di una commissione esaminatrice di un concorso pubblico che si era limitato a far rinviare immotivatamente e reiteratamente la data dello svolgimento della prova, allo scopo di favorire un determinato candidato<sup>130</sup>. Era indispensabi-

procedimentali e posizioni sostanziali o finali (cfr. sul punto, a mero titolo di esempio, M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.).

<sup>127</sup> Così A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 264.

<sup>128</sup> Cass., 30 settembre 1998, n. 12238, cit.

<sup>129</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 38 s.

<sup>130</sup> Cass., 28 aprile 1999, n. 9961, in *Cass. pen.*, 2000, 2241. In motivazione, per rendere chiara la differenza, si precisa che il reato si configura in presenza della viola-

le accertare piuttosto in concreto se l'inosservanza dello schema normativo avesse influito sulla conformazione degli effetti giuridici prodotti dalla determinazione finale.

In tempi non distanti e in termini non troppo dissimili dagli orientamenti già ripercorsi, sia con riferimento alle norme di principio sia con riferimento al riconoscimento dello sviamento di potere, la giurisprudenza ha tuttavia mostrato sempre maggiori aperture verso le norme procedurali, con pronunce caratterizzate – anche se spesso solo formalmente – da una costante precisazione in merito alla necessità di accertare la derivazione logico-causale del danno o del vantaggio ingiusto dalla loro violazione<sup>131</sup>.

Nel caso di violazione del dovere di compiere un'adeguata istruttoria diretta ad accertare la sussistenza delle condizioni richieste per il rilascio di un'autorizzazione, la sua rilevanza è stata ben valorizzata in un'ipotesi in cui dalla stessa era derivata un'illegittima autorizzazione alla ristrutturazione, visto che gli immobili che figuravano nella richiesta erano in realtà inesistenti<sup>132</sup>.

In altre occasioni, invece, il richiamo alle norme procedurali è solo apparentemente rispettoso della necessità, ricordata in tutte le pronunce citate, di ricondurre eziologicamente l'evento di danno o di vantaggio alla loro violazione. La Cassazione ha affermato di frequente in modo succinto e perentorio che il mancato rispetto delle norme ha avuto effetto sulla decisione, senza svolgere sul punto alcuno specifico approfondimento.

---

zione di una norma di legge espressamente diretta a salvaguardare l'ordine di priorità nell'assegnazione dei posti a seguito di una procedura concorsuale.

<sup>131</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 295. E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 329 parla di certezza processuale che senza quella violazione non vi sarebbe stato l'evento ingiusto.

<sup>132</sup> Cass., 14 giugno 2007, n. 37531, in *Cass. pen.*, 2008, 3307. Nello stesso senso cfr. Cass., 4 novembre 2004, n. 69, in *Cass. pen.*, 2006, 2172, con riferimento a una fattispecie in cui il vice-sindaco aveva omesso l'istruttoria per il rilascio di un'autorizzazione sanitaria – effettivamente rilasciata in assenza dei presupposti – in favore di una società di cui faceva parte anche il sindaco. In queste ipotesi ci sembra lacunoso piuttosto l'accertamento del dolo intenzionale e della consapevolezza dell'ingiustizia dell'evento.

La ragione si può forse intuire, anche se l'interprete attento ai principi che presidiano la materia penale avrebbe dovuto giungere a esiti opposti. Come è stato rilevato dalla dottrina amministrativistica – e come avremo modo di approfondire – infatti, quando il potere è discrezionale è molto difficile verificare l'efficacia causale della violazione rispetto alla decisione finale: «le regole devono essere rispettate di per sé proprio per la ragione che se la loro rilevanza fosse mediata dal “procedimento decisionale”, sarebbe la decisione finale appunto a essere sindacata (e non la regola)»<sup>133</sup>. Un serio accertamento del nesso contrasterebbe con la necessità di garantire che l'epicentro della discrezionalità (il merito) sia insindacabile.

Ed ecco emergere un ostacolo insuperabile – per i portatori delle istanze antiformalistiche – che incontreremo, non a caso, affrontando soprattutto il tema dell'ingiustizia dell'evento.

In una sentenza, per esempio, si è dato un rilievo, solo apparente, alla violazione dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990 n. 241, e soprattutto del dovere di condurre un'adeguata istruttoria – che come abbiamo visto potrebbe rappresentare, secondo la Suprema Corte, una fase procedimentale essenziale incidente direttamente sul momento finale della decisione –, senza farne conseguire degli effetti pratici, visto che sussistevano anche – come riconosciuto dalla Corte – altre violazioni delle norme di legge e in particolare di quelle che richiedevano una comprovata competenza quale requisito per il conferimento dell'incarico. La violazione dell'art. 3 l. 241/1990 è stata richiamata solo *ad colorandum* per affermare assiomaticamente che la carenza di una vera e propria attività istruttoria, diretta a individuare un numero adeguato di potenziali aspiranti al conferimento dell'incarico in questione e a verificarne l'idoneità, e la mancanza di una congrua motivazione sulla scelta adottata, avrebbero innegabilmente avuto effetto sulla decisione, precludendo l'esame di altre possibili candidature<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 222.

<sup>134</sup> Cass., 7 aprile 2005, n. 18149, in *CED Cassazione penale 2005*.

In altre sentenze, ancora più eclatanti, si è invece semplicemente valorizzata l'inosservanza del dovere di motivazione del provvedimento e della forma scritta, senza sviluppare il tema del nesso di causalità<sup>135</sup>.

È pur vero che l'abbandono delle letture più formalistiche si è ottenuto, a volte, come andremo ora a vedere, attraverso un accertamento rigoroso della doppia ingiustizia; ma il risultato non è prevedibile e non si può dimenticare che proprio in alcune delle sentenze appena citate l'ingiustizia dell'evento è stata fatta derivare meccanicamente dall'ingiustizia della condotta.

#### 4. La selettività intermittente della doppia ingiustizia

Abbiamo ricordato che un rigoroso accertamento del requisito della doppia ingiustizia – quello della condotta e, ben distinto da questo<sup>136</sup>, quello dell'evento di danno o di vantaggio, che deve essere contrario al diritto oggettivo che regola la materia – richiede che l'ingiustizia dell'evento non sia desunta dalla sola utilizzazione di un mezzo ingiusto, ma venga accertata in concreto come requisito ulteriore rispetto alla condotta *contra ius*.

Descritto nel primo capitolo il vivace dibattito che si è sviluppato in dottrina sul punto, animato soprattutto da coloro che ritengono che l'ingiustizia dell'evento si ponga come inevitabile conseguenza della condotta di abuso d'ufficio, vediamo ora di partire dalle affermazioni gene-

---

<sup>135</sup> Cass., 27 ottobre 1999, n. 13341, in *Cass. pen.*, 2001, 124, con riferimento a un rettore di una università che aveva conferito numerosi incarichi retribuiti di consulenza e assistenza legale a un professionista in forma verbale e senza previa audizione e interpellato. Nello stesso senso, in termini ancora più succinti, Cass., 10 luglio 2000, n. 9446, in *Riv. pen.*, 2001, 659, che si è riferita solo a un vizio di motivazione.

<sup>136</sup> Come rileva A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 310, la puntualizzazione si impone perché è successo che la giurisprudenza, con un *escamotage*, abbia fatto coincidere il danno ingiusto con la mancata consultazione della documentazione necessaria per l'esperimento di eventuali iniziative a tutela dei propri interessi; un danno che in realtà, visto dal lato attivo, più correttamente era da qualificarsi come la condotta *contra ius* del rettore di un'università che aveva impedito a un candidato alla nomina di direttore generale dell'Azienda Policlinico di visionare la documentazione della selezione: Cass., 1 dicembre 2003, n. 729, in *Cass. pen.*, 2005, 2964.

ricamente condivisibili della giurisprudenza per andare più in profondità, operando una distinzione, che ci sembra comunque opportuna, tra le sentenze che si occupano dell'abuso d'ufficio per violazione di legge e quelle caratterizzate da condotte di omessa astensione.

Quanto alle prime, le sentenze che pur correttamente valorizzano il parametro della doppia ingiustizia di regola si limitano a chiarire che l'ingiustizia del vantaggio non si può far discendere dall'accertata illegittimità della condotta<sup>137</sup>. Più complesso è comprendere però, in positivo, come si debba accertare, in base a quali fonti e parametri normativi: sul punto, la giurisprudenza si fa ancora una volta scarsamente intelligibile.

L'ingiustizia del vantaggio è stata ravvisata, per esempio, ma solo nei limiti della percentuale del compenso che il medico avrebbe dovuto versare all'ente ospedaliero, nell'ipotesi di attività di ricerca svolta da un medico per conto di una società privata attraverso l'uso delle strutture ospedaliere, senza la previa autorizzazione dell'azienda sanitaria e quindi in violazione di una specifica norma regolamentare<sup>138</sup>. Così l'in-

---

<sup>137</sup> Cfr. Cass., 25 settembre 2018, n. 58412, in *Cass. pen.*, 2020, 251, che ha annullato la sentenza impugnata che, ravvisata la violazione di legge nell'illegittimo compimento di un atto, rientrando nella competenza del Consiglio regionale, da parte della Giunta, aveva fatto discendere automaticamente da tale condotta la produzione di un danno ingiusto alla Regione; Cass., 18 marzo 2016, n. 17676, in *CED Cassazione penale 2016*, in cui si è precisato che l'ingiustizia dell'evento può venire meno se, per comprovate ragioni obiettive richieste da esigenze di funzionalità dell'ente pubblico, a un soggetto esterno alla amministrazione venga conferito un incarico, che egli assolva correttamente, ancorché il compenso corrispostogli incida negativamente sul bilancio dell'ente e dia luogo a rilievi di carattere formale (es. per essere intervenuta una o più proroghe) dipendenti dalla violata normativa di contenimento della spesa pubblica. Cfr. anche Cass., 17 febbraio 2015, n. 10133, in *CED Cassazione penale 2015*, in cui la Corte ha annullato la sentenza impugnata che, in relazione alla condotta di un assessore comunale che aveva assegnato un immobile di proprietà dell'ente per lo svolgimento di attività di ristorazione con delibera di Giunta adottata senza il previo espletamento di procedure a evidenza pubblica, aveva ritenuto integrato il reato di abuso d'ufficio senza verificare se il soggetto assegnatario avesse o meno titolo a conseguire la disponibilità dell'immobile per condurre l'attività di ristorazione.

<sup>138</sup> Cass., 27 giugno 2006, n. 35381, in *Cass. pen.*, 2007, 2459. Come ben rileva A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 313, peraltro, in questo caso la prestazione professionale era estranea alle mansioni dell'ufficio.



giustizia dell'evento è stata autonomamente ravvisata, ma senza chiare indicazioni normative, nel fatto che gli importi pagati per la fornitura del materiale erano fuori mercato per eccesso; un'ingiustizia che si aggiungeva a quella della condotta per violazione della normativa concernente i contratti pubblici<sup>139</sup>.

In caso di violazione di legge o di regolamento, è frequente sentirsi affermare che non è necessario che l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale derivi dalla violazione di norme diverse e autonome da quelle che hanno caratterizzato l'illegittimità della condotta, qualora l'accrescimento della sfera patrimoniale del privato possa considerarsi in sé *contra ius*<sup>140</sup>. Per esempio, per questa via, è stata riscontrata l'ingiustizia del vantaggio – causato da una condotta posta in essere in violazione della disciplina di settore relativa alla copertura delle qualifiche dirigenziali negli enti pubblici locali – nel semplice fatto che l'accrescimento della sfera patrimoniale del privato fosse derivato proprio dall'ottenimento e conseguente svolgimento dell'incarico dirigenziale in mancanza della qualificazione professionale richiesta dalla normativa<sup>141</sup>, oppure – in ipotesi di condotta posta in essere in violazione delle norme di legge del testo unico sugli enti locali in tema di ripartizioni di competenze tra gli organi comunali – nel conferimento *ex novo* o nella proroga di incarichi di collaborazione retribuita in difetto di ogni potere in materia e sulla base di criteri di selezione dei beneficiari assolutamente arbitrari<sup>142</sup>. Infine, l'ingiustizia del vantaggio è stata riscontrata nella vittoria di un concorso fondata su di una valutazione dei concorrenti viziata perché operata violando le regole che disciplinano il reclutamento dei pubblici dipendenti<sup>143</sup>.

In tutti i casi citati il parametro normativo dell'ingiustizia è lo stesso per condotta ed evento, anche se tra le diverse ipotesi c'è una notevole differenza. Solo nel primo caso, infatti, emerge chiaramente dalla sentenza come la nomina di un soggetto a posizione dirigenziale fosse avvenuta in pacifica assenza della qualificazione professionale richiesta

---

<sup>139</sup> Cass., 22 febbraio 2019, n. 24186, in *Guida al diritto*, 38, 2019, 103.

<sup>140</sup> Cfr. Cass., 5 luglio 2018, n. 43287, in *Guida al diritto*, 1, 2019, 91.

<sup>141</sup> Cass., 29 gennaio 2015, n. 11394, in *Guida al diritto*, 16, 2015, 71.

<sup>142</sup> Cass., 10 marzo 2016, n. 13426, in *CED Cassazione penale 2016*.

<sup>143</sup> Cass., 5 novembre 2001, n. 1732, cit., 1645.

dalla normativa violata e l'inidoneità del soggetto nominato a svolgere l'incarico assegnatogli permanesse anche dopo l'atto di nomina rendendo "contrario a diritto" il vantaggio patrimoniale da lui acquisito, corrispondente agli emolumenti che gli venivano corrisposti<sup>144</sup>. Negli altri casi l'ingiustizia dell'evento discendeva unicamente dall'ingiustizia della condotta discrezionale, più che dal medesimo parametro di riferimento, e rimane il dubbio che in sé potesse considerarsi, invece, giusto, perché anche con il rispetto della norma violata avrebbe potuto essere lo stesso<sup>145</sup>. È sicuramente prodotto *non iure*, insomma, ma non è detto che in sé sia *contra ius*<sup>146</sup>.

Utilizzando un criterio spesso invocato, per accertare l'ingiustizia dell'evento causato dalla condotta ingiusta, ci si dovrebbe chiedere infatti se a seguito dell'inosservanza si sia ottenuto un risultato diverso da quello che si sarebbe ottenuto se tutte le norme fossero state osservate, ma non sembra che un tale accertamento sia stato compiuto nei due ultimi casi appena ricordati<sup>147</sup>.

In una diversa ipotesi concernente un peculiare evento di danno ingiusto – in cui è stata posta l'attenzione sull'esigenza di salvaguardare una funzione fondamentale da indebite ingerenze del potere giudiziario – ai fini della configurabilità del reato, tale evento ingiusto è stato individuato nella conoscibilità di dati esterni di traffico relativi ad alcune telefonate con lesione delle prerogative parlamentari, causata dall'acquisizione agli atti di un procedimento penale, mediante elaborazione e trattamento dei dati da parte di un magistrato e di un collaboratore, di

---

<sup>144</sup> Questa osservazione è formulata anche da Cass., 18 marzo 2016, n. 17676, cit.

<sup>145</sup> Già prima della riforma del 1997, per esempio, la Corte di Cassazione (Cass., 15 luglio 1996, *CED Cassazione penale 1997*) aveva annullato con rinvio una pronuncia nella quale il giudice di merito aveva ritenuto sussistente il reato di abuso d'ufficio avendo accertato l'illegittimità di una concessione edilizia perché viziata nella forma e nel procedimento, senza accertare però se l'edificabilità dell'area avesse rappresentato un vantaggio ingiusto per il proprietario per essere la concessione incompatibile con la convenzione vigente al momento. Cfr., sul punto, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 130 s.

<sup>146</sup> Cfr., per questa distinzione, in termini molto chiari: Cass., 17 novembre 2020, n. 16782, in *Dejure*.

<sup>147</sup> Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 279.

tabulati relativi a comunicazioni intercorse su utenze riferibili a deputati o senatori senza la preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza<sup>148</sup>. La Cassazione ha ritenuto che l'evento causalmente determinato dalla condotta illegale conservasse un'autonoma ingiustizia anche se essa derivava dalla stessa violazione di legge o di regolamento che fondava l'ingiustizia della condotta.

Non diversamente, è stato ritenuto sussistente il danno ingiusto di cui all'art. 323 c.p. – consistito in un'umiliante costrizione, percepita dalla vittima come conseguente a un atteggiamento di vessazione del tutto inutile – nel caso del vigile urbano che, pur potendo (e dovendo) procedere alla contestazione sul posto, disponeva l'accompagnamento nei propri uffici in violazione di una specifica norma di legge (art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. nella l. 18 maggio 1978 n. 191)<sup>149</sup>: la persona intimata non si era rifiutata di dichiarare le proprie generalità né sussistevano ragioni per ritenere che le dichiarazioni da lei rese fossero false.

La selettività molto debole del requisito dell'ingiustizia è evidenziata da quella parte della dottrina che ricorda come, proprio ridimensionando la portata del criterio attraverso il richiamo del medesimo parametro normativo, si finisca per ridurlo a un presupposto di facciata<sup>150</sup>, anche se sarebbe opportuno distinguere piuttosto tra attività discrezionale e attività vincolata, come avremo modo di chiarire anche in seguito.

Di fronte a una scelta vincolata, come quella del vigile urbano nel caso appena ricordato, e utilizzando il criterio sopra indicato, infatti, non è difficile dare una risposta sicura – in senso positivo e quindi a favore dell'integrazione del reato – al quesito se si sarebbe ottenuto un risultato diverso qualora tutte le norme fossero state osservate.

Un ultimo cenno lo merita tuttavia un orientamento giurisprudenziale più recente che ha aperto le porte a una valorizzazione del requisito dell'ingiustizia dell'evento in chiave sostanziale, andando a richiedere che il danno o il vantaggio siano contrari all'«interesse reale della pubblica amministrazione». Questo interesse deve essere diverso, per

---

<sup>148</sup> Cass., 22 settembre 2016, n. 49538, in *CED Cassazione penale 2017*. Cfr. sul punto S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 298.

<sup>149</sup> Cass., 4 febbraio 2003, n. 9970, in *Cass. pen.*, 2004, 2345.

<sup>150</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 51.

esempio, da una «mera idea di imparzialità, degradata a esangue riflesso dell'asserita violazione del Codice degli appalti»<sup>151</sup>, ma non è stato definito in positivo e non è facile farlo.

Questa lettura è senza dubbio coraggiosa, visto che cerca di prendere sul serio l'elemento in questione, ma ancora una volta ci mostra i confini sfuggenti della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., se si considera che essa finisce per legittimare un sindacato molto ampio sulla discrezionalità, esteso fino al merito dell'atto. Il giudice penale dovrebbe inammissibilmente chiedersi quale è l'interesse reale della pubblica amministrazione attraverso un giudizio dagli esiti incerti, che dovrebbe invece spettare a quest'ultima.

Nel caso dell'omessa astensione i riferimenti alla doppia ingiustizia che si incontrano in giurisprudenza assumono spesso un significato decisivo.

In ben poche ipotesi il requisito della doppia ingiustizia viene valorizzato solo per escluderne l'efficacia selettiva, come diretta conseguenza dell'omessa astensione. Il richiamo viene effettuato di regola, al contrario, proprio per concludere che l'evento, soprattutto quando si è in presenza di un vantaggio patrimoniale, non può considerarsi ingiusto, nonostante l'omessa astensione<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Cass., 31 maggio 2022, n. 26625, cit.

<sup>152</sup> Come ricorda la Suprema Corte (Cass., 11 novembre, 2015, n. 48914, in *Cass. pen.*, 2016, 2422): il vantaggio «per qualificarsi ingiusto non solo deve essere prodotto “non jure” ma essere esso stesso “contra jus”». Nello stesso senso Cass., 21 febbraio 2003, n. 11415, cit., 81, con riferimento al caso di un assessore comunale che aveva partecipato alla delibera con cui era stato liquidato il compenso al fratello per prestazioni professionali, compenso comunque corrispondente al dovuto; Cass., 12 febbraio 2003, n. 17628, in *Cass. pen.*, 2004, 1247, relativa alla vicenda di un sindaco che, in violazione del dovere di astensione, aveva riconosciuto all'istanza di sospensione di pagamento presentata dalla moglie l'esenzione dall'imposta di bollo così come a tutte le altre istanze presentate dai cittadini e Cass., 25 marzo 1998, n. 5966, in *Cass. pen.*, 1999, 2837, relativa alla condotta di un componente di una commissione edilizia comunale che, senza astenersi dal partecipare a riunioni di tale organo in cui venivano trattate pratiche nelle quali egli aveva un interesse, aveva tuttavia contribuito a rendere un parere conforme agli strumenti urbanistici vigenti. Cfr. anche Cass., 26 aprile 2007, n. 26324, in *CED Cassazione penale 2008*.

In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione in un caso che aveva coinvolto il Presidente di un Tribunale, il quale, nella fase dell'adozione dei provvedimenti presidenziali temporanei e urgenti, aveva trattato una causa in materia di separazione nonostante i rapporti intrattenuti col marito – rapporti che avrebbero dovuto portarlo ad astenersi – finendo per assegnargli la casa familiare, nonostante il figlio maggiorenne della coppia, ma non ancora autonomo, convivesse con la madre. La Corte di Cassazione, proponendo un'interpretazione forte del requisito, ha affermato che

sul piano concettuale i due elementi della illegittimità della condotta e dell'ingiustizia dell'atto sono [...] distinti; e il fatto che in concreto la compresenza possa corrispondere *all'id quod plerumque accidit* non esime dall'obbligo di verificare volta per volta la sussistenza di entrambi<sup>153</sup>.

L'ingiustizia dell'evento potrebbe sussistere qualora il risultato fosse tale da violare una norma vigente, ma, nel caso di specie, questo risultato è stato escluso, non esistendo i presupposti per ritenere che l'assegnazione dell'abitazione familiare alla moglie fosse incontestabilmente dovuta e che quindi il contrario provvedimento si dovesse ritenere caratterizzato da una pacifica contrarietà al diritto (e quindi precluso). Anche qui si può affermare che il risultato avrebbe potuto essere lo stesso anche in ipotesi di astensione.

In un'altra vicenda che ha interessato un magistrato della Procura, pur in presenza di un'accertata violazione dell'obbligo di astensione desumibile dall'art. 52 c.p.p. (quale clausola generale) nei casi di “gravi ragioni di convenienza” – e quindi anche in quelli in cui, come nel caso di specie, vi fosse un rapporto sentimentale tra il pubblico ministero e la presunta persona offesa, dal primo conosciuta peraltro proprio in occasione dell'escussione della stessa a sommarie informazioni testimoniali nel procedimento penale pendente a carico del marito – si è esclusa l'esistenza della doppia ingiustizia, visto che il danno ingiusto non può derivare dalla mera violazione dell'obbligo di imparzialità. Pur avendo il pubblico ministero mutato, dopo l'incontro con la donna, le scelte processuali precedentemente compiute nei confronti del marito indaga-

---

<sup>153</sup> Cass., 14 dicembre 1998, n. 1687, in *Riv. pen.*, 1999, 348.

to, con la revoca della richiesta di archiviazione a cui faceva seguito la richiesta di misura cautelare, accolta dal G.I.P., e l'esercizio dell'azione penale e pur essendosi poi il giudizio concluso con una parziale assoluzione, la Corte ha ritenuto di escludere che si fosse in presenza di accuse pretestuose e palesemente insussistenti, tali da qualificare il danno subito dal marito come ingiusto. La violazione dell'obbligo di astensione da parte del pubblico ministero, del resto – è stato sottolineato nella motivazione – non determina la nullità degli atti<sup>154</sup>.

Non dobbiamo forse sottovalutare il fatto che i casi da ultimo citati non riguardano l'esercizio dell'attività amministrativa da parte della P.A., coinvolgendo la funzione giudiziaria, ma notiamo una certa distanza tra quanto fino a ora ricordato e le considerazioni fatte proprie dalla Suprema Corte nel 2015, in una sentenza in cui ha

ritenuto responsabile di abuso d'ufficio il Direttore della ASL che aveva affidato, in violazione dell'obbligo di astensione, un incarico alla propria moglie nell'amministrazione, anche se il compenso era in linea con quanto imposto dai criteri regolamentari<sup>155</sup>.

In questa vicenda, a differenza di altre simili, il vantaggio è stato considerato ingiusto solo perché non trovava fondamento in un corrispondente diritto sostanziale, potendosi configurare l'ingiustizia anche quando il privato non possa vantare, rispetto al vantaggio, alcuna situazione giuridica soggettiva a sostegno della relativa pretesa<sup>156</sup>.

Così, in alcune sentenze, anche se non si ravvisa alcuna ulteriore specifica violazione di legge o di regolamento, in aggiunta alla violazione del dovere di astensione, ci si accontenta di una strumentalizza-

<sup>154</sup> Cass., 14 aprile 2021, 26429, in *Dejure*.

<sup>155</sup> Cass., 4 novembre 2015, n. 48913, in *CED Cassazione penale 2016*. F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 43 colloca questa sentenza, non a caso, nell'ambito dell'orientamento meno rigoroso che riguarda il requisito della doppia ingiustizia.

<sup>156</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 45 ritiene che quando l'ingiusto vantaggio patrimoniale è rappresentato dalla retribuzione per una prestazione lavorativa (benché costituzionalmente dovuta), separare l'ingiustizia della condotta (attribuzione del ruolo) da quella del derivato compenso sia un compito da "contorsionismo" esecutivo.

zione dell'ufficio, che denota uno sviamento di potere, e quindi, potremmo forse ritenere, di un'ingiustizia dell'evento ancorata solo alla violazione dell'art. 97 Cost.<sup>157</sup>.

Più coerente con il quadro iniziale ci sembra invece l'accertamento del requisito della doppia ingiustizia in un caso in cui l'ingiustizia aveva negativamente qualificato tanto la condotta, posta in essere disattendendo un obbligo di astensione che l'assessore comunale avrebbe dovuto rispettare, quanto l'evento del vantaggio patrimoniale conseguito dall'ente favorito mediante il finanziamento dell'intero importo di spesa previsto, invece che dell'importo ridotto del 50% come richiesto dalle disposizioni disciplinanti la materia, contenute nel regolamento comunale<sup>158</sup>.

Alcune considerazioni particolari si impongono con riferimento ai casi di accertata violazione di un obbligo di astensione dalla decisione di nominare un determinato soggetto per rivestire una carica sostanzialmente fiduciaria, a fronte della quale la giurisprudenza ha concluso per l'impossibilità di accertare l'ingiustizia dell'evento a causa dell'ampio margine di discrezionalità di cui godrebbe la P.A. nell'operare la scelta. In queste ipotesi, normalmente, i requisiti minimali richiesti per partecipare alla "selezione", spesso priva di caratteri concorsuali, sono generici, allo stesso modo dei criteri sulla base dei quali si deve procedere alla comparazione dei *curricula* dei vari aspiranti all'incarico. Proprio per la ragione di non voler entrare nella riserva di merito delle scelte dell'amministrazione precedente, sostituendo il proprio apprezzamento opinabile a quello di quest'ultima, la giurisprudenza ha concluso per l'insussistenza della doppia ingiustizia, valorizzando quella nota di di-

---

<sup>157</sup> Così Cass., 13 dicembre 2002, n. 1320, in *Cass. pen.*, 2004, 90.

<sup>158</sup> Cass., 14 dicembre 2012, n. 1733, in *CED Cassazione penale 2012*. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 104, nello stesso senso ricorda il caso di un pubblico ufficiale che aveva omesso di astenersi dall'adottare la determinazione con la quale aveva assunto temporaneamente la figlia, escludendo un'altra candidata che pure aveva già maturato una certa esperienza ed era collocata utilmente in graduatoria (Cass., 20 febbraio 2012, n. 6705).

svalore che differenzia ciò che ha rilevanza penale da ciò che ha rilevanza solo in sede amministrativa<sup>159</sup>.

Tra questi casi merita di essere ricordato in particolare quello di un Presidente della Regione che violando, tra le diverse norme espressione del principio di imparzialità, anche quella prevista dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 in base alla quale

il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale

– che gli avrebbe quindi imposto di astenersi visto il rapporto professionale e di amicizia che lo legava al candidato – aveva nominato con la Giunta un suo socio di studio, che possedeva i requisiti minimi richiesti, come membro esterno del Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici. Il G.i.p. del Tribunale di Milano ha disposto l'archiviazione del procedimento che era stato promosso per abuso d'ufficio<sup>160</sup>.

Gli esiti sono condivisibili, anche se, per certi aspetti, paradossali. Proprio in queste situazioni, in presenza delle quali la giurisprudenza si è mostrata correttamente rispettosa delle prerogative dell'amministrazione, appare quasi più facile ipotizzare che il soggetto nominato sareb-

---

<sup>159</sup> Cfr. sul punto M.C. UBIALI, *Abuso d'ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l'archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Regione Lombardia Attilio Fontana*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/abuso-ufficio-atti-discrezionali-pubblica-amministrazione-archiviazione-fontana> (21 maggio 2020).

<sup>160</sup> Cfr. GIP Milano, decreto 23 marzo 2020, giud. Mascarino, in [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1589914079\\_gip-milano-decreto-archiviazione-attilio-fontana-abuso-ufficio-323-atti-discrezionali.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1589914079_gip-milano-decreto-archiviazione-attilio-fontana-abuso-ufficio-323-atti-discrezionali.pdf). L'avviso pubblico per la "selezione non concorsuale" che era stata attivata si limitava a richiedere che i soggetti interessati possedessero un diploma di laurea e avessero una qualificata esperienza e professionalità in uno degli ambiti indicati, tra cui figurava quello giuridico. Anche se le argomentazioni offerte, come vedremo, affrontano solo parzialmente questo profilo, merita di essere citato anche il caso deciso da Cass., 17 novembre 2020, n. 16782, cit., che riguarda proprio una nomina di carattere fiduciario (quella dei dirigenti di secondo livello del ruolo sanitario da parte del direttore generale), posta al termine di una procedura in cui più soggetti sono stati ritenuti idonei.



be stato diverso qualora la nomina fosse avvenuta nel rispetto delle norme che regolano il conflitto di interessi.

Il quadro che emerge dalla giurisprudenza fin qui esaminata in tema di doppia ingiustizia ci sembra, sotto molti profili, ancora più complesso di quello tratteggiato con riferimento al requisito della violazione di legge o di regolamento.

Per la prima modalità di integrazione del reato, riteniamo che i ragionamenti svolti siano di norma più lineari a fronte del carattere vincolato di alcune scelte strettamente amministrative che non attengono ad aspetti meramente formali, quanto invece al momento della ponderazione degli interessi in gioco. In tali casi si può accertare di regola con sicurezza – e senza operare alcuna incursione nel “merito amministrativo” – se l'evento è ingiusto, anche alla luce del criterio per cui il risultato sarebbe stato di certo diverso qualora la norma non fosse stata violata dalla condotta dell'agente<sup>161</sup>.

Di fronte a scelte amministrative caratterizzate dalla discrezionalità, invece, anche quando il parametro dell'ingiustizia è diverso, le conclusioni della giurisprudenza si fanno più confuse.

Per l'ipotesi di abuso per omessa astensione – ipotesi che integra la violazione di una norma di carattere formale, che non incide di per se stessa direttamente sulla fase di ponderazione degli interessi – il parametro di riferimento per l'ingiustizia dell'evento non può che essere diverso rispetto alla condotta, con l'unica eccezione rappresentata dalle ipotesi di scelte quasi integralmente libere – o almeno marcatamente discrezionali – operate da chi non avrebbe dovuto adottarle in quanto in conflitto di interessi; scelte in relazione alle quali, tuttavia, come abbiamo visto, la giurisprudenza correttamente non riconosce il requisito dell'ingiustizia dell'evento proprio nel rispetto del limite della non sindacabilità della discrezionalità.

---

<sup>161</sup> Come ha evidenziato la dottrina, di fronte a condotte di favoritismo, non potrebbe rilevare penalmente il fatto del sindaco che dia ordine affinché una domanda di concessione edilizia supportata da documentazione insufficiente sia esaminata con precedenza su ogni altra istanza giacente presso l'ufficio, qualora si accerti successivamente la sussistenza di tutti i requisiti necessari per il rilascio della concessione medesima e quindi il suo carattere di sostanziale doverosità per conformità alle norme urbanistiche vigenti: G. CONTENTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 215.

Le difficoltà di accertamento della doppia ingiustizia, però, non si riducono di molto. Anzi.

Se la domanda che ci si deve porre per qualificare l'evento come ingiusto è sempre la stessa – “l'uso del potere da parte di un diverso pubblico agente, non interessato all'atto, avrebbe condotto allo stesso risultato?”<sup>162</sup> – solo in presenza di un'attività vincolata, almeno negli aspetti che rilevano nel caso di specie, la risposta è ragionevolmente sicura, senza che il giudice sia chiamato a indebite intromissioni nella sfera riservata all'amministrazione<sup>163</sup>.

La disciplina dell'attività amministrativa discrezionale, in particolare, consente molto spesso una pluralità di esiti “giusti”<sup>164</sup> (non preclusi) e, se si rientra in uno di tali casi, o se vi è il dubbio che vi si rientri, l'abuso d'ufficio, che per come è costruito ha necessità di un solido ancoraggio al disvalore obiettivo d'evento, non può dirsi integrato o comunque accertato.

Né si può evitare questo risultato definendo l'ingiustizia come requisito che può dirsi sussistente nei casi in cui il vantaggio non sia volto alla soddisfazione di un diritto sostanziale già esistente<sup>165</sup>, così come in qualche sentenza abbiamo visto fare<sup>166</sup>. Il legislatore ha scelto la formu-

<sup>162</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 287.

<sup>163</sup> In questo senso, per esempio, pur senza invocare il requisito della doppia ingiustizia, la Suprema Corte ha affermato che non è configurabile il reato di abuso d'ufficio, anche alla luce della doverosità dell'azione amministrativa svolta, nella condotta di un agente della polizia municipale che aveva elevato una serie di “contravvenzioni amministrative” per violazioni del Codice della Strada nei confronti di un soggetto con il quale egli aveva in corso una controversia giudiziaria di carattere civilistico: Cass., 21 dicembre 2017, n. 1929, in *Dejure*.

<sup>164</sup> Cfr. sul punto A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 313.

<sup>165</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 354.

<sup>166</sup> Così Cass., 31 marzo 2015, n. 25944, cit., 752. Nella sentenza si legge: «Il vantaggio è invece ingiusto ogniqualvolta non trovi fondamento in un corrispondente diritto sostanziale [...]. Orbene, a fronte dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, il privato, per definizione, non vanta diritti e non ha titolo a pretendere l'attribuzione di un certo beneficio (il superamento di un esame di Stato o di un concorso; l'aggiudicazione di un appalto e via discorrendo). È perciò sufficiente, per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio, segnatamente sotto il profilo della ravvisabilità del requisito della c.d. “doppia ingiustizia”, che il pubblico ufficiale, violando norme di legge

la “ingiusto”, ben diversa dalla “insussistenza di una pretesa giuridicamente fondata al risultato della condotta di abuso”<sup>167</sup>.

La stessa Suprema Corte, del resto, anche se solo “a intermittenza” lo ha ricordato chiaramente, evidenziando che «deve escludersi l'esistenza del delitto allorché non vi sia la prova certa che dalla condotta sia conseguito un risultato *contra ius*, e ciò anche nel caso in cui la condotta sia *non iure*»<sup>168</sup>. Da ciò ha fatto conseguire che non si può affermare che l'evento ingiusto consiste nella mera lesione dell'aspettativa del candidato a essere valutato secondo parametri non inficiati dal pregiudizio dell'imputato e non invece nel mancato ottenimento del posto messo a concorso da parte di uno dei candidati. Ciò che si deve accertare è se l'esito sarebbe stato di certo diverso qualora la valutazione, nella specie di carattere ampiamente discrezionale, fosse stata effettuata da un dirigente non in conflitto di interessi.

In conclusione, quindi, nonostante le pur comprensibili considerazioni di una certa dottrina amministrativistica circa il fatto che le regole procedurali devono essere rispettate di per sé, a prescindere dall'efficacia causale della violazione rispetto alla decisione finale<sup>169</sup>, sono proprio le istanze antiformalistiche del diritto penale che impongono una valorizzazione dell'ingiustizia dell'evento; istanze che tuttavia non dovrebbero portare il giudice penale fino a riconsiderare per tale via «l'interesse reale della pubblica amministrazione», come abbiamo visto fare di recente<sup>170</sup>, quanto piuttosto a escludere, spesso *a priori*, l'ingiustizia dell'evento, per non arrivare a censurare il merito, superando i limiti al sindacato giurisdizionale penale che il potere discrezionale porta con sé.

o di regolamento, attraverso un esercizio distorto della discrezionalità che gli compete, nel senso appena indicato, abbia procurato al privato un vantaggio che non gli spettava, in base alla normativa di riferimento».

<sup>167</sup> Cfr. sul punto A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 315, nt. 251.

<sup>168</sup> Cass., 17 novembre 2020, n. 16782, cit.

<sup>169</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 222. Anche nel panorama della dottrina penalistica, invero, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 908 rileva che nei casi in cui la legge non può vincolare il risultato dell'attività amministrativa, la giustizia dell'atto si esprime attraverso il rigoroso rispetto della procedura prescritta dalla legge.

<sup>170</sup> Cfr. Cass., 31 maggio 2022, n. 26625, cit.

Il parametro offerto dall'art. 97 Cost., richiamato da qualche sentenza, almeno implicitamente, appare caratterizzato ancora una volta da un'eccessiva e inaccettabile vaghezza, anche quando si riferisce all'evento e non alla condotta.

### 5. *Il complesso accertamento del dolo intenzionale*

L'altro requisito che riveste un'importanza centrale nella struttura del reato di abuso d'ufficio – un presidio contro le invasioni penali nell'area amministrativa – è quello del dolo intenzionale.

Anche rispetto a esso, però, le ambiguità non mancano.

Da un lato, si è resa presto evidente una contestata tendenza giurisprudenziale al rigore probatorio attenuato, volta a indebolirne la portata con il mero richiamo a indici sintomatici<sup>171</sup>.

Dall'altro, molte sono le incertezze suscitate dall'ampio sindacato che è comunque riconosciuto al giudice penale nel verificare le effettive finalità perseguite dall'agente<sup>172</sup>.

Il dolo intenzionale che caratterizza il reato richiede che il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto costituiscano l'obiettivo perseguito e non solo genericamente incluso nella sfera di volontà dell'agente.

Come abbiamo anticipato, di fronte all'indubbia complessità della dimostrazione di un fatto soggettivo particolarmente qualificato per intensità, la giurisprudenza ha cercato delle soluzioni praticabili, elaborando nel tempo un catalogo di circostanze che possono assumere rilievo come indici sintomatici, volti a semplificarne l'accertamento<sup>173</sup>: l'evi-

---

<sup>171</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 41. G. DE BERNARDO, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento soggettivo*, cit., 55 parla di «processo strisciante di dequotazione della intenzionalità».

<sup>172</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 164.

<sup>173</sup> Sugli indici elencati, cfr. Cass., 9 novembre 2006, n. 41365, in *Guida al diritto*, 7, 2007, 81. Cfr. altresì M. DE BELLIS, *Abuso d'ufficio e concorso pubblico: la formulazione di un bando di concorso in modo tale da assicurare l'aggiudicazione del posto a un candidato non comporta necessariamente la commissione di reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 3458.

denza della violazione di legge, che sia immediatamente riconoscibile dall'agente; la specifica competenza professionale dell'agente, tale da rendergli anch'essa, senza possibile equivoco, riconoscibile la violazione; una motivazione del provvedimento meramente apparente o manifestamente pretestuosa, nonché i rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato e il soggetto che dal provvedimento illegittimo abbia tratto il vantaggio, soprattutto quando – pare scontato – esista la prova di una collusione col privato beneficiario<sup>174</sup>. Tra questi indici rientra pure l'intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge<sup>175</sup>.

Il rischio che tali indici portano con sé è in realtà strettamente legato all'obiettivo di “semplificazione probatoria” per cui sono stati elaborati, ossia quello di favorire una dissoluzione presuntiva dell'accertamento di questo fondamentale presupposto<sup>176</sup>. In alcuni arresti la giurisprudenza di legittimità appare consapevole di questo pericolo, richiedendo una valutazione ponderata del comportamento dell'agente e delle risultanze processuali relative, soprattutto quando entra in gioco l'indice della macroscopica illegittimità<sup>177</sup> – che rende particolarmente evidente il vizio originario di un'operazione ermeneutica che fonda la prova del requisito dell'intenzionalità del dolo sulla prova di un diverso elemento costitutivo del reato<sup>178</sup> – ma ciò purtroppo non avviene sempre<sup>179</sup>. An-

---

<sup>174</sup> Cfr., 21 maggio 2009, n. 40499, in *CED Cassazione penale 2009*.

<sup>175</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 44.

<sup>176</sup> Così ID., *Il processo “alle intenzioni” per abuso d'ufficio*, cit., 251.

<sup>177</sup> Cfr. Cass., 28 settembre 2017, n. 57914, in *Dejure*, dove si legge: «la macroscopica illegittimità dell'atto non può essere ritenuta in maniera apodittica e parziale ma deve costituire il risultato di una ponderata valutazione del complessivo comportamento dell'agente e di tutte le risultanze processuali che a detto comportamento si riferiscono e con le quali il giudice del merito è tenuto a confrontarsi [...]» e Cass., 21 aprile 2017, n. 28608, in *Dejure*: «in tema di abuso d'ufficio, la prova dell'intenzionalità del dolo esige 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 [...]».

<sup>178</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 190.

che in una nota pronuncia del 2017, in cui la Cassazione è arrivata ad annullare la sentenza di appello, che aveva condannato l'imputato per abuso d'ufficio proprio in considerazione dell'omessa motivazione sull'intenzionalità del dolo, essa non ha messo in discussione l'impostazione accolta fino ad allora e si è limitata a ribadire la centralità degli indici elaborati, sottolineando come il soggetto favorito fosse nel caso specifico privo di relazioni con l'agente<sup>180</sup>.

Come è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza, per la sussistenza del dolo richiesto non è sufficiente la consapevolezza che dalla propria condotta deriverà come risultato accessorio il danno altrui o l'ingiusto vantaggio patrimoniale<sup>181</sup>.

In questa prospettiva, si afferma che il dolo intenzionale viene meno nel caso in cui il soggetto attivo agisca nel perseguimento dell'interesse pubblico che gli è stato affidato: il dolo di danno o di vantaggio cessa di essere intenzionale per assumere la qualifica di mero dolo diretto o eventuale<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> In un altro arresto (Cass., 5 luglio 2018, n. 43287, in *Dejure*), infatti, si legge che la prova del dolo intenzionale non richiede l'accertamento di un accordo collusivo con la persona che si intende favorire, ma «può essere desunta anche da altri elementi, quali, per esempio, la macroscopica illegittimità dell'atto compiuto, ovvero l'erronea interpretazione di una norma amministrativa, il cui risultato si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire frutto di una decisione arbitraria». Nello stesso senso: Cass., 17 aprile 2018, n. 34540, in *Dejure* e, più di recente, Tribunale Lecce, 22 febbraio 2020, n. 709, in *Dejure*, nonché, in termini non troppo dissimili, Cass., 8 giugno 2022, n. 30586, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20220803/snpn@s30@a2022@n30586@tS.clean.pdf>. Cfr. F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 44.

<sup>180</sup> Cass., 11 ottobre 2017, n. 46788, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 246. La sentenza riguarda la condotta di un agente (comandante dei Carabinieri di un piccolo Comune) che aveva omesso di sanzionare l'automobilista che stava circolando senza copertura assicurativa.

<sup>181</sup> Cass., 8 gennaio 2020, n. 12974, in *CED Cassazione penale 2020*; Cass., 20 aprile 2011, n. 34116, in *CED Cassazione penale 2011*; Cass., 20 settembre 2002, n. 34264, in *Cass. pen.*, 2003, 2651.

<sup>182</sup> *Ex plurimis*, tra le più recenti, cfr. Cass., 5 maggio 2021, n. 20789, in *Dejure*. Come rileva A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 268, se non ci si accontenta di pre-

Come abbiamo già avuto modo di ricordare, però, l'accertamento del dolo, già complesso, si complica ulteriormente in caso di perseguimento di interessi pubblici e privati insieme. La Corte costituzionale – che è stata chiamata a pronunciarsi su questa specifica questione – ha qualificato come erronea la ricostruzione del diritto vivente in materia di dolo nel reato di abuso d'ufficio che era stata effettuata dal remittente, evidenziando che la Cassazione non aveva mai affermato prima che la mera compresenza di una finalità pubblicistica bastasse a escludere il dolo previsto dalla norma, essendo invece necessario che la finalità pubblica fosse perseguita come obiettivo principale<sup>183</sup>.

Il giudice ha un compito assai arduo che ancora una volta viene reso più ostico dalla scarsa determinatezza della nozione di interesse pubblico affidato all'agente: deve stabilire quale finalità abbia perseguito il soggetto attivo, se essa possa dirsi effettivamente pubblica e, soprattutto, in caso di plurime finalità, quale sia stata la finalità principale, visto che l'intenzionalità non coincide, come abbiamo visto, con l'esclusività<sup>184</sup>.

Guardando agli esiti di tale operazione ermeneutica, come si può forse intuire, le finalità pubbliche – legittimamente affidate all'agente – il cui perseguimento ha fatto escludere la sussistenza del dolo intenzionale sono state le più disparate tra loro. Si può ricordare il sindaco che aveva rilasciato un'autorizzazione edilizia in violazione della normativa urbanistica sul risanamento del centro storico, allo scopo di favorire il recupero di abitanti nella zona del borgo che si stava spopolando<sup>185</sup>, e il sindaco di un comune sito in zona turistica che aveva rilasciato un certificato di abitabilità e di agibilità di un complesso turistico in violazione delle norme in materia urbanistica e sanitaria, allo scopo di perseguire il fine pubblico di assicurare la stagione turistica del comune che fondava la sua economia esclusivamente sul turismo<sup>186</sup>; nonché il presidente del municipio che, per far fronte alle esigenze abitative di famiglie colpite

---

sunzioni, può accadere spesso che questa situazione si verifichi (e quindi che non si verta in un'ipotesi di dolo intenzionale o comunque che il dolo non sia provato).

<sup>183</sup> Cfr. Corte cost., 28 giugno 2006, n. 251 (ord.), cit., 3. L'eccezione era stata formulata in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

<sup>184</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 170.

<sup>185</sup> Cass., 8 ottobre 2003, n. 708, in *Riv. pen.*, 2004, 715.

<sup>186</sup> Cass., 22 novembre 2002, n. 42839, in *Cass. pen.*, 2003, 2650.

da provvedimenti di sfratto, aveva assegnato loro con ordinanze illegittime delle case di abitazione<sup>187</sup> e, almeno ipoteticamente, la dirigente scolastica che aveva attribuito l'incarico di insegnamento a un docente specifico, senza rispettare le norme che definiscono la modalità di conferimento delle supplenze, per agevolare la scuola sul piano organizzativo<sup>188</sup>.

Nel caso di presenza solo concomitante di un interesse pubblico, pur davanti alle difficoltà probatorie amplificate da questo schema logico, la Cassazione ha ritenuto effettivamente necessario andare a verificare, per escludere il dolo intenzionale, «quando il soddisfacimento degli interessi pubblici prevalga sugli interessi privati», potendo esso dirsi integrato, invece, «qualora il fine pubblico rappresenti una mera occasione o un pretesto per occultare la commissione della condotta illecita»<sup>189</sup>. Oltre ad assumere, a tratti, una portata eticizzante<sup>190</sup>, anche da questo punto di vista il panorama appare davvero complesso e contraddittorio, rischiando alla fine di produrre effetti disincentivanti nella ricerca delle soluzioni amministrative più adatte alle esigenze di interesse pubblico.

Basti ricordare che, con riferimento alla vicenda relativa alla violazione delle prerogative costituzionali realizzata da un magistrato e dal suo consulente che avevano acquisito e trattato i dati relativi ai tabulati delle utenze telefoniche di alcuni parlamentari senza autorizzazione della Camera di appartenenza – vicenda dalla quale è scaturita una sen-

<sup>187</sup> Cass., 25 settembre 2007, n. 38259, in *Riv. pen.*, 2008, 152.

<sup>188</sup> Cass., 27 agosto 2013, n. 46151, in *Diritto e Giustizia online*, 19 novembre 2013. In questo caso la sentenza di condanna è stata annullata per carenza motivazionale.

<sup>189</sup> Cass., 26 febbraio 2013, n. 13735, in *CED Cassazione penale 2013*. Nello stesso senso, quanto al principio di diritto: Cass., 19 dicembre 2011, n. 7384, in *CED Cassazione penale 2011*; Cass., 17 marzo 2016, n. 31865, in *CED Cassazione penale 2016*. Cfr. sul punto F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 41.

<sup>190</sup> Così A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 335, contrario rispetto alla ricostruzione del dolo come dolo intenzionale. E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 361 ritiene che la tesi della natura esimente dell'abuso commesso al fine di soddisfare un interesse pubblico non convinca sul piano politico-criminale: sembra tradursi nel criterio per cui deve negarsi il dolo se si agisce “a fin di bene”.



tenza di legittimità che abbiamo già ricordato<sup>191</sup> – il giudice di primo grado era arrivato a ritenere sussistente il dolo intenzionale<sup>192</sup>, con condanna degli imputati, in una situazione molto dubbia<sup>193</sup>. La motivazione offerta dal Tribunale di Roma – che la Cassazione ha mostrato di condividere – si soffermava sul momento in cui gli imputati avevano acquisito piena consapevolezza della carica parlamentare dell'utente, ma non offriva molti elementi per comprendere se l'evento, e quindi il danno ingiusto, fosse stato perseguito dagli imputati come finalità unica o principale della propria condotta o se prevalesse invece la finalità investigativa, asseritamente esclusa<sup>194</sup>.

In un altro caso, pur rilevando la compresenza di una finalità pubblicistica che pare essere legata alla necessità di assicurare una corretta gestione del denaro pubblico, la Suprema Corte ha escluso che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente. All'imputata era stato contestato di avere, abusando delle funzioni di Presidente di una Provincia, indotto il responsabile provinciale del Settore Servizi Sociali a sospendere il pagamento delle rette degli studenti ospiti di un convitto a causa di una *mala gestio* comprovata, con l'obiettivo principale, effettivamente conseguito, di ottenere le dimissioni della retrice e la nomina al suo posto di una persona a lei gradita per motivi di vicinanza politica<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> Cass., 22 settembre 2016, n. 49538, cit., con la quale la sentenza di assoluzione dal reato di abuso d'ufficio, pronunciata in appello, è stata annullata con rinvio al solo giudice civile per l'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico, atteso il decorso del termine di prescrizione del reato.

<sup>192</sup> Tribunale di Roma, 8 ottobre 2014, n. 13980, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1413453814Sent%20De%20Magistris.pdf>.

<sup>193</sup> A. DE VITA, *Il caso "De Magistris - Why not": non convince la configurazione del dolo intenzionale. Equivoci e contraddizioni su dolo di condotta e dolo d'evento nell'abuso d'ufficio*, in [https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1413455515DE%20VITA\\_2014a.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1413455515DE%20VITA_2014a.pdf).

<sup>194</sup> Cfr. *ivi*, 5, «i giudici sostengono anche che tale conoscenza del traffico telefonico non era fine a sé stessa ma sarebbe stata utilizzata per "incrociare" le risultanze con altri dati investigativi».

<sup>195</sup> Cass., 5 maggio 2015, n. 23019, in *CED Cassazione penale 2015*. Nello stesso senso cfr. Cass., 22 febbraio 2018, n. 15166, in *Dejure*, con riferimento a un'ipotesi di rilascio del permesso di costruire in violazione della disciplina urbanistica sulla localiz-

Al contrario, la Corte di Cassazione non ha ritenuto sufficiente per la sussistenza del dolo intenzionale la formulazione di un bando di concorso pubblico operata in modo tale da assicurare la vittoria di uno specifico candidato grazie alla richiesta di requisiti posseduti solo da lui – in particolare valorizzando l’esperienza rispetto ai titoli di studio – rappresentando l’evento ingiusto il risultato accessorio della condotta. La scelta del profilo infatti è stata ritenuta rispondente alle precise esigenze dell’amministrazione comunale in cui vi era la necessità di risolvere una situazione di conflittualità venutasi a creare nel corpo dei vigili urbani<sup>196</sup>.

Di fronte alla normale coesistenza del perseguimento di interessi pubblici e di interessi particolari, la cui comparazione compete all’amministrazione nell’esercizio della struttura procedimentale del potere amministrativo<sup>197</sup>, la gestione prasseologica delle indicazioni astratte offerte dalla Consulta e dalla giurisprudenza di legittimità ci sembra molto delicata e il “processo alle intenzioni” per abuso d’ufficio diventa un terreno, scivolosissimo, su cui testare la tenuta della norma sul piano processuale<sup>198</sup>. Certo, in teoria, sussistendo spesso la volontà di conseguire un obiettivo funzionale agli scopi dell’azione amministrativa, si può dubitare del fatto che si possa mai integrare il dolo intenzionale<sup>199</sup>, ma lo sguardo alla prassi ci mostra invece che non è così e, soprattutto, come, in concreto, la verifica processuale del perseguimento di una finalità pubblica prevalente traccimi nella valutazione della congruità della decisione amministrativa rispetto all’interesse pubblico da soddisfa-

---

zazione degli istituti scolastici: la Cassazione ritiene che prevalga lo scopo di arrecare un vantaggio al privato, senza dare alcun rilievo al fatto che al provvedimento era stata apposta una condizione che imponeva la vendita alla Provincia al fine di rendere definitivo l’interesse pubblico all’acquisizione della sede scolastica. Sul punto, in termini critici, cfr. B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., 120 ss.

<sup>196</sup> Cass., 17 novembre 2009, n. 4979, in *Cass. pen.*, 2010, 3450 ss.

<sup>197</sup> S. PERONGINI, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 192.

<sup>198</sup> Cfr. F. COPPOLA, *Il processo “alle intenzioni” per abuso d’ufficio*, cit., 256 ss.

<sup>199</sup> A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d’ufficio*, in *Sist. pen.*, 4, 2021, 8.

re, che lo stesso giudice penale è chiamato a ritenere rilevante nel contesto di riferimento<sup>200</sup>.

Pare allora legittimo chiedersi, come è stato peraltro fatto, se l'esito del processo non dipenda principalmente dalla diversità di atteggiamento che il giudice penale assume a seconda che percepisca o meno la presenza di un rischio serio di interferenza del processo penale sull'azione amministrativa, che nella realtà si scontra con la complessità della cura in concreto dell'interesse pubblico<sup>201</sup>.

#### *6. La violazione di specifiche regole di condotta da cui non residuino margini di discrezionalità nella giurisprudenza successiva alla riforma*

Ci siamo già soffermati sui discussi contenuti della “rassicurante” riforma del 2020, ricordando come gli obiettivi presi di mira fossero del tutto simili a quelli del precedente intervento del 1997.

Nonostante qualcuno abbia addirittura ipotizzato che la riformulazione della prima parte dell'abuso d'ufficio abbia potuto determinare l'*abolitio criminis* di tutti i fatti di abuso d'ufficio commessi per violazione di legge, prima della riforma<sup>202</sup>, non molto tempo dopo l'emanazione del Decreto semplificazioni si è assistito all'emergere di alcuni orientamenti giurisprudenziali di segno contrario che per molti aspetti sembrano ripercorrere gli arresti più significativi che avevano caratterizzato il periodo precedente, tradendo in parte le aspettative di contenimento degli spazi di sindacato giudiziale dell'attività pubblica che erano state riposte nell'intervento normativo<sup>203</sup>. Come andremo ora a

---

<sup>200</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un “ritorno”*, cit., 420.

<sup>201</sup> B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., 119 s. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 193 ritiene che la tesi secondo la quale la compresenza di una finalità pubblicistica non sia idonea a escludere il dolo intenzionale vada contrastata.

<sup>202</sup> G. GRASSO, *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, cit., 20.

<sup>203</sup> Così A. MELCHIONDA, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 12.

vedere, la Cassazione è riuscita a ricondurre nuovamente alla nozione di abuso d'ufficio le violazioni mediate e, a volte, sia lo sviamento di potere sia la violazione dell'art. 97 Cost., per poi intraprendere nuovi percorsi interpretativi suggeriti dalla nuova formulazione del reato.

Anche se, in qualche arresto, ha rigorosamente confutato l'ipotesi di inclusione nel tipo, attraverso il fenomeno della eterointegrazione o violazione mediata di norme di legge, della violazione di norme subprimarie e/o meramente procedurali, precisando che le regole devono essere specificamente disegnate dalla legge in termini completi e puntuali<sup>204</sup>, la Cassazione è arrivata, in molti altri, ad affermare un principio opposto, che recupera la rilevanza dei regolamenti o degli atti amministrativi generali (strumenti urbanistici) attraverso la via della violazione mediata di legge<sup>205</sup>, non espressamente vietata dal legislatore del 2020.

In un'occasione, a essere precisi, si è ribadita la necessità che la norma di legge violata si conformi ai canoni della tipicità e tassatività pro-

---

<sup>204</sup> Cass., 9 dicembre 2020, n. 442, in *CED Cassazione penale 2021*. Per un'analisi della sentenza cfr. C. PAGELLA, *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio a opera del "decreto semplificazioni"*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-442-cassazione-abuso-ufficio-abolitio-criminis-decreto-semplificazioni> (19 maggio 2021); A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 5 ss.; A. PICARDI, F. GUIDA, *L'abuso d'ufficio. Ambivalente fattispecie tra genericità dell'addebito, a perimetro delineato dal diritto vivente, e "paura della firma"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, 154 ss.

<sup>205</sup> Così Cass., 8 settembre 2020, n. 26834, in *Dejure e Cass.*, 17 settembre 2020, n. 31873, in *Cass. pen.*, 2021, 488 (secondo la quale ci si trova in presenza della violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, visto che «l'art.12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi e il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a osservare nel rilascio del permesso a costruire»). Nello stesso senso: Cass., 6 aprile 2022, n. 13148, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., 23 febbraio 2022, n. 13139, in *Dejure*; Cass., 8 giugno 2022, n. 30586, cit. In questa prospettiva gli strumenti urbanistici rappresentano solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica. Cfr. sul punto G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit., par. 4.1; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 13 s.; V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 10 s.

pri del precetto penale, potendosi ammettere solo un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria, che si inserisca «nel nucleo precettivo desumibile dalla norma primaria»<sup>206</sup>. Sembrerebbe quasi che qui si sia qualificato l'art. 323 c.p. come norma penale in bianco, almeno parzialmente<sup>207</sup>, ma la pronuncia non può essere sopravvalutata poiché, nel caso di specie, essendo ravvisabile una diretta violazione di norma di legge che già conteneva integralmente il precetto, non sarebbe stato necessario ricorrere allo schema della violazione mediata.

In conclusione su questo aspetto possiamo dire che, come già illustrato, l'orientamento favorevole alla violazione mediata, se formulato

---

<sup>206</sup> M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 19. Cfr. Cass., 16 febbraio 2021, n. 33240, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), dove infatti si legge: «ciò che tuttavia pare rilevante è che la norma di legge violata, nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi, come appunto nel caso di specie, ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria che si risolve, si è fatto acutamente notare in dottrina, solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria». Il problema della violazione mediata (che costituiva in realtà nella specie un falso problema, in quanto era ravvisabile una diretta violazione di legge che già conteneva integralmente il precetto) si poneva, qui, rispetto alla violazione di legge di cui all'art. 7 del d.lgs. 165/2001, che prevede che l'Amministrazione possa affidare incarichi individuali solo a soggetti esterni dotati «di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria», in quanto i giudici di merito avevano valorizzato un regolamento comunale (pur non espressamente richiamato dal decreto legislativo 165/2001) per specificare cosa dovesse intendersi per «specializzazione anche universitaria». Su questa pronuncia cfr. C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio e violazione di norme regolamentari: la Cassazione delinea i limiti di ammissibilità dello schema della "eterointegrazione"*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-33240-abuso-ufficio-violazione-regolamento-eterointegrazione> (9 dicembre 2021), che ne ravvisa diverse criticità. Preme rilevare come nel caso di specie sussistesse comunque anche una violazione dell'obbligo di astensione e come la violazione dell'art. 7 d.lgs. 165/2001 assumesse un significato decisivo anche per la qualificazione come ingiusto del vantaggio conseguito dalla persona favorita (senza averne i requisiti).

<sup>207</sup> Così cfr. C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio e violazione di norme regolamentari: la Cassazione delinea i limiti di ammissibilità dello schema della "eterointegrazione"*, cit., N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 16, per esempio, propendendo per la tesi della norma penale in bianco, richiede che la norma di legge violata si conformi ai canoni della tipicità e della tassatività.

senza le puntualizzazioni da ultimo ripercorse, presenta il grosso limite di non farsi carico delle esigenze di determinatezza che dovrebbero caratterizzare i precetti penali, vista la complessità ed eterogeneità delle norme che regolano il funzionamento della pubblica amministrazione e che potrebbero assumere rilevanza nella molteplicità dei casi che si possono verificare<sup>208</sup>.

Dall'altro lato, però, non possiamo non considerare che molto difficilmente la fonte primaria contiene regole specifiche dell'azione amministrativa, anche in forza della tendenza alla delegificazione che caratterizza il diritto pubblico. Una rigida adesione all'indirizzo più restrittivo, «per quanto in linea con la costruzione lessicale del precetto, lo finirebbe all'inapplicabilità»<sup>209</sup>.

Vista la presenza nella disposizione dell'avverbio “espressamente”, si potrebbe richiedere invece che il rinvio alla fonte sotto-ordinata, che concretizza e specifica la regola generale, sia esplicito e univoco. Già a livello legislativo dovrebbe essere ben individuata la normazione sub-legislativa oggetto di richiamo<sup>210</sup>.

Ma veniamo ora a considerare gli orientamenti che si sono formati sul tema della discrezionalità successivamente alla riforma. Non manca qualche pronuncia che nega, in linea generale, che la nuova formulazione consenta di far rientrare nella sfera del penalmente rilevante – per violazione di legge – gli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità tecnica, «a meno che la regola tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e “rigida”»<sup>211</sup> e che addirittura

<sup>208</sup> Cfr. sul punto A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 4 s.

<sup>209</sup> A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 19.

<sup>210</sup> Cfr. G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: “fine di un amore tormentato”?*, cit., 9 ss.; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?* *Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 7 s.

<sup>211</sup> Cass., 1 febbraio 2021, n. 14214, in *Guida al diritto*, 17, 2021: «In tema di abuso d'ufficio, come riformato dall'articolo 23 del decreto legge 76/2020, convertito con modificazioni in legge 120/2020, sono stati espunti dalla sfera del penalmente rilevante gli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità tecnica, pertanto il giudizio delle commissioni esaminatrici (nella specie sul merito della produzione scientifica di un candidato) non è più suscettibile di integrare la fattispecie tipica, a meno che la

sottolinea la necessità di mantenere ferma l'insindacabilità del “nucleo valutativo” del giudizio tecnico, o qualche decisione che, almeno, va alla ricerca della violazione di una regola specifica da cui non residui un margine di discrezionalità, ravvisandola per esempio nell'obbligo di espletare le procedure di mobilità prima di utilizzare la procedura concorsuale per la copertura di posti vacanti in organico<sup>212</sup>. Altri arresti, che toccano da vicino il tema della discrezionalità, si collocano tuttavia senza grossi ripensamenti nel solco della tradizione, almeno astrattamente.

La Cassazione, in un paio di sentenze in cui ha sotto altro aspetto condiviso un indirizzo rigoroso nella definizione della portata dell'*abolitio* conseguita alla riforma<sup>213</sup>, non ha mancato di puntare nuovamente le luci sullo sviamento di potere, che opera in un contesto ontologicamente caratterizzato dalla presenza della discrezionalità, ma che secondo taluno – per le ragioni ripercorse nel primo capitolo – dovrebbe continuare a rilevare, visto che l'abuso d'ufficio e il sindacato sulla discrezionalità, nei termini predetti, costituiscono un «binomio indissolubile»<sup>214</sup>. Sa-

regola tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e “rigida”, di fonte primaria, permanendo tuttavia anche in tal caso l'insindacabilità del “nucleo valutativo” del giudizio tecnico». Come ben rileva N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 12, peraltro, è improbabile che questa regola di comportamento, specifica e rigida, sia di fonte primaria.

<sup>212</sup> Cass., 17 giugno 2021, n. 33755, in *Dejure*, ove la disposizione, con le caratteristiche richieste, è stata individuata nell'art. 30 c. 2-bis d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, precisando altresì, sotto il diverso profilo della doppia ingiustizia, che la candidata favorita non avrebbe ottenuto l'incarico retribuito senza lo stravolgimento della regola di assunzione del nuovo personale.

<sup>213</sup> Come ricordato, si tratta della sentenza che ha precisato come la riforma abbia sottratto al giudice penale «l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione [...])»: Cass., 9 dicembre 2020, n. 442, cit. e della sentenza Cass., 18 maggio 2022, n. 21643, in [https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/abuso-d-ufficio-solo-atti-contrari-condotte-specifiche-individuate-norme-legge-AEjxhRdB?cmpid=nl\\_ntDiritto](https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/abuso-d-ufficio-solo-atti-contrari-condotte-specifiche-individuate-norme-legge-AEjxhRdB?cmpid=nl_ntDiritto).

<sup>214</sup> A. MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, cit., 7; R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, cit., 58; M. GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice*

rebbe questa una strada irrinunciabile per ricondurre al reato le forme patologiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>215</sup>.

In entrambi i casi, la Suprema Corte fonda le sue considerazioni sulla teoria – non del tutto intellegibile a questo scopo<sup>216</sup> – dei limiti interni ed esterni della discrezionalità, rilevando come solo la violazione dei limiti esterni – e non dei limiti interni e quindi del “cattivo uso” della discrezionalità amministrativa – permetterebbe di configurare lo sviamento di potere, integrando il reato<sup>217</sup>. Per tale via si verterebbe in

*penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 160; 163. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 25 ricorda che la discrezionalità è inseparabile dall'esercizio del potere.

<sup>215</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 94 s.

<sup>216</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, 166, per esempio, esclude che il pubblico interesse costituisca il limite, interno o esterno, al potere discrezionale. Come egli afferma, «non esistono di tali limiti». Il limite esterno deriva piuttosto da una norma di legge e la sua trasgressione dà luogo a una violazione di legge. A. CRISMANI, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)*, cit., par. 3, ricorda che i limiti interni ed esterni erano stati elaborati dalla giurisprudenza per riferirsi alla giurisdizione, ma il tema è complesso ed è difficile fornire un criterio distintivo tra i due tipi di limiti.

<sup>217</sup> Cass., 9 dicembre 2020, n. 442, cit. Il caso è quello di un Commissario straordinario e Direttore generale di un'Azienda Ospedaliera che aveva dequalificato il Servizio Prevenzione e Protezione da struttura complessa a struttura semplice, così demansionando il suo Direttore e cagionandogli un danno consistente non solo nella perdita della indennità di posizione, ma altresì nella sottoposizione gerarchica al dirigente del Servizio tecnico. La Corte di Cassazione, però, ha riconosciuto che la scelta dell'imputato costituiva esercizio del potere discrezionale di riorganizzare l'assetto dell'Azienda ospedaliera e rispondeva all'interesse pubblico di sanare una situazione consolidatasi nel tempo ma viziata da illegittimità, in quanto mai sancita formalmente (era mancata una formale investitura a struttura complessa); non vertendosi in ipotesi di conflitto di interessi o di distorsione dai fini pubblici perseguiti dall'ente, l'atto di riorganizzazione rientrava tra le scelte di merito ora (sic!) sottratte al sindacato del giudice penale e la sentenza di condanna impugnata veniva annullata “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”. Nello stesso senso: Cass., 18 maggio 2022, n. 21643, cit. In senso contrario cfr. invece Cass., 10 giugno 2022, n. 28402, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=../20220719/snpn@s60@a2022@n28402@tS.clean.pdf>, che – ancora una volta in modo sfuggente – pare correttamente escludere che il limite dello sviamento di potere, che secondo la



un'ipotesi di distorsione funzionale dai fini pubblici con il perseguimento, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, di interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per cui il potere discrezionale è stato attribuito. Al di là della distinzione tra limiti interni ed esterni, il ritorno al passato è chiarissimo e desta ben più di una perplessità<sup>218</sup>. È ben difficile ipotizzare che il fine riesca a riempire di contenuto la condotta, al punto da non far residuare margini di discrezionalità, e quindi che si possa rimanere per tale via nei limiti tracciati dal campo semantico dei termini utilizzati dalla nuova disposizione<sup>219</sup>.

Ciò che, in queste pronunce, la Cassazione esclude dall'ambito di applicazione della norma, dopo la riforma, è soltanto il merito amministrativo, ovvero ciò che non sarebbe stato necessario espungere neppure con la riforma del 1997<sup>220</sup>, che infatti si era scagliata contro l'eccesso di potere. Sebbene la Suprema Corte affermi il contrario, così, sotto questo profilo non possiamo dire di aver assistito a un effetto abolitivo: il merito amministrativo era (o almeno avrebbe dovuto essere) e rimane insindacabile.

Perché, allora, i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario dilungarsi sullo sviamento di potere in un caso in cui l'imputato (oggi come prima della riforma, almeno secondo l'orientamento più diffuso)

---

Corte territoriale sarebbe connaturato all'azione amministrativa, trovi riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.

<sup>218</sup> In termini critici cfr. B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit., 4. N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 14, invece, ritiene che non si tratti di interpretare la norma in vista dei fini per cui il potere è attribuito al pubblico agente, ma di accertare la difformità dell'atto o del comportamento al cospetto di un parametro legale preciso, e in questo senso parla di "eccesso di potere estrinseco"; cfr. anche L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021, 166. Secondo A. PICARDI, F. GUIDA, *L'abuso d'ufficio. Ambivalente fattispecie tra genericità dell'addebito, a perimetro delineato dal diritto vivente, e "paura della firma"*, cit., 161, l'alterazione funzionale dei fini pubblici continuerà a essere penalmente rilevante.

<sup>219</sup> G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 22.

<sup>220</sup> Cfr. G. VICICONTE, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2021, 50 ss.

aveva agito proprio nel margine di discrezionalità amministrativa sottratto al sindacato di rilievo penale?

Per riaffermare a ogni costo la vitalità dell'abuso d'ufficio in presenza di attività discrezionali; per ribadire la possibile rilevanza penale delle forme di esercizio arbitrario di tali poteri<sup>221</sup>, ci sembra di poter dire.

Merita di essere ricordato un ulteriore orientamento, molto interessante, che ha fatto capolino nella giurisprudenza di legittimità, nel tentativo di ritagliare alla fattispecie di abuso d'ufficio riformata nel 2020 uno spazio applicativo ragionevole, in particolare per quanto attiene all'interpretazione della nuova locuzione "specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Oltre a sottolineare la rilevanza di specifiche regole di condotta che definiscono un potere integralmente vincolato in origine, di recente la Cassazione ha affermato che permane la punibilità *ex art. 323 c.p.* delle condotte astrattamente discrezionali ma vincolate in concreto per scelte precedenti compiute dal funzionario: laddove quindi la violazione della regola di condotta intervenga in un momento del procedimento in cui è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è ormai espressione di un potere caratterizzato dall'essere privo, in concreto, di qualsivoglia margine di discrezionalità<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Cfr. sul punto A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 7 ss. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 39 s., forzando i limiti della disposizione e negando che si verta in un'ipotesi di applicazione analogica *in malam partem*, ritiene addirittura che lo sviamento di potere violi una regola di condotta connotata da specificità e assenza di discrezionalità; che il controllo del giudice penale investa un aspetto vincolato dell'esercizio del potere. C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, cit., 175 parla di un «eterno ritorno».

<sup>222</sup> Cass., 28 gennaio 2021, n. 8057, in *Foro it.*, II, 2021, 225 ss. Come rileva, alla luce della motivazione offerta dalla Corte, M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 15, la conclusione è stata desunta anche dalla annullabilità dell'atto, ravvisata dalla giurisprudenza amministrativa alla stregua dell'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990, n. 241, nei casi di provvedimento che sia espressione di un potere vincolato in astratto, ma anche in quelli di potere in origine discrezionale, ma divenuto vincolato in concreto (per esaurimento di ogni spazio di discrezionalità). È bene evidenziare, tuttavia, come, al contrario di quanto sostenuto dai giudici di legitti-

Il caso che vede come protagonista il responsabile della polizia municipale che aveva affidato a una società l'incarico per il servizio di misurazione della velocità media dei veicoli lungo la statale senza ricorrere a una procedura a evidenza pubblica ricorda, per certi versi, quello deciso più di dieci anni prima dalla Cassazione, in cui si era affermato che l'assegnazione a ditte private dell'appalto per l'installazione e la gestione, nei territori comunali, degli apparecchi autovelox integrava il reato di abuso d'ufficio per violazione dell'art. 97 Cost. proprio laddove il valore della gara era stato determinato in funzione degli incassi, futuri e incerti, delle infrazioni che gli operatori delle ditte aggiudicatrici avrebbero rilevato, invece che del costo giornaliero connesso all'installazione, manutenzione e servizi accessori degli strumenti<sup>223</sup>.

L'esito della vicenda affrontata dalla Suprema Corte nel 2021 è però complesso. Dietro a un principio di diritto che per taluni aspetti si può astrattamente condividere, ma che potremo comprendere meglio una volta analizzate alcune nozioni di diritto amministrativo, si nasconde infatti una soluzione che non sembra del tutto coerente<sup>224</sup>, anche in considerazione del fatto che nel caso di specie non ci si trovava in presenza di una norma che lasciava spazio alla discrezionalità intesa come pon-

---

mità, la legge sul procedimento amministrativo circoscrive i motivi che possono condurre all'annullabilità dell'atto, anche laddove questo sia formalmente viziato, richiedendo al giudice di non annullare (e non di annullare) il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; ciò può avvenire, secondo la giurisprudenza, sia in quanto il provvedimento sia vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità (e quindi il provvedimento sia divenuto vincolato in concreto): cfr. sul punto A. MERLO, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 2021, 233.

<sup>223</sup> Cass., 24 febbraio 2010, n. 10620, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2, 2010.

<sup>224</sup> Cfr. C. PAGELLA, *La Cassazione "sui margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-8057-2021-abuso-ufficio-discrezionalita> (16 aprile 2001), anche per qualche considerazione critica. Per un'analisi della sentenza cfr. altresì R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, cit., 51 ss.

derazione degli interessi coinvolti nel procedimento, quanto piuttosto della necessità di applicare conoscenze tecnico-specialistiche<sup>225</sup>.

La Cassazione ritiene infatti che la norma violata (art. 125 d.lgs. 163/2006, Codice degli Appalti, nel testo in vigore al momento dei fatti) continui a rilevare anche per l'abuso d'ufficio riformato, visto che il potere doveva nella specie considerarsi vincolato ai risultati di un previo mero accertamento tecnico che l'Amministrazione avrebbe dovuto condurre per determinare il valore dell'appalto, ma pare non considerare nel dettaglio come proprio la determinazione di questo valore, da cui dipende il tipo di procedura da seguire – e nella specie, secondo la Suprema Corte, visto il superamento della soglia dei 200.000 Euro, la necessità di svolgimento di una procedura a evidenza pubblica –, non fosse invece del tutto priva di spazi di discrezionalità tecnica. L'art. 29 del Codice degli Appalti prevedeva soltanto che “il calcolo del valore stimato [...] è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti”, ma, nel caso in questione, al valore per il noleggio delle apparecchiature già definito in modo fisso secondo un canone annuo – da considerarsi anche in base al precedente di legittimità già ricordato – si doveva aggiungere il valore per i presumibili costi di servizio commisurati ai verbali effettivamente contestati. Costi futuri e incerti, perché, pur esistendo agli atti una sorta di “studio sperimentale” che aveva permesso di accertare che il numero dei verbali di contestazione delle norme del Codice della Strada, redatti sulla base di quel sistema di rilevazione della velocità, sarebbe stato “elevatissimo”, rimaneva comunque difficile predire quanti verbali sarebbero stati contestati, e quindi, per quale numero avrebbe dovuto essere moltiplicato il già definito costo di ciascun verbale ai fini di determinare la spesa complessiva.

Se si associa a questo aspetto una sbrigativa argomentazione offerta in tema di doppia ingiustizia<sup>226</sup>, sembra che la giurisprudenza anche in

---

<sup>225</sup> A. MERLO, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, cit., 232.

<sup>226</sup> La Cassazione (Cass., 28 gennaio 2021, n. 8057, cit., 229) rileva infatti come «la palese violazione, da parte dell'imputato, delle considerate regole di condotta avesse finito non solo per determinare un ingiusto vantaggio patrimoniale per l'ente affidatario, ma anche un danno per l'ente comunale, che si era visto costretto ad avviare di-

questa circostanza fatichi a trovare delle soluzioni che siano espressione di un'interpretazione rigorosa dei requisiti richiesti dalla fattispecie riformata; il diritto vivente presenta alcune analogie con quello precedente<sup>227</sup>.

Tali analogie, peraltro, diventano più evidenti ancora in un arresto in cui – andando a mettere in discussione quanto sembra invece pacifico in senso contrario<sup>228</sup>, almeno per una parte cospicua della giurisprudenza – si è arrivati addirittura a riaffermare la rilevanza, ai fini del riformato art. 323 c.p., della violazione dell'art. 97 Cost., quale norma di legge che solo in apparenza conterrebbe canoni di carattere generale, mentre invece, nella parte in cui richiama l'imparzialità, avrebbe natura immediatamente precettiva, «nella misura in cui vieta condotte di attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi»<sup>229</sup>. In questo senso, la disposizione costituzionale esprimerebbe una specifica regola di condotta.

È certo opportuno ricordare che la pronuncia è stata sollecitata a fronte di una richiesta di revoca della sentenza di condanna per abolizione del reato concernente fatti qualificati come abuso d'ufficio, commessi da un sindaco in violazione del solo principio di imparzialità. È quindi intuibile la difficoltà che può aver incontrato la Corte nel considerare gli effetti che avrebbe potuto avere una pronuncia favorevole alla revoca su tutte le sentenze di condanna per abuso d'ufficio per violazione del principio di imparzialità della pubblica amministrazione, passate in giudicato. Se, per questa ragione, la sentenza non deve essere forse sopravvalutata – quanto piuttosto isolata<sup>230</sup> – il varco interpretati-

spendiosi procedimenti per l'annullamento di quel contratto di appalto e per l'invalidazione in autotutela dei numerosi verbali di accertamento per contravvenzioni elevate».

<sup>227</sup> Cfr. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 10 s.

<sup>228</sup> Oltre a Cass., 9 dicembre 2020, n. 442, cit., cfr. sul punto Cass., 8 gennaio 2021 n. 7007, cit., dove si esclude che il fatto descritto nell'imputazione sia suscettibile di integrare il reato di abuso d'ufficio in relazione alla violazione dei principi di trasparenza e imparzialità, non trattandosi di violazioni di regole di condotta vincolanti, dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

<sup>229</sup> Cass., 6 dicembre 2021, n. 2080, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>.

<sup>230</sup> Successivamente, del resto, la Cassazione, uniformandosi ad alcuni precedenti conformi, ha sottolineato che l'art. 97 Cost. non appare più significativo alla luce della novella nel 2020 (nei casi di specie, però, il procedimento penale era ancora in corso), concludendo per la parziale *abolitio criminis*: Cass., 17 febbraio 2022, n. 13136, in <http://www.italgiure>.

vo è stato aperto. Sarebbe stato decisamente preferibile che la Suprema Corte avesse preso atto con coraggio che sul punto è intervenuta una parziale *abolitio criminis*, visto che da quella disposizione – che esprime principi generali (l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione) – non possono ricavarsi espresse e specifiche regole di condotta a carattere vincolante. Il Procuratore generale, del resto, aveva richiesto l'annullamento del provvedimento impugnato con cui il giudice dell'esecuzione aveva rigettato la richiesta di revoca.

Per concludere sul punto è imprescindibile ricordare il ruolo che continua a essere riconosciuto al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto alla violazione di legge, riguarda esclusivamente l'inoservanza dell'obbligo di astensione. A tale riguardo, la Cassazione, nel precisare che la riforma non ha esplicitato alcun effetto su tale modalità di integrazione dell'abuso, ha chiarito altresì che la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale, salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali tuttavia non opera alcuna limitazione alle fonti primarie di legge<sup>231</sup>.

---

*giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snp&id=.*/20220406/snp\_en@s60@a2022@n13136@tS.clean.pdf; Cass., 10 giugno 2022, n. 28402, cit. Cfr. anche Cass., 7 aprile 2022, n. 23794, in [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1657829045\\_abuso-dufficio-n-23794.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1657829045_abuso-dufficio-n-23794.pdf), dove si dà atto della sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di leggi generali e astratte e di norme di principio, come l'art. 97 Cost., prive del requisito della specificità richiesto dall'art. 323 c.p., nella formulazione oggi in vigore, nonché C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: la Cassazione ribadisce la sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di principio*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-23794-abuso-dufficio-cassazione-ribadisce-sopravvenuta-irrilevanza-penale-della-violazione-di-norme-di-principio> (15 luglio 2022). Anche Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, cit., sul punto, ha chiarito che «la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira a impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.».

<sup>231</sup> Cass., 25 agosto 2020, n. 32174, in *CED Cassazione penale 2020*. Cfr. anche Cass., 8 gennaio 2021 n. 7007 (dove si è valorizzato l'obbligo di astensione per come regolato dal d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, art. 7, relativo al Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici) e Cass., 25 febbraio 2021, n. 10067, entrambe in *CED Cassazione penale 2021*. Cfr., tra gli altri, G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit., par. 3.

I parametri di selezione che caratterizzano la nuova “violazione di legge” non si estendono alla condotta di omessa astensione: il conflitto di interessi può essere disciplinato da regole sub-primarie, come è stato ribadito<sup>232</sup>.

L'impressione che si ha allora è che molte condotte di favoritismo, prevaricazione e sfruttamento dell'ufficio relative ad attività discrezionali, che non potranno essere ricondotte alla forma di abuso interessata dalla riforma, secondo le sue letture più rigorose<sup>233</sup>, potranno comunque trovare un'ideale collocazione nell'art. 323 c.p. per omessa astensione, senza troppe forzature<sup>234</sup>. Se, poi, una situazione di conflitto di interessi secondo taluno già basta a rendere ingiusti la condotta dell'agente pubblico e il vantaggio e/o il danno che ne scaturiscono, il quadro che ne esce è quello di un'iper-tutela del bene dell'imparzialità capace di produrre effetti distorsivi<sup>235</sup>.

Prima della riforma del 2020 una dottrina sensibile alle esigenze di garanzia aveva evidenziato come la soluzione preferibile fosse quella di proporre, più che ulteriori modifiche normative, il ricorso a canoni di interpretazione restrittiva della fattispecie di abuso<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 6 ss.

<sup>233</sup> Guardando al passato – ma senza che il principio rilevasse per la decisione dello specifico caso in questione – in Cass., 1 febbraio 2021, n. 14214, in *Dejure*, per esempio, si è affermato che gli atti amministrativi connotati da un margine di discrezionalità tecnica sarebbero stati esclusi senza distinzioni di sorta dalla sfera del penalmente rilevante. Il caso classico, secondo la Suprema Corte, è proprio quello dei giudizi delle commissioni sul merito della produzione scientifica di un candidato. Ciò vale, naturalmente, considerando solo la forma di abuso interessata dalla riforma.

<sup>234</sup> Cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 98.

<sup>235</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 7. Come rileva M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 18, «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)».

<sup>236</sup> Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., *passim*. Per un ripensamento, sul punto, cfr. ID., *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, cit., 235.

Né il legislatore – che ha ritenuto necessario intervenire senza la dovuta ponderazione – né la giurisprudenza hanno tuttavia recepito l’invito, che si mostra sempre meno realistico, anche alla luce della complessità dell’accertamento del nesso di causalità, della doppia ingiustizia e del dolo intenzionale, in relazione alla quale ben poco è cambiato.

L’esperienza che abbiamo maturato dopo la più recente riforma ci mostra, a tratti, lo stesso scenario paradossale che avevamo visto dopo la riforma del 1997, caratterizzato da una certa continuità negli indirizzi applicativi anteriori e successivi all’intervento normativo<sup>237</sup>. Ci mostra molto chiaramente la conferma di una frequente quanto pericolosa tendenza: quando il legislatore tenta di delimitare l’ambito di repressione penale, la giurisprudenza comincia a fargli riguadagnare terreno, colmando le lacune che proprio la frammentarietà presuppone, alla luce delle esigenze repressive del caso concreto, di incombenti “bisogni di tutela”<sup>238</sup>. Più che a un esito legato all’ineliminabile tasso di creatività che caratterizza l’attività interpretativa<sup>239</sup> o alla necessità che il diritto evolva di fronte all’immobilismo della legge, ci sembra qui di assistere, in alcune occasioni, quasi a una prova di forza; a un’ermeneutica innovativa di dubbia legittimità rispetto alla portata semantica della fattispecie<sup>240</sup>; a “un’ermeneutica d’assalto”<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> G. DI VETTA, *L’abuso di ufficio: cronaca di un “ritorno”*, cit., 413.

<sup>238</sup> Cfr. sul punto, molto chiaramente, 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*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, cit., 96 ss.; ID., *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 20. Cfr. anche M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell’abuso d’ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell’art. 323 c.p.*, cit., 104.

<sup>239</sup> Tra gli studi penalistici più recenti cfr. A. MASSARO, *Determinatezza della norma e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, *passim*; A. NISCO, *Profili teorici e sviluppi recenti del principio di determinatezza*, cit., 65 ss.

<sup>240</sup> La formula qui utilizzata ricorda quella di M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 7, che distingue tra ermeneutica innovativa legittima e illegittima. Cfr. anche G. BONGIOVANNI, *Diritto penale e interpretazione: tra principio di legalità e diritto giurisprudenziale*, cit., 53.

<sup>241</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, cit., 5.



Questo è ciò che la storia del reato di abuso d'ufficio ci rende evidente, ma non crediamo che questo sia ciò che debba auspicabilmente avvenire in un sistema democratico<sup>242</sup>, attento alle ragioni della legalità e della certezza del diritto o che quanto meno punti a «un equilibrio tra legalità della legge e legalità effettuale»<sup>243</sup>. Non è un caso che la Corte costituzionale, prima della più recente riforma e proprio con riferimento all'art. 323 c.p., abbia almeno implicitamente richiamato i giudici – che possono sembrare a volte insofferenti verso il principio di legalità<sup>244</sup> – all'obbligo di interpretazioni conformi ai limiti legali del testo<sup>245</sup>. Solo nel rispetto di questi limiti si può evitare il rischio di ridurre la tipicità a una «categoria esangue, incapace di segnare la prima, fondamentale distinzione tra l'illecito penale e l'illecito extrapenale»<sup>246</sup>, svilendo anche la stessa categoria della colpevolezza<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> Cfr. F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 50. M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 15 parla di “insofferenza” della giurisprudenza nei confronti della legalità della legge.

<sup>243</sup> F.C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3, 2016, 12. V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, 29 mette in guardia dallo «scivolamento dalle parole della legge alle ricostruzioni interpretative che ne svisiscono la portata».

<sup>244</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 8.

<sup>245</sup> Cfr. ord. Corte cost. 14 luglio 2016, n. 177, cit., 3585. Cfr. anche 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*, cit., 99.

<sup>246</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 394. L'Autore in quella sede faceva riferimento alla tendenza del legislatore contemporaneo a costruire l'illecito penale mediante concetti non penalistici.

<sup>247</sup> Per una compiuta riflessione cfr. M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 18 ss.

*7. Una digressione, solo apparente, sulla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio nell'attività amministrativa discrezionale*

Per concludere questa rassegna sul diritto vivente, riserveremo qualche cenno al tema della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio in presenza di atti discrezionali per verificare come si accerti tale contrarietà. Gli esiti a cui è giunta buona parte della giurisprudenza più recente, infatti, possono contribuire in chiave critica alle riflessioni che andremo a svolgere più avanti.

È pur vero che buon andamento e imparzialità della P.A., nei rapporti tra quest'ultima e i suoi consociati, in qualche misura possono già astrattamente imporre che il pubblico funzionario non riceva denaro o altra utilità per il compimento dei suoi atti, ma, come anche la giurisprudenza ha chiarito, nella corruzione funzionale l'offesa al buon andamento e all'imparzialità non si manifesta nella forma della lesione, ma solo in quella della messa in pericolo: «la dazione indebita, condizionando la fedeltà e imparzialità del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione», mentre nella corruzione propria «la dazione, essendo connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto»<sup>248</sup>.

La contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio continua a esprimere il fulcro del maggior disvalore della corruzione propria rispetto a quella funzionale introdotta con la l. 6 novembre 2012, n. 190, in sostituzione di quella impropria, ovvero la lesione arrecata con questo reato al buon

---

<sup>248</sup> Cass., 11 dicembre 2018, n. 4486, in *Cass. pen.*, 2019, 3495. Sul punto, con riferimento alla corruzione impropria, cfr. già V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 955. Cfr. altresì V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020, 759. M.O. MANTOVANI, *La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l'art. 318 e l'art. 319 c.p.*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 671 ritiene invece che la corruzione propria antecedente sia un reato di pericolo diretto, mentre l'ipotesi di cui all'art. 318 c.p. costituisca una fattispecie di pericolo indiretto nei confronti dei beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A.

andamento della P.A., che si affianca alla lesione all'imparzialità provocata dal fatto che il pubblico funzionario non si pone in una posizione di terzietà idonea a far valere gli interessi pubblici<sup>249</sup>.

La nozione di atto contrario ai doveri d'ufficio nella corruzione è stata sottoposta dalla giurisprudenza, nel tempo, a forti pressioni espansive<sup>250</sup>, che investono molteplici profili e, tra questi, non da ultimo, anche quello in merito alla sua contrarietà alla legge, soprattutto quando si ha a che fare con atti discrezionali. Accertare quando, in presenza di una corruzione, l'atto discrezionale sia conforme o meno ai doveri d'ufficio – e quindi si applichi l'art. 318 c.p. o l'art. 319 c.p. – non è compito agevole<sup>251</sup>.

Basti ricordare che, fin dalla sentenza della Corte costituzionale (in composizione integrata) relativa allo scandalo Lockheed, è stata ravvisata una corruzione propria anche quando, pur mancando una specifica violazione di legge, la scelta del pubblico agente esprimesse l'esercizio di un potere discrezionale non supportato, per effetto della corruzione, da una valutazione comparativa imparziale degli interessi e quindi in contrasto con gli scopi per cui il potere era stato attribuito<sup>252</sup>; tutte le

---

<sup>249</sup> C.D. LEOTTA, *La corruzione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 236. Cfr. G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 192 ss.; 206: Fornasari ritiene peraltro che non fossero pienamente convincenti le letture che tentavano di ancorare la corruzione impropria antecedente alla tutela di interessi rappresentati nella Costituzione, quando in realtà ciò che si voleva colpire era (ed è) la venalità del soggetto pubblico.

<sup>250</sup> G. LOSAPPIO, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, cit., 174 ss. Come ricorda M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 285, la stessa riforma del 2012 si spiega con la progressiva estensione giurisprudenziale della nozione di atto d'ufficio nel delitto di corruzione propria antecedente.

<sup>251</sup> Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 286 ss.; M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 251 ss.

<sup>252</sup> Corte cost., 2 agosto 1979, n. 221, in <https://www.giurcost.org/decisioni/1979/000s-79.html>. Nel caso di specie il protagonista principale fu l'allora Ministro della Dife-

volte in cui gli agenti pubblici corrotti si fossero impegnati in anticipo «a non esercitare il potere di libero apprezzamento dei contrapposti interessi che è inerente alle loro funzioni»<sup>253</sup>.

Il reato previsto dall'art. 319 c.p. può sussistere anche nel caso in cui si siano gestite operazioni amministrative o si siano emanati provvedimenti legittimi sul piano formale, ma caratterizzati da un comportamento dolosamente parziale dell'agente, conseguenza dell'accordo corruttivo<sup>254</sup>.

Come è stato affermato dalla Suprema Corte, ai fini della qualificazione dell'esercizio del potere discrezionale come "atto contrario ai doveri di ufficio" non assume rilievo scriminante la circostanza che gli atti amministrativi concretamente posti in essere dal pubblico ufficiale abbiano superato il vaglio di legittimità del giudice amministrativo, visto che il superamento del vaglio può derivare dalle concrete modalità di impostazione e di svolgimento del giudizio amministrativo (es. la tipologia dei vizi in esso dedotti), né si può attribuire valore scriminante a un'asserita

rispondenza dell'atto all'interesse pubblico in quanto tale affermazione è un mero postulato, non verificabile dal giudice penale a causa dell'inedoneità, istituzionale e di fatto, del giudizio penale a funzionare come sede di un controllo di effettiva rispondenza dell'atto all'interesse pubblico<sup>255</sup>.

Questo è un passaggio centrale anche ai nostri fini, soprattutto se si considera la pervasiva presenza della verifica del perseguimento dell'interesse pubblico nella valutazione dei presupposti dell'art. 323 c.p.

---

sa. È forse utile ricordare che la Corte costituzionale all'epoca aveva la giurisdizione per i reati commessi dai ministri nell'esercizio delle funzioni.

<sup>253</sup> M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 252.

<sup>254</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, cit., 173; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., 288.

<sup>255</sup> Cass., 26 settembre 2006, n. 38698, in *Dejure*.

A partire da Mani Pulite, la massima che si impone con costanza identifica gli atti contrari ai doveri di ufficio non solo con quelli illeciti, «siccome vietati da atti imperativi o illegittimi, perché dettati da norme giuridiche, riguardanti la loro validità ed efficacia», ma anche con quelli che sono formalmente regolari, ma «prescindono per consapevole volontà del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello, compresi quelli di correttezza e di imparzialità». In questa prospettiva, la corruzione impropria (nella formulazione anteriore alla riforma del 2012), di fatto, si configura solo quando il pubblico agente abbia accettato «una retribuzione per l'unico atto reso possibile dalle sue attribuzioni»<sup>256</sup>; quando, quindi, ci si trovi in presenza di atti sostanzialmente privi di contenuto discrezionale<sup>257</sup>. In difetto si deve ritenere che con l'accettazione della retribuzione l'agente abbia irrimediabilmente perso la propria capacità di orientare la scelta discrezionale secondo l'interesse pubblico<sup>258</sup>.

Vengono ricondotte all'art. 319 c.p. tutte le forme di illecito mercimonio, che non hanno per oggetto un atto contrario ai doveri d'ufficio determinato (o determinabile), come vorrebbe la disposizione, ma la trasgressione di vaghi e generici doveri di imparzialità e correttezza, incapaci di conferire concretezza e riconoscibilità alla scelta incriminatrice<sup>259</sup>.

Anche dopo la legge n. 190/2012, che ha riscritto l'art. 318 c.p. e contribuito a risolvere la difficoltà di dover individuare il singolo atto oggetto di mercimonio – introducendo la corruzione funzionale e tra-

---

<sup>256</sup> I passaggi testuali sono tratti dalla sentenza Cass., 25 settembre 2013, n. 41898, in *Diritto e Giustizia online*, 11 ottobre 2013.

<sup>257</sup> G. LOSAPPIO, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, cit., 176.

<sup>258</sup> S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, cit., 3.

<sup>259</sup> G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 89. Secondo V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 11, è questa un'operazione ermeneutica «limpidamente *praeter legem* penale e, quindi, *contra legem* costituzionale». Cfr. anche C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 199.

sformando la “vendita” dell’atto nella “vendita” della funzione<sup>260</sup> –, la Cassazione ha continuato a qualificare come corruzione propria lo stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi, in presenza di atti discrezionali e non predefiniti<sup>261</sup>. A supporto di questa conclusione vi sarebbero pure ragioni legate ai principi di gradualità dell’offesa, ragionevolezza e proporzionalità della pena<sup>262</sup>.

Con specifico riferimento all’attività discrezionale, come si è cercato di proporre in dottrina, proprio al fine di superare il criterio semplificatorio della c.d. motivazione – secondo il quale, nell’esercizio della discrezionalità amministrativa, la corruzione è sempre propria se il pubblico ufficiale agisce sulla base di una motivazione di compenso anche perché in tale frangente egli già disattende il soddisfacimento dell’interesse pubblico – l’applicazione dell’art. 319 c.p. deve essere esclusa se il contenuto dell’atto è identico a quello che sarebbe stato al-

---

<sup>260</sup> Nel nuovo art. 318 c.p. il legislatore ha utilizzato una formula aperta nella quale l’effetto del patto corruttivo può rifluire sia nel compimento di atti conformi ai doveri d’ufficio sia nel più generico esercizio della funzione amministrativa: *ivi*, 198.

<sup>261</sup> Cass., 5 aprile 2018, n. 29267, in *Cass. pen.*, 2019, 230: «Configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio – e non il più lieve reato di corruzione per l’esercizio della funzione, di cui all’art. 318 c.p. – lo stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all’obiettivo di realizzare l’interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali». In motivazione la Corte ha precisato che il comportamento abdicativo del pubblico ufficiale al dovere di una corretta comparazione degli interessi integrasse di per sé «l’omettere» di cui all’art. 319 c.p., anche nel caso in cui l’esito raggiunto coincidesse *ex post* con l’interesse pubblico. Cfr. anche Cass., 10 settembre 2020, n. 34979, in *CED Cassazione penale 2021*; Cass., 15 settembre 2017, n. 46492, in *Cass. pen.*, 2018, 1527. Cfr. M. PELLISERO, *I delitti di corruzione*, cit., 292 ss., nonché M.O. MANTOVANI, *La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l’art. 318 e l’art. 319 c.p.*, cit., 669, che criticamente afferma che la dialettica fra disposizione e norma, in casi come questo, cessa di assumere una linea fisiologica per seguirne una patologica.

<sup>262</sup> In questa prospettiva, non si giustificerebbe la previsione di un trattamento sanzionatorio più mite per il pubblico funzionario stabilmente infedele, che pone l’intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici, rispetto a quello riservato al pubblico ufficiale che compie per denaro o altra utilità un solo suo atto, ancorché contrario all’ufficio.

l'esito del corretto adempimento delle funzioni<sup>263</sup>, ma in concreto è difficile vedere applicato questo diverso criterio, per le ragioni che in qualche modo abbiamo già considerato nell'esame della giurisprudenza che si è formata sul requisito dell'ingiustizia dell'evento nell'abuso d'ufficio. Non è un caso che, quando i giudici di legittimità hanno mostrato un'apparente adesione a questa soluzione interpretativa in presenza di compravendita di attività discrezionale e di preventiva rinuncia alla valutazione comparativa degli interessi, non hanno mancato di porre in capo alla difesa, in qualche occasione, il gravoso onere di provare la "sicura" identità di contenuto dell'atto, per escluderne la contrarietà ai doveri d'ufficio<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> C.D. LEOTTA, *La corruzione*, cit., 240; M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 252; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., 296. G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., 97 non ritiene sufficiente una qualsiasi divergenza tra l'atto adottato e quello dovuto, ma richiede che l'atto sia apprezzabilmente differente rispetto alla gamma di quelli realizzabili assumendo come unico parametro orientativo l'ottimizzazione dell'interesse pubblico che fonda i limiti del potere discrezionale. Cfr. M. ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1314 ss., nonché R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 77. Per una critica cfr. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 208 s. Come rileva S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, cit., 3, per evidenziare la censurabile tendenza allo slittamento verso un accertamento di carattere soggettivo, esiste un indirizzo che «ravvisa una corruzione "per atto contrario ai doveri" (art. 319 c.p.) ove il pubblico agente accetti una retribuzione privata, con ciò perdendo la capacità di orientare la sua scelta discrezionale secondo l'interesse pubblico, proiettandosi fatalmente verso l'atto contrario ai doveri d'ufficio».

<sup>264</sup> Cass., 4 febbraio 2014, n. 23354, in *CED Cassazione penale 2014*; Cass., 9 luglio 2009, n. 36083, in *CED Cassazione penale 2009*. Cfr. anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 6677, in *CED Cassazione penale 2016*: «Integra il delitto di corruzione propria condotta del pubblico ufficiale che, dietro elargizione di un indebito compenso, esercita i poteri discrezionali spettantigli rinunciando a una imparziale comparazione degli interessi in gioco, al fine di raggiungere un esito predeterminato, anche quando questo risulta coincidere, *ex post*, con l'interesse pubblico, e salvo il caso di atto sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni, in quanto, ai fini della sussistenza del reato in questione e non di quello di corruzione impropria, l'elemento decisivo è costituito dalla "vendita" della discre-

Così, anche la giurisprudenza più recente, che ha cominciato a mostrare delle aperture verso una definizione più rigorosa dei rapporti tra corruzione propria e corruzione per l'esercizio della funzione, reagendo a una diffusa fuga dalla tipicità, non ha comunque offerto criteri di agile applicazione nell'individuazione degli atti contrari ai doveri d'ufficio.

Pur in presenza di atti discrezionali, si è finalmente affermato che

in tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi, realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all'art. 318 c.p. e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio<sup>265</sup>.

L'esistenza di un potere discrezionale non basta quindi a far ritenere integrata la fattispecie di corruzione propria, che, invece, sussiste solo ove sia dimostrata la violazione di una delle regole sull'esercizio del corrispondente potere. La Suprema Corte impone di esaminare la struttura del patto corruttivo per accertare se sia o meno identificabile "a monte" un atto contrario ai doveri di ufficio (o più atti contrari). Nel caso in cui ciò non sia possibile, però, non esclude, come ci si potrebbe attendere, la configurazione dell'art. 319 c.p.<sup>266</sup>, ma chiede di verificare

---

zionalità accordata dalla legge». In questa ipotesi l'indagato, in qualità di Presidente della Commissione medica di verifica presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, aveva ricevuto somme di denaro da un medico legale per far ottenere benefici pensionistici ai pazienti di quest'ultimo. La Cassazione ha ritenuto tuttavia irrilevante, per escludere il reato, la circostanza che, trattandosi di persone affette da gravi patologie, sarebbero stati comunque riconosciuti loro i benefici richiesti.

<sup>265</sup> Cass., 11 dicembre 2018, n. 4486, cit., 3495.

<sup>266</sup> Come rileva M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, cit., 294, se è già individuata, seppure solo nel genere, la tipologia di atti (ragionevolmente contrari ai doveri d'ufficio) che il soggetto dovrà compiere, dovrebbe trovare applicazione l'art. 319 c.p., perché non c'è solo asservimento della funzione, ma una specificazione del tipo di abuso. M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 307 evidenzia che, se il concetto di atto contrario ai doveri d'ufficio coincide con quello di valutazione viziata degli interessi contrapposti e se quest'ultimo viene provato solo attraverso la verifica dell'esistenza di un collegamento sinallagmatico



la condotta del pubblico agente nei settori che interferiscono con gli interessi del corruttore, per comprendere se il funzionario, al di là del caso di violazioni manifeste di discipline cogenti, abbia fatto un buon governo del potere assegnatogli o abbia invece pregiudizialmente inteso realizzare l'interesse del privato corruttore, a fronte di esiti diversi ragionevolmente possibili.

Anche in conseguenza della difficoltà di definire nella prassi quando gli atti possano dirsi illegittimi, per dimostrarci come la compravendita di attività discrezionale porti ancora con sé, di regola, l'applicazione dell'art. 319 c.p., si può proporre l'esempio che la Cassazione – contestando la lettura assai diffusa per cui, una volta concluso l'accordo corruttivo, il successivo esercizio del potere pubblico discrezionale non potrà non essere inquinato dall'interesse privato – ha elaborato per sostenere che si può comunque arrivare ad applicare l'art. 318 c.p. anche in presenza di un atto discrezionale: quello di un privato che si rivolga a un funzionario non per esserne pregiudizialmente favorito, ma per assicurarsi che la valutazione non sia condizionata da pregiudizi in suo danno o da indebite interferenze altrui<sup>267</sup>. Ipotesi, questa, che possiamo tuttavia considerare di verifica piuttosto rara.

Vista la costante complessità del quadro che emerge dall'analisi della giurisprudenza penale quando si trova a confrontarsi con il tema della discrezionalità amministrativa, crediamo sia opportuno operare a questo

tra l'esercizio della funzione e la dazione ricevuta dal privato, l'elemento del collegamento funzionale e quello dell'atto contrario ai doveri si fondono in uno, diventando di fatto un unico elemento costitutivo, con conseguente fuga dalla tipicità della corruzione propria.

<sup>267</sup> Cass., 22 ottobre 2019, n. 18125, in *CED Cassazione penale 2020* (relativa alla nota vicenda giudiziaria di "Mafia capitale"). Nello stesso senso: Cass., 10 novembre 2020, n. 1594, in *CED Cassazione penale 2021*. Per una riflessione sulla complessa valutazione della conformità/contrarietà ai doveri d'ufficio, quando l'illecito mercimonio ha ad oggetto un'attività discrezionale di un soggetto che svolge un incarico politico elettivo sia nell'esercizio della funzione legislativa sia in quella di indirizzo politico (ministri, presidenti di regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali) e sulla tendenza della giurisprudenza a ravvisare comunque la contrarietà degli atti ai doveri d'ufficio per il semplice fatto che il soggetto agente ha perseguito l'interesse del privato cfr. M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 258 ss.

punto una breve incursione in alcune nozioni proprie del diritto amministrativo, che fino a ora abbiamo dato quasi per scontate o proposto solo alla luce delle riflessioni operate dalla dottrina penalistica.

## CAPITOLO TERZO

# ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA DISCREZIONALITÀ E VINCOLATEZZA: QUESTIONI RILEVANTI PER L'ABUSO D'UFFICIO

### DALL'ECCESSO DI POTERE ALLE REGOLE DI CONDOTTA DALLE QUALI NON RESIDUINO MARGINI DI DISCREZIONALITÀ

*SOMMARIO: 1. Un'incursione nel diritto amministrativo: questioni rilevanti per il reato di abuso d'ufficio. 2. Eccesso di potere e sindacato dell'attività discrezionale della P.A. nell'abuso d'ufficio. 2.1. Alcune considerazioni preliminari sull'attività amministrativa nella sua accezione classica. 2.2. Il vizio di eccesso di potere e la sindacabilità giurisdizionale dell'attività discrezionale. 2.3. Lo sviamento di potere come violazione di legge: dalla prospettiva amministrativa a quella penale. Criticità. 3. Attività discrezionale e vincolata della pubblica amministrazione: criteri di differenziazione. 3.1. L'attività della pubblica amministrazione tra vincolatezza e discrezionalità. 3.2. Le peculiarità della discrezionalità tecnica. 4. Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa vincolata e discrezionale: limiti e criticità nella prospettiva del reato di abuso d'ufficio.*

*1. Un'incursione nel diritto amministrativo: questioni rilevanti per il reato di abuso d'ufficio*

Sebbene una parte della dottrina abbia correttamente evidenziato che si devono utilizzare dei canoni penalistici nell'interpretazione dell'art. 323 c.p., proprio con riferimento a questo reato ci sembra imprescindibile instaurare un dialogo tra le scienze giuridiche per lo sviluppo di una riflessione comune. L'ampia fenomenologia di condotte riconducibili all'abuso d'ufficio non attiene unicamente all'area del disvalore penale, ma anche a quella dell'illegittimità amministrativa ed è impor-

tante «verificare la coerenza delle soluzioni proposte rispetto a entrambi i sistemi (quello penale e quello amministrativo)»<sup>1</sup>, prima di procedere, come vedremo, con le necessarie distinzioni. Infatti, anche se a volte in termini critici e per operare dei confronti o dei consistenti distinguo, la dottrina e la giurisprudenza penale si riferiscono con costanza alle categorie del diritto amministrativo nell'esegesi della norma<sup>2</sup>, mentre la dottrina amministrativistica ci ricorda quanto sia importante evitare la contrapposizione tra paradigmi operativi nel medesimo contesto d'azione, per garantire la “sostenibilità” dell'attività del funzionario<sup>3</sup>.

La riforma introdotta nel 2020 ha rafforzato questa tendenza con l'inserimento nella norma di formule proprie del diritto amministrativo che, esportate senza grande ponderazione in un contesto penalistico, stanno ostacolando l'attività dell'interprete. Un approccio interdisciplinare alla questione si fa quindi ancora più urgente.

Il rapporto tra i formanti extrapenalici del tipo e le condizioni della responsabilità penale per abuso d'ufficio non è facile e non riguarda solo l'attività amministrativa della P.A., quanto anche l'attività legislativa e quella giudiziaria, alle quali le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio si estendono. Come abbiamo anticipato, è soprattutto con riferimento alla prima, però, che si sono poste le questioni più

---

<sup>1</sup> A. TRAVI, *La responsabilità penale dei pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso d'ufficio*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, cit., 447. Cfr. anche P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2121.

<sup>2</sup> M. PARODI GIUSINO, *Osservazioni sulle nuove fattispecie di abuso d'ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 189 sottolinea come quella di atto illegittimo, per esempio, sia una nozione tecnica, che non può essere utilizzata in un senso diverso da quello che ha nel diritto amministrativo. A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 23 sottolinea, in termini critici, come, in questa materia, il diritto penale sembri ritornare quasi a un carattere puramente sanzionatorio, in quanto va a sanzionare penalmente alcuni vizi dell'atto amministrativo, anche se questi devono aver cagionato un ingiusto profitto patrimoniale o un danno ingiusto. Cfr. anche L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 9, 54 (che sottolinea il carattere tipicamente normativo dell'abuso di potere); A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 37.

<sup>3</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 236.

complesse che hanno sollecitato un continuo ripensamento della fattispecie e che si è affermata la necessità di presidiare l'autonomia della P.A., ponendo dei limiti al sindacato del giudice penale sull'attività svolta, caratterizzata da margini di discrezionalità più o meno ampi<sup>4</sup>. In questo capitolo ci soffermeremo quindi proprio sull'attività amministrativa.

Chiarito fin dalle battute iniziali di questo lavoro che nel processo penale per abuso d'ufficio il problema della disapplicazione dell'atto amministrativo non assume rilievo, in quanto l'attività amministrativa viene esaminata in via strettamente strumentale all'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie di reato e non in vista della disapplicazione dell'atto illegittimo<sup>5</sup>, andremo a soffermarci su due questioni che ci sembrano particolarmente importanti.

Da un lato, affronteremo il tema dell'eccesso di potere e della possibile rilevanza, per l'abuso d'ufficio, dello sviamento, al quale la giurisprudenza penale fa fatica a rinunciare, nonostante i limiti rigorosi che il giudice penale dovrebbe incontrare nel sindacare l'attività amministrativa, per sottrarsi alla tentazione di indirizzare la discrezionalità. Come abbiamo visto, fin da Manzini, l'abuso/atto arbitrario soggettivo ha svolto un ruolo decisivo e il reato di abuso d'ufficio è stato identificato spesso con la strumentalizzazione funzionale del potere per finalità non consentite, assegnando un ruolo decisivo al movente illecito come chiave di lettura per ricostruire la «torsione finalistica dell'azione amministrativa»<sup>6</sup>. Anche da questa particolare prospettiva, quindi, il tema del controllo del giudice penale sulla legalità della discrezionalità amministrativa ha attraversato in modo costante l'evoluzione della fattispecie di abuso d'ufficio<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Come rileva S. FIORE, *Introduzione*, cit., 10, non è possibile accomunare e nemmeno accostare alla funzione amministrativa i ben diversi piani su cui si dovrebbe svolgere il discorso, se riferito alla funzione legislativa e a quella giudiziaria. Sul punto cfr. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 77 che evidenziava la necessità di affrontare lo studio dei reati dei pubblici ufficiali per singole funzioni e di rifondarli su quelle basi.

<sup>5</sup> Abbiamo parlato di "sindacato improprio". Cfr. cap. 1 par. 2.3 di questo volume.

<sup>6</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 13.

<sup>7</sup> Cfr. G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 401.

Dall'altro lato, in termini ancora più generali, ci soffermeremo sulla distinzione tra attività vincolata e discrezionale della P.A., con l'obiettivo di comprendere il significato della limitazione della prima modalità di integrazione del reato alla violazione delle regole da cui non residuino margini di discrezionalità, operata dalla riforma del 2020, i suoi effetti e le ragionevoli linee di sviluppo della fattispecie.

## *2. Eccesso di potere e sindacato dell'attività discrezionale della P.A. nell'abuso d'ufficio*

### *2.1. Alcune considerazioni preliminari sull'attività amministrativa nella sua accezione classica*

La questione della possibile rilevanza del vizio di eccesso di potere ai fini dell'abuso d'ufficio è emersa negli anni ben prima della necessità di distinguere espressamente, agli stessi fini, tra attività discrezionale e vincolata, per osservare i limiti posti dalla formulazione dell'art. 323 c.p. successivamente alla riforma del 2020. E ciò nonostante l'intrinseca connessione esistente tra le due questioni.

Nel rispetto delle scansioni temporali che abbiamo seguito anche nella descrizione dell'evoluzione del reato partiremo quindi proprio dal tema dell'eccesso di potere, non senza alcune brevi, ma necessarie, considerazioni preliminari in merito all'attività che la P.A. è chiamata a svolgere.

L'attività amministrativa non può dirsi libera, come lo è l'attività privata o l'attività politica<sup>8</sup>, per esempio. Essa è caratterizzata dall'esse-

---

<sup>8</sup> Sulla libertà dell'attività politica cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 3 e R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 211 ss., che evidenziano quanto sia difficile, in concreto, distinguere tra atti di alta amministrazione e atti politici, tradizionalmente intesi come atti liberi nel fine. Sul rapporto con l'autonomia propria dei soggetti privati cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, VII ed., ristampa agg., Torino, 2021, 287 s.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 70 s. Cfr. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 118.

re volta alla cura di interessi pubblici, ritenuti dalle norme meritevoli di tutela per l'intera collettività e proprio per questo affidati alla pubblica amministrazione<sup>9</sup>. I fini pubblici caratterizzano questa attività che assume una natura funzionale e che può esprimersi anche nello svolgimento di operazioni di tipo unicamente materiale<sup>10</sup>: l'esercizio delle funzioni comporta l'esecuzione di una varietà di attività materiali e giuridiche<sup>11</sup>. Il Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), infatti, ha avvicinato al provvedimento anche l'attività materiale e le condotte omissive della pubblica amministrazione, sottoponendo alla giurisdizione di legittimità "atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni" (art. 7 c. 4 cod. proc. amm.), ossia tutte le possibili manifestazioni del potere amministrativo, dovendosi ricomprendere nella nozione di atto amministrativo tutti i comportamenti di tipo commissivo diretti al conseguimento di fini pubblici<sup>12</sup>.

Individuato un interesse da tutelare, viene attribuito all'amministrazione pubblica un potere attraverso una norma. La norma però – se definisce o dovrebbe definire almeno implicitamente il fine pubblico, strettamente correlato all'interesse pubblico<sup>13</sup> – mantiene di regola un

---

<sup>9</sup> Come rileva A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 97, l'amministrazione si presenta e si qualifica come strumento per l'attuazione dei massimi valori della convivenza. Cfr. sul punto A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 29 e, nella dottrina amministrativistica, ampiamente, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 14, 22 e G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubb.*, 1924, 281 ss., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.

<sup>10</sup> B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2015, 284 ricorda a tale riguardo l'attività dei medici negli ospedali, dei docenti nelle scuole e nelle università e degli addetti allo smaltimento dei rifiuti.

<sup>11</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 106 s.

<sup>12</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 72.

<sup>13</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 51 contrappone l'interesse pubblico canonizzato astrattamente dalla norma, configurabile solo come causa del potere e quindi come causa remota che non caratterizza il provvedimento, e i motivi del provvedimento costituiti dagli interessi secondari, pubblici o privati che siano, unitamente all'interesse pubblico primario.

carattere “aperto” e non stabilisce i modi della tutela, perché nella maggior parte dei casi ci sono tante variabili da considerare<sup>14</sup>. Se amministrare vuol dire risolvere dei problemi concreti e mutevoli, l’operatore pubblico deve essere dotato di poteri duttili, capaci di adattarsi al caso concreto e di portare alla scelta più opportuna<sup>15</sup>.

L’attività in questione contempla quindi, per sua natura, il compimento di scelte tra più soluzioni compatibili con il dato normativo<sup>16</sup>.

Proprio a tale ambito o potere di scelta allude il termine “discrezionalità amministrativa”, i cui elementi costitutivi più importanti sono stati individuati nell’incompletezza delle proposizioni normative relative ai comportamenti da seguire per soddisfare gli interessi pubblici e nel suo collegamento con uno scopo pubblico, ossia il suo carattere funzionale<sup>17</sup>. Celebre è la definizione della discrezionalità come «sfera di disposizione (libertà) limitata positivamente»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 17, 59 ricorda la centralità del principio di legalità dell’azione e dell’organizzazione amministrativa, evidenziando tuttavia altresì come, una volta divenuto lo Stato protagonista di una vera e propria politica sociale, non sia più possibile pensare alla funzione amministrativa come meramente esecutrice della legge. In termini critici, sul punto, cfr. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, 364 ss.

<sup>15</sup> G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, 3. Cfr. A. TESAURO, *La riforma dell’art. 323 c.p. al col-laudo della Cassazione*, cit., 266.

<sup>16</sup> B.G. MATTARELLA, *L’attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo I*, II ed., Milano, 2003, 758. Cfr. anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, VI ed., Milano, 2011, 1425; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 287.

<sup>17</sup> A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubb.*, IX, Torino, 1994, 402; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 53 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 288. Sulla discrezionalità come espressione della funzionalizzazione del potere: S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 31. Cfr. anche G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 50.

<sup>18</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 25. L’Autore, a pag. 113 s., si sofferma anche sulla profonda differenza che si può cogliere tra la discrezionalità amministrativa e quella del giudice che si caratterizza per la valutazione degli interessi contendenti delle parti, che il giudice è chiama-



Come avremo modo di approfondire in seguito, le scelte definite discrezionali – che caratterizzano gran parte dell’attività amministrativa – esprimono un potere che si contrappone al concetto di potere “vincolato”, il quale, almeno in linea teorica può concretizzarsi, in presenza di determinati presupposti, in una sola decisione, senza che all’amministrazione sia consentita un’alternativa<sup>19</sup>. In presenza di un potere vincolato, infatti, l’amministrazione non ha altro compito se non quello di verificare “meccanicamente” se nella fattispecie concreta siano rinvenibili tutti gli elementi indicati in modo univoco ed esaustivo dalla norma attributiva e, nel caso positivo, di emanare un provvedimento che produce proprio gli effetti predeterminati dalla norma<sup>20</sup>.

La definizione di attività amministrativa discrezionale che abbiamo offerto fino a ora è tuttavia incompleta, in quanto si dimentica di un aspetto fondamentale: gli interessi pubblici stabiliti dal legislatore con la norma attributiva del potere non esistono isolatamente, ma coesistono con altri interessi di cui l’amministrazione è chiamata a tenere conto<sup>21</sup>.

Più che nelle teorie che ravvisavano la natura della discrezionalità nel completamento di norme imprecise o nell’applicazione di norme non giuridiche, nel corso del ventesimo secolo, grazie soprattutto al contributo di Giannini, l’essenza della discrezionalità è stata ravvisata nella ponderazione comparativa degli interessi<sup>22</sup>.

to a comporre; in questo caso l’interesse pubblico sussiste solo presso uno di quelli delle parti contendenti.

<sup>19</sup> G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit., 2. Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 72 s.

<sup>20</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 119.

<sup>21</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 77 e F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1427, per questa osservazione. Cfr. sul punto, in termini largamente coincidenti con la ricostruzione qui operata, anche B.G. MATTARELLA, *L’attività*, cit., 700 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2020, 290 ss., nonché A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio*, cit., 93.

<sup>22</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 78; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE, II ed., Milano, 2000, 265 ss. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, cit., 299; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 95 ss.

Tra gli interessi da ponderare vi è sempre l'interesse pubblico primario affidato alle cure dell'autorità in una posizione di tendenziale prevalenza, ma vi sono anche altri interessi coinvolti – secondari, in quanto di carattere subordinato – che possono avere natura sia pubblica sia privata e di cui la P.A. è tenuta a compiere una valutazione comparativa. La costruzione di un ospedale, per esempio, non incide solo sugli interessi che attengono alla sanità, ma anche su altri interessi pubblici (viabilità, occupazione) e privati (quelli del proprietario dell'area su cui viene costruito l'ospedale).

In termini generali, la discrezionalità allude quindi a un potere di scelta, variamente circoscritto, che permette di apprezzare il caso particolare. Salve le precisazioni che andremo a operare, la discrezionalità amministrativa si esprime comparando nella fattispecie gli interessi “secondari” al fine di assumere la determinazione concreta in ordine all'interesse pubblico primario<sup>23</sup>. Tali interessi, a loro volta pubblici, ovvero collettivi o privati, in determinate circostanze possono prendere il sopravvento sul primo e impedirne o modificarne le modalità di soddisfazione<sup>24</sup>. È compito dell'amministrazione individuare il c.d. interesse in concreto, come quello «corrispondente all'interesse fissato dalla norma quale rapportato al complessivo assetto degli interessi in gioco nella situazione concreta»<sup>25</sup>.

Vanno tenuti in considerazioni, però, alcuni ulteriori profili, senza i quali il quadro non può dirsi completo.

Come avremo modo di approfondire analizzando lo sviamento di potere, l'individuazione delle funzioni amministrative<sup>26</sup> svolte dalle diverse amministrazioni è, *in primis*, un'operazione interpretativa non facile, so-

<sup>23</sup> A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 26.

<sup>24</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 290. Cfr. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 19.

<sup>25</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 292. Cfr. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 85; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit., 45.

<sup>26</sup> Come rileva B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 700, il termine funzione ha diversi significati nel linguaggio giuridico. Nell'accezione più rilevante per il diritto amministrativo, diversa da quella penalistica, per funzione si intende un'attività volta alla cura di interessi alieni e quindi né integralmente libera né integralmente vincolata.

prattutto quando esse si moltiplicano. Nel XX secolo la pubblica amministrazione, con le funzioni dello Stato sociale, ha subito un'espansione enorme, che si è espressa nella moltiplicazione del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa<sup>27</sup>.

Sempre più raramente, quindi, si è assistito a una previa e completa definizione degli interessi tutelati per via legislativa, mentre il procedimento è divenuto più vincolato<sup>28</sup>.

Il carattere più vistoso dell'attività amministrativa, infatti, è la sua procedimentalizzazione.

Il procedimento «si atteggia come una sequenza di atti, legati l'uno all'altro da un nesso di coordinazione a un fine [...], attraverso il quale si attua la composizione degli interessi che si evidenziano nel procedimento»<sup>29</sup>. Esso ha un rilievo non solo formale, ma sostanziale, e il provvedimento è legittimo solo se il suo contenuto è coerente con le risultanze del primo; con le risultanze di un procedimento giusto, che si svolge secondo una serie di adempimenti che consentono la rilevazione puntuale del reale<sup>30</sup>.

L'articolazione dell'attività amministrativa in procedimenti ha diversi scopi. In primo luogo serve a dare ordine all'attività amministrativa. In secondo luogo, serve a definire il ruolo dei singoli uffici. Serve altresì a consentire ai soggetti privati di far valere il proprio punto di vista, nonché a permettere a soggetti pubblici e privati insieme di partecipare all'attività amministrativa in chiave collaborativa, anche a tutela dell'interesse generale. Infine, serve a individuare le circostanze di fatto che rilevano per la decisione<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, cit., 219.

<sup>28</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 9.

<sup>29</sup> S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit., 93 s.

<sup>30</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 174; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 141 ss.

<sup>31</sup> In questo senso: B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, cit., 287 ss. Egli rileva altresì come, a fronte di pochi modelli di procedimento legislativo e di processo giudiziario, descritti dai regolamenti parlamentari e dai codici di procedura, esistano infiniti modelli di procedimento amministrativo, accomunati da alcune norme generali che sono contenute essenzialmente nella l. n. 241/1990.

La tipologia procedimentale è nata proprio per garantire il corretto uso del potere discrezionale<sup>32</sup>.

Al procedimento, mezzo normale attraverso cui l'autorità esercita il proprio potere discrezionale, partecipano doverosamente i vari centri di interesse: gli interessi emergono, vengono messi a confronto tra loro per definirne il peso e si giunge all'adozione dell'atto, che ne esprime un assetto originale<sup>33</sup>.

Il procedimento di formazione della volontà amministrativa costituisce una "fattispecie a formazione progressiva", che si caratterizza per essere articolata in più fasi riconducibili a due momenti fondamentali: quello del giudizio – che si concreta nell'analisi dei fatti e degli interessi nell'ambito dell'istruttoria, una fase minuziosamente disciplinata – e quello della scelta, in cui l'amministrazione adotta la soluzione che ritiene più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico primario, alla luce delle risultanze del giudizio che ha permesso di mappare gli interessi rilevanti<sup>34</sup>. Anche in forza dei sempre maggiori vincoli introdotti in ordine al *modus procedendi* dell'amministrazione, come è stato affermato, la valutazione di opportunità che caratterizza la discrezionalità sta perdendo il suo «carattere di giudizio sintetico [...] per divenire un percorso dimostrabile»<sup>35</sup>. La motivazione, in particolare, riveste un ruolo centrale per far apprezzare all'esterno la congruità della ponderazione degli interessi ritualmente introdotti nel procedimento<sup>36</sup>.

Più nello specifico, le fasi tipiche sono quelle dell'iniziativa, con cui si dà avvio al procedimento, quella dell'istruttoria, che ha ad oggetto l'acquisizione e la valutazione di tutti gli elementi necessari per l'emis-

---

<sup>32</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 172.

<sup>33</sup> Cfr. A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 263.

<sup>34</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1431; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 86.

<sup>35</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 669.

<sup>36</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 60. Cfr. pag. 171 ss. per un'analisi approfondita delle diverse fasi del procedimento.

sione del provvedimento e da cui scaturisce il regolamento finale di tutti gli interessi emersi, e quella dispositiva o decisionale, in cui viene posto in essere il provvedimento finale. A queste fasi seguono quelle di controllo e di comunicazione.

Nel corso del procedimento assumono un ruolo significativo una pluralità di soggetti, essendo stata introdotta, in particolare, la figura del responsabile del procedimento amministrativo – incaricato di gestire l'intera istruttoria – distinta di regola da quella del soggetto di vertice, titolare dell'organo, competente all'adozione del provvedimento finale<sup>37</sup>. Il responsabile ha l'obbligo, quindi, di ponderare o far ponderare gli interessi “secondari” – introdotti anche attraverso memorie o documenti pertinenti, presentati dal soggetto interessato che sia intervenuto nel procedimento<sup>38</sup> –, di chiudere l'istruttoria con le determinazioni del caso e di trasmettere gli atti all'autorità di vertice.

Come si può intuire, allora, al problema dei limiti del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità – oggetto nella nostra analisi – si aggiunge il diverso problema – che non si può approfondire in questa sede – della delimitazione della responsabilità penale dei singoli soggetti coinvolti nel procedimento, per i quali può essere necessario ricorrere alla disciplina del concorso di persone<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 161.

<sup>38</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 202 ss.

<sup>39</sup> C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 175. È bene precisare, però, che, per come il reato è stato costruito, una giurisprudenza che si accontenta di dare rilevanza anche agli abusi che investono gli atti preliminari ha avuto buon gioco nell'affermare che può essere riconosciuto responsabile di abuso d'ufficio anche colui che non era il responsabile del servizio, né il titolare del potere di firma del provvedimento finale di ogni singolo procedimento amministrativo, se le circostanze di fatto avevano determinato una situazione di sostanziale esclusivo controllo del servizio da parte sua, derivante dal fatto che i dirigenti dei servizi interessati gli avevano affidato *in toto* la gestione di alcune specifiche pratiche di finanziamento e la predisposizione dei provvedimenti amministrativi finali che essi si limitavano a sottoscrivere. La Suprema Corte ha applicato l'art. 323 c.p. senza neppure ricorrere allo schema concorsuale: cfr. Cass., 25 febbraio 2021, n. 10067, cit.

## 2.2. *Il vizio di eccesso di potere e la sindacabilità giurisdizionale dell'attività discrezionale*

Veniamo ora a soffermarci più nel dettaglio sul tema dell'eccesso di potere.

L'atto discrezionale, espressione del potere qualificato negli stessi termini, può essere sottoposto, come ogni atto, a un giudizio di legittimità. I vizi di legittimità dell'atto amministrativo sono tre – la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere – e si contrappongono ai vizi di merito<sup>40</sup>.

È questa, però, un'acquisizione abbastanza recente e, soprattutto, non scontata. È necessario evidenziare come per lungo tempo, fino quasi alla metà dell'Ottocento, in Francia e negli altri Stati Europei – per quanto riguarda l'Italia anche dopo, fino al 1889 – l'unico controllo possibile nei confronti degli atti discrezionali della P.A. fosse ridotto alla via amministrativa<sup>41</sup>.

La discrezionalità dell'amministrazione indicava una sfera del potere amministrativo sottratta al sindacato del giudice; una sfera riservata alle pubbliche amministrazioni nella quale il giudice non poteva penetrare. Se la scelta competeva per legge all'amministrazione pubblica, infatti, il giudice non poteva sostituirsi a quest'ultima senza violare il principio di separazione dei poteri, a meno che non si limitasse a un vaglio sui pochi profili attinenti alla legalità formale del provvedimento<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., 972; M. GAMBARELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., 742 ss. Come rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 445 s., l'annullabilità è determinata dall'illegittimità, salve le ipotesi di annullabilità per vizi di merito, che sono tuttavia marginali.

<sup>41</sup> L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 18. Sul punto cfr. ampiamente G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 93 ss., nonché M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 153 ss.

<sup>42</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 265; B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, cit., 299 s.; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministra-*

La volontà di ampliare gli spazi del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità della P.A., al fine di assicurare una maggior tutela ai privati, ha portato tuttavia la giurisprudenza a elaborare nel tempo nuovi strumenti – che verranno poi in gran parte formalizzati dal legislatore<sup>43</sup> – attraverso la valorizzazione dell'eccesso di potere quale stato invalidante la legittimità dell'agire amministrativo.

Anche se le voci in dottrina non sono sempre concordi sul punto, è radicata la convinzione per la quale esiste un parallelismo tra l'esperienza nazionale italiana e quella francese<sup>44</sup>. A partire dalla seconda metà del secolo IX, in Francia, si è assistito infatti ai primi tentativi di definire il vizio principale della discrezionalità, l'*excès de pouvoir*, nell'ambito di un più ampio dibattito sull'opportunità di sottoporre a sindacato l'attività amministrativa cosiddetta pura, in quanto consistente in valutazioni discrezionali. In verità, l'espressione francese *excès de pouvoir* era nata con le prime carte rivoluzionarie, con riferimento al tema della separazione dei poteri, per intendere gli sconfinamenti del potere giudiziario nel campo riservato a quello legislativo e a quello esecutivo (per intendere quindi lo "straripamento di potere"). La giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, tuttavia, ha cominciato progressivamente a distinguerla dallo straripamento per riferirla all'atto amministrativo e ricomprendervi ogni ipotesi di ricorso al giudice amministrativo per il suo annullamento<sup>45</sup>. Con la fine del Secondo Impero l'espressione veniva utilizzata per riassumere tutti i vizi di legittimità che potevano invalidare l'atto amministrativo – incompetenza, vizio di forma, violazione di legge e sviamento di potere – mentre, più in particolare, all'espressio-

---

*zione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 140. Cfr. invece M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 159, che si sofferma sul principio della separazione dei poteri, evidenziando che sarebbe proprio tale principio a richiedere che il giudice ordinario possa controllare la legalità dell'azione amministrativa, intesa in senso ampio.

<sup>43</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 290 ss.

<sup>44</sup> *Contra* B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 313 ss., il quale ritiene, per esempio, che questo parallelismo non sia mai esistito, avendo l'eccesso di potere italiano una sua storia autonoma.

<sup>45</sup> G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 189 ss.

ne *détournement de pouvoir* (sviamento di potere, appunto) era attribuito il significato di esercizio del potere per un fine diverso da quello per il quale è attribuito<sup>46</sup>. Nel quadro descritto, quindi, si ammetteva un parziale controllo giudiziale, sostanziale, dell'*acte discrétionnaire*, che andava oltre il concetto di violazione di legge<sup>47</sup>.

Nel diritto amministrativo italiano, dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato<sup>48</sup>, al Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054), passando per la legge TAR 6 dicembre 1971 n. 1034, la l. 7 agosto 1990, n. 241 – nel testo (art. 21-*octies*) introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 – fino al Codice del processo amministrativo del

---

<sup>46</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 979 s.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 404; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 469 ss. B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 32 ricorda il decreto francese del 2 novembre 1864, che aveva liberalizzato questo strumento processuale, dispensando il ricorrente dal ministero di avvocato e da ogni spesa.

<sup>47</sup> G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 194 ss. Per una completa ricostruzione dell'evoluzione del vizio cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 313 s.

<sup>48</sup> Non molto tempo prima, in occasione della riunificazione nazionale, la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E aveva abolito il contenzioso amministrativo, ritenuto non compatibile con una visione liberale dello Stato, e attribuito al giudice ordinario tutte le controversie tra privati e pubblica amministrazione relative alla tutela dei diritti soggettivi. Nel 1889 venne operata una revisione del sistema, con l'istituzione di un giudice amministrativo il cui nucleo fu costituito proprio dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato (il massimo organo dell'amministrazione centrale). Tale "giudice" – organo che in realtà in quel momento aveva sicuramente carattere amministrativo – «si autoattribuì la qualifica di giudice in senso proprio e intraprese l'opera di costruzione dei principi generali del diritto amministrativo»: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 61. Cfr. anche G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 139 ss. L'espressione "eccesso di potere", utilizzata nell'art. 3 l. 31 marzo 1877, n. 3761 (legge sui conflitti di attribuzione), doveva intendersi invece riferita non all'atto amministrativo, quanto invece alla decisione dei giudici speciali, per indicare lo straripamento di potere, il travalicamento dei limiti: F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere. II. Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1, Roma, 1988.



2010 (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, come anticipato, sono tre: la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere<sup>49</sup>.

Si può discutere in astratto sul significato che il legislatore italiano intendeva dare all'espressione "eccesso di potere" allorché ebbe a inserirlo nella legge del 1889<sup>50</sup>. Il Consiglio di Stato italiano, influenzato in parte dall'evoluzione della giurisprudenza francese, però, ritenne ben presto – a cavallo tra il XIX e il XX secolo – che il vizio di eccesso di potere dovesse essere interpretato, più che come straripamento di potere, come sviamento di potere<sup>51</sup> e quindi come esercizio del potere per un fine diverso da quello previsto dalla norma o, in senso ancora più ampio dell'omologo francese, come divergenza del provvedimento dalla sua finalità e sua inidoneità – proprio per le peculiari modalità (illogiche, irrazionali) con cui il potere era stato esercitato – a realizzare lo scopo per il cui raggiungimento quel potere era stato delineato<sup>52</sup>.

Attraverso questo vizio si sindacava il contenuto dell'atto e si controllava che, nel processo di formazione e di attuazione delle scelte dell'amministrazione, non vi fossero circostanze che dimostrassero o inducessero a ritenere che l'interesse pubblico non era stato correttamente

---

<sup>49</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 308.

<sup>50</sup> G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 197. A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 47 parla di "espressione polisenso", che ha consentito ai giudici di rendere più penetrante il proprio sindacato di legittimità.

<sup>51</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 155; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 56.

<sup>52</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 155; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 342. Questa duplicità di ipotesi alle quali ci si riferisce richiamando lo schema dello sviamento di potere è ricordata anche da A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 68. Lo sviamento di potere in senso stretto, però, è da intendersi riferito unicamente al perseguimento, con il provvedimento emanato, di un fine pubblico o privato diverso da quello previsto dalla norma: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 119.

perseguito<sup>53</sup>. Portando il concetto a sviluppi autonomi e originali, si creavano le premesse per l'affermazione graduale di un sindacato, sempre più intenso, sull'uso del potere discrezionale, anche al di là del criterio teleologico e del significato più circoscritto di *détournement de pouvoir*<sup>54</sup>.

Così, ancora oggi, la scelta che caratterizza la discrezionalità, per non essere arbitraria, deve essere effettuata nel rispetto di alcuni parametri individuati dalla giurisprudenza: l'interesse pubblico primario e quindi il perseguimento del fine che risponde alla causa del potere esercitato, i principi di logica, imparzialità, coerenza, ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità e il compimento di un'istruttoria adeguata.

La mancata osservanza di questi parametri comporta l'illegittimità dell'atto sotto il profilo dell'eccesso di potere<sup>55</sup>.

È chiaro che una tutela effettiva dei diritti e degli interessi degli amministrati richiede al giudice un controllo intenso sull'azione amministrativa<sup>56</sup>. Non è facile però trovare un equilibrio tra i poteri dello Stato, evitando di ledere il principio di separazione dei poteri e quindi facendo in modo che il giudice non si spinga fino a mettere in discussione nel merito le scelte dell'amministrazione<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 978. Come ricorda G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 197, già nel 1892 (sentenza 7 gennaio 1892, n. 3) la IV Sezione ebbe a porre il problema dell'apprezzamento dei fatti operato dalla P.A., sotto il profilo dell'assenza di illogicità, irrazionalità e contrarietà allo spirito della legge (la decisione era di rigetto del ricorso dei privati).

<sup>54</sup> A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 404. Come afferma B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 315, è il procedimento logico di formazione della volontà ad attirare l'attenzione dottrinale, specie al fine di assorbire nell'eccesso di potere anche i vizi "privatistici" della volontà, come l'errore o il dolo.

<sup>55</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1431; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 96; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 317.

<sup>56</sup> M. D'ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 89.

<sup>57</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 107.

La soluzione trovata in Italia, e in altri ordinamenti, dalla giurisprudenza amministrativa, è stata quella di ricorrere a regole logiche o di comune esperienza, oggettive e verificabili, la cui violazione può considerarsi sintomatica del cattivo svolgimento della funzione e quindi capace di determinare l'illegittimità del procedimento. Queste regole hanno dato nuovo contenuto alla figura dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo e il sindacato per eccesso di potere ha rappresentato il veicolo per l'espansione dell'area della illegittimità<sup>58</sup>.

Per cercare di essere più precisi in una dimensione che tuttavia rimane a tratti imperscrutabile<sup>59</sup>, possiamo affermare che con l'eccesso di potere si contesta la reale capacità dell'atto di raggiungere l'obiettivo per il quale il potere è stato assegnato, essendo stato adottato per un fine diverso da quello imposto dalla legge (sviamento di potere in senso stretto)<sup>60</sup>, oppure in conseguenza di un processo di formazione della volontà pubblica scorretto, perché svoltosi in contrasto coi principi sostanziali ai quali deve ispirarsi. Tale contrasto – e, per taluni, come vedremo, lo stesso sviamento – emerge da alcuni elementi sintomatici: difetto di istruttoria, errore o travisamento dei fatti, contraddittorietà del comportamento – anche rispetto a un precedente provvedimento –, violazione di circolari o di norme interne<sup>61</sup>, disparità di trattamento, motivazione insufficiente od omessa, manifesta illogicità, irragionevolezza o manifesta ingiustizia<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, cit., 300; ID., *Il provvedimento*, cit., 818; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 231.

<sup>59</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 69.

<sup>60</sup> Come rileva M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215, è questa la figura primigenia dell'eccesso di potere.

<sup>61</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 17 evidenzia che l'omessa o carente motivazione sulla mancata adozione delle buone pratiche individuate dall'ANAC con le linee-guida (pur) non vincolanti configura un'ipotesi di eccesso di potere.

<sup>62</sup> Cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 316; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 321 s.; M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 254; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere. II. Eccesso di potere amministrati-*

Come è stato ben illustrato dalla dottrina, le figure sintomatiche sono state elaborate in modo originale dalla giurisprudenza amministrativa italiana proprio allo scopo di superare le difficoltà relative all'accertamento del vizio nella formazione della volontà pubblica e alla dimostrazione dello sviamento<sup>63</sup>. Anche in conseguenza della complessità che si incontra spesso nell'individuazione dell'interesse pubblico a cui deve essere finalizzata l'azione amministrativa, non è facile valutare se il fine perseguito in concreto sia diverso e se il mezzo adoperato sia congruo al raggiungimento di quel fine<sup>64</sup>.

Le figure sintomatiche, però, in breve tempo sono arrivate a provocare l'annullabilità dell'atto senza possibilità di prova contraria; senza, cioè, che si potesse salvare l'atto alla luce – per esempio – della sua congruità rispetto all'interesse pubblico al quale era finalizzata una determinata azione amministrativa. Per questa via, quindi, da meri indizi di eccesso, soprattutto nella forma dello sviamento, si sono trasformate in vizi autonomi per contrarietà ai principi generali dell'azione amministrativa<sup>65</sup>, per il modo inaccettabile in cui è perseguito l'interesse pubblico<sup>66</sup>, e l'eccesso di potere è divenuto lo strumento per sanzionare, in termini ben poco tassativi (secondo la logica penalistica), la P.A. che

vo, cit., 4 ss.; G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 17; M. GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 244 ss. Per un'analisi delle diverse fattispecie cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 521 ss.

<sup>63</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 980; A. BONDI, *Nozioni comuni e qualitative soggettive*, cit., 26; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1223; F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 14; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 72; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343.

<sup>64</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 221; G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 155; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343.

<sup>65</sup> E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 72; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 221.

<sup>66</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in ID. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 15.

agisce in modo non ragionevole<sup>67</sup>: il catalogo delle situazioni invalidanti, infatti, rimane aperto e il concetto di eccesso di potere vago e in continua evoluzione<sup>68</sup>.

Lasciate da parte le ricostruzioni dell'eccesso di potere come vizio della causa, della volontà, dei motivi o del contenuto del provvedimento<sup>69</sup>, la dottrina amministrativistica prevalente, nella seconda metà del XX secolo, ha condiviso la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione<sup>70</sup>, che attiene quindi alla realizzazione in concreto dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione<sup>71</sup>.

Secondo una lettura solo parzialmente diversa – che si sofferma soprattutto sul rapporto di questo vizio con quello di violazione di legge e che, come è intuibile, ha condizionato il lessico penalistico – nello schema dell'eccesso di potere (*ivi* compreso lo sviamento) rientrerebbero le violazioni dei limiti interni della discrezionalità amministrativa,

---

<sup>67</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 156; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 78. L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 223 s. evidenzia come le situazioni sintomatiche legittimino l'annullamento senza ulteriori indagini e quindi consistano nella violazione dei principi generali che regolano la funzione amministrativa, garantendo la rispondenza del provvedimento all'interesse pubblico voluto dal legislatore.

<sup>68</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 73; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343, 350. Come rileva S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 134, questa evoluzione è posta a presidio della libertà. Cfr. anche E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 351 s.

<sup>69</sup> Cfr. sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 214.

<sup>70</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 982; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 156 s.; C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 66.

<sup>71</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 227; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere. II. Eccesso di potere amministrativo*, cit., 3; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 214.

che non sono consacrati in norme di legge espresse<sup>72</sup>, ma in norme interne – come una disposizione dettata da un'autorità superiore: una circolare, un atto attuativo o un atto direttivo<sup>73</sup> – oppure le violazioni dei limiti che non sono consacrati neppure in norme positive come i precetti di logica, imparzialità e ragionevolezza<sup>74</sup>.

I limiti esterni sono invece quelli che derivano da una norma di legge.

Come anticipato, con il tempo si è assistito tuttavia a un incremento della disciplina legislativa che attiene all'attività discrezionale (limiti esterni), e soprattutto al procedimento, e quindi a un'erosione dello spazio occupato dall'eccesso di potere da parte del vizio di violazione di legge<sup>75</sup>.

Basti pensare all'obbligo di motivazione, la cui violazione in ipotesi di suo difetto è stata sanzionata dal giudice sotto forma di fattispecie sintomatica di eccesso di potere, ben prima che fosse sancito dalla legge generale sul procedimento (art. 3 l. 241/1990). Oggi, peraltro, si riscontra una certa ostinazione della giurisprudenza a qualificare comunque il difetto di motivazione come figura sintomatica di eccesso di potere<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 71; M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 254. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 121 individua nel pubblico interesse per cui l'amministrazione deve agire uno dei limiti interni della discrezionalità.

<sup>73</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 538 s.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 321.

<sup>74</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 95 s., nota 36; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 48; F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 13. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 49 si sofferma sulla centralità del principio di ragionevolezza, come perno del dover essere della discrezionalità.

<sup>75</sup> Cfr. C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 230.

<sup>76</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 528 ss. rilevano come i casi di motivazione insufficiente, generica, incongrua, contraddittoria o apparente costituiscano ancora ipotesi di eccesso di potere. Sul tema cfr. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 62 ss.

È proprio alla luce della mobilità del confine tra violazione di legge ed eccesso di potere e della difficoltà di distinguere nettamente tra la violazione delle norme scritte e la violazione dei principi, su cui si basa il sindacato per eccesso di potere anche nel contesto amministrativistico<sup>77</sup>, che si è lasciato spazio alla dottrina e alla giurisprudenza penale – come già descritto nei capitoli precedenti – per ricondurre l'eccesso di potere nell'ambito dell'art. 323 c.p., anche dopo la riforma del 1997. Allo stesso tempo, molti problemi attinenti al rispetto dei principi di tassatività/determinatezza e della separazione dei poteri che per lungo tempo erano stati posti dal vizio di eccesso di potere si sono per certi aspetti ripresentati nella forma di problemi posti da alcune norme – soprattutto di carattere generale o processuale, che hanno formalizzato alcune ipotesi di eccesso di potere – la cui violazione poteva assumere comunque rilevanza nell'ambito dell'abuso d'ufficio riformato.

Anche sul fronte del confine tra il vizio di eccesso di potere e quello di merito non mancano le difficoltà di definizione, con quello che ne consegue sotto il profilo dei rischi di ingerenza nell'autonomia dell'amministrazione da parte del potere giurisdizionale.

Con il termine di “merito amministrativo” si intende, da un lato, quella parte di attività che può definirsi “libera” perché non è disciplinata in modo diretto ed espresso dalle norme e dai principi giuridici dell'azione amministrativa<sup>78</sup>; dall'altro, la corrispondenza tra il contenuto dell'atto discrezionale e il risultato a cui esso dovrebbe tendere in base al principio di opportunità<sup>79</sup> e alle regole non giuridiche di buona amministrazione<sup>80</sup>: l'«ottimizzazione della cura dell'interesse pubblico

---

<sup>77</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 819.

<sup>78</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 129; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 211; M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 287.

<sup>79</sup> G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 24; M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 106.

<sup>80</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1438; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 616. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 220 distingue tra le regole giuridiche sulla discre-

mediante l'individuazione della "soluzione più opportuna"<sup>81</sup>. Definizioni, come si intuisce, «la cui genericità tradisce la difficoltà di enunciare un concetto, che nei suoi aspetti fondamentali appare ancora incerto e scivoloso»<sup>82</sup>.

C'è chi afferma che la distinzione tra i due vizi si potrebbe operare agevolmente sul piano teorico: il sindacato di merito concernerebbe il risultato dell'atto amministrativo legittimo, sotto il profilo della sua opportunità e della sua convenienza, mentre l'eccesso di potere riguarderebbe il modo di formazione dell'atto<sup>83</sup>.

Sappiamo che, come conseguenza del principio della separazione dei poteri – il quale implica che al giudice spetta applicare la legge e non sostituirsi all'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico a essa affidato – che ha trovato una sua prima traduzione nella legge del 1865 "per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia" (l. 20 marzo 1865, n. 2248), e in particolare nell'All. E sul contenzioso amministrativo, il giudice, di regola, deve arrestare il proprio potere di indagine ai profili di legittimità della scelta discrezionale senza entrare nel merito, che connota tale scelta in termini di opportunità o non opportunità; solo nei casi eccezionali, in cui è ammesso un controllo giurisdizionale sul merito, il giudice amministrativo (cfr. oggi art. 134 cod. proc. amm.) può spingersi oltre<sup>84</sup>.

La ragione di una tale limitazione è semplice. Il controllo di merito è solo in apparenza tale. In realtà è esso stesso un atto di amministrazione perché comporta un'operazione di sostituzione del criterio di giudizio espresso dalla P.A. con un diverso giudizio<sup>85</sup>.

zionalità, la cui violazione integra l'eccesso di potere, e quelle metagiuridiche, per cui l'uso distorto della discrezionalità è apprezzabile solo sotto il profilo dell'opportunità.

<sup>81</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 331.

<sup>82</sup> A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 402.

<sup>83</sup> A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 20.

<sup>84</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 972; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 89. Come rileva M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 129, nella giurisdizione estesa al merito, che costituisce una deroga al principio della separazione dei poteri, il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (art. 7 c. 6 cod. proc. amm.).

<sup>85</sup> E. GALLO, *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, cit., 276. Sul rischio che il sindacato sulla discrezionalità amministrativa si trasformi in vera e propria attivi-



Come dicevamo, però, se ci si allontana dal piano meramente teorico, l'eccesso di potere – il cui funzionamento è incentrato, più che sull'applicazione di regole, su principi e clausole generali<sup>86</sup> – appare spesso difficilmente distinguibile dal vizio di merito. Da un lato, si rileva come il controllo di merito venga svolto con tecniche analoghe a quelle di legittimità<sup>87</sup> e, comunque, come tra vizi di merito e vizi di eccesso di potere vi siano delle somiglianze, in quanto entrambi rappresentano una violazione dei limiti interni, anche non scritti, della discrezionalità amministrativa<sup>88</sup>. Dall'altro, si rileva soprattutto come, nella verifica sull'eccesso di potere, sia agevole scivolare verso un'indagine del puro merito, soprattutto quando il primo viene inteso in una prospettiva finalistica, spesso “psicologicamente orientata”<sup>89</sup>. L'eccesso di potere può diventare uno strumento di ingerenza del giudice nelle scelte riservate alla P.A.; un'ingerenza che è stata ridotta, ma solo in parte e comunque per il giudice amministrativo, dall'elaborazione delle figure sintomatiche.

---

tà di amministrazione: A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 183.

<sup>86</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 75. Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 179.

<sup>87</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 973.

<sup>88</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 221; R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 58.

<sup>89</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 259, nota 4. Come rileva anche C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 87, il vizio di legittimità dell'eccesso di potere è in concreto assai contiguo al merito. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 115 sottolinea la difficoltà di definire, in termini di vizio di pura legittimità, l'eccesso di potere. Anche B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 318 evidenzia il rischio che l'eccesso di potere diventi uno strumento di arbitrio, in cui legittimità e merito si confondono. G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 51, per esempio, incorre in un'inversione metodologica, quando afferma che il rischio di sconfinamento nel merito sarebbe controbilanciato dall'indagine sull'elemento soggettivo: «ove si ravvisi il dolo (intenzionale) la illegittimità per sviamento è infatti consequenziale, sicché per definizione non si può parlare di invasione nel merito amministrativo».

Grazie all'eccesso di potere, come è stato ben illustrato, si sono aperte le porte a un sindacato sostanziale o intrinseco sull'azione o sulla discrezionalità della pubblica amministrazione, sia in Francia sia in Italia<sup>90</sup>. Il controllo sull'eccesso di potere ha consentito al giudice amministrativo un sindacato

non solo sulla motivazione della decisione amministrativa, ma anche su tutti gli interessi valutati dall'amministrazione per decidere; non solo sull'errore manifesto, ma anche sul travisamento nelle valutazioni dell'amministrazione; non solo sulla ragionevolezza, ma anche sulla proporzionalità della decisione amministrativa<sup>91</sup>.

L'ingiustizia manifesta si distingue dal vizio di opportunità solo per un fattore quantitativo<sup>92</sup>; l'illogicità, invece, risulta spesso da una valutazione di idoneità del mezzo rispetto al fine<sup>93</sup>. Quanto alla proporzionalità, poi, la sua verifica varia per intensità: in alcuni casi il giudice si è limitato a censurare atti amministrativi manifestamente sproporzionati, altre volte si è spinto fino a un controllo sostanziale, arrivando a bilanciare i benefici arrecati agli interessi pubblici e i sacrifici imposti ai privati.

Il confine è mobile, oltre che molto sottile.

---

<sup>90</sup> Cfr. V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 671, secondo il quale il controllo giurisdizionale sull'eccesso di potere rappresenta la forma più penetrante del sindacato giudiziario sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Come rileva G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 51, la confusione dei confini tra sindacato sul merito e sindacato di ragionevolezza sulla discrezionalità costituirebbe un problema generale, che riguarderebbe anche la giurisdizione amministrativa.

<sup>91</sup> M. D'ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, cit., 93.

<sup>92</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 220. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 335 sottolinea come il confine tra eccesso di potere e inopportunità diventi assai labile quando la figura sintomatica «anziché formuletta empirica probante in modo indiziario una ipotetica illegittimità, venga gabellata per strumento diagnostico di sicuro accertamento dell'eccesso di potere». R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 547 definiscono la manifesta ingiustizia come figura di confine tra eccesso di potere e merito.

<sup>93</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 981.

### 2.3. Lo sviamento di potere come violazione di legge: dalla prospettiva amministrativa a quella penale. Criticità

Un dibattito che si è sollevato con costanza dopo le riforme più recenti del reato in esame ha riguardato la possibilità che l'eccesso di potere potesse fondare l'abuso d'ufficio, alla luce della sua riconducibilità, più o meno diretta, alla violazione di una norma di legge<sup>94</sup>.

La riforma introdotta nel 1997 si proponeva proprio di evitare che l'eccesso di potere potesse rilevare ai fini dell'abuso d'ufficio e l'analisi che abbiamo condotto su questo vizio – in continua evoluzione e non sempre facilmente distinguibile da quello di merito<sup>95</sup> – ci ha permesso di comprendere meglio le ragioni di tale obiettivo.

Come abbiamo visto, però, se l'incompetenza è la violazione di legge sulla misura dell'attribuzione del potere, anche l'eccesso di potere è stato ricompreso sempre più frequentemente nel vizio amministrativo della violazione di legge, almeno a partire dalla riforma introdotta con la legge 241/1990<sup>96</sup>.

Prima della Costituzione repubblicana la distinzione tra i tre tipi di vizi di legittimità poteva avere rilievo nella prospettiva del diritto amministrativo, poiché la normativa allora vigente, in particolari ipotesi, non ammetteva l'impugnativa ora per l'uno ora per l'altro di essi. Oggi

---

<sup>94</sup> Cfr. cap. 1 par. 3.2.2.2 del presente volume. Cfr. altresì R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 463 ss. Abbiamo già ricordato, nel primo capitolo, come il vizio di violazione di legge, proprio del diritto amministrativo, non debba essere esportato meccanicamente nell'ambito penale, dove si parla di violazione di norme di legge, ma ci sembra interessante evidenziare come anche E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit., 347 s. già si soffermassero sul sottile confine che separava alcune ipotesi di eccesso di potere dalla violazione di legge (quando mancava il presupposto giustificativo dell'esercizio del potere, rispetto alle finalità fissate dalla norma attributiva).

<sup>95</sup> Come rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 490, il discrimine tra scelta irragionevole e scelta solo criticabile rimane molto sottile.

<sup>96</sup> F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 14.

l'art. 113 c. 2 Cost. ha definitivamente superato questo problema, escludendo ogni limitazione della tutela giurisdizionale<sup>97</sup>.

La giurisprudenza utilizza spesso le nozioni di violazione di legge e di eccesso di potere secondo criteri di sostanziale indistinzione<sup>98</sup>. Nella prassi, quando si articolano i c.d. vizi motivi, si evidenzia la contemporanea presenza di più vizi di legittimità, l'eccesso di potere e la violazione di legge, perché la disparità di trattamento, o il difetto di istruttoria, per esempio, possono rappresentare un eccesso di potere, ma anche una violazione di legge per non aver rispettato le norme legislative che richiedono una partecipazione particolare dei cittadini o degli interessati<sup>99</sup>.

I vizi non si escludono a vicenda. Secondo buona parte della dottrina, anzi, invocare il vizio di violazione di legge o di regolamento significherebbe includere tutti i vizi degli atti amministrativi. Nella prospettiva fatta propria dalla dottrina amministrativistica, poi, essendo quelle di diritto pubblico tutte norme imperative non sarebbe possibile escludere dal vizio la violazione delle norme procedurali: «la latitudine della violazione di norme di legge e di regolamenti [...] risulta praticamente omnicomprensiva»<sup>100</sup>.

La giurisprudenza penale si è mostrata fino a ora ben poco permeabile alle novità, ma ci sembra di poter dire che, a meno che non si voglia giungere a una illegittima e costante forzatura della lettera della legge, le ipotesi più classiche di eccesso di potere – ancorché ricondotte anche per il diritto amministrativo nel quadro della violazione di legge – nonché, a maggior ragione, quelle riconosciute dalla giurisprudenza

<sup>97</sup> F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere. I. Profili generali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 6, Roma, 1988.

<sup>98</sup> E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit., 348.

<sup>99</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 463 ss.

<sup>100</sup> S. DE FELICE, *Performance della Pubblica Amministrazione e possibili riforme dei reati della Pubblica Amministrazione*, cit., 1. A lui si devono principalmente le considerazioni svolte anche nelle righe precedenti. Sul punto cfr. R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 83, nonché R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 572 che si esprimono in termini molto critici rispetto a questa tendenza espansiva di una categoria, la violazione di legge, chiamata a riassumere qualunque altro vizio di legittimità, annacquando le differenze.

amministrativa più di recente, non dovrebbero rilevare dopo la riforma del 2020, che ha interessato l'abuso d'ufficio. Le ragioni sono legate ai requisiti neointrodotti di qualificazione delle norme di legge violate (specificità) e soprattutto all'esclusione della rilevanza della violazione delle norme dalle quali residuino margini di discrezionalità. Non si tratta più di dare rilievo alla violazione di una norma di legge (o di regolamento) qualsiasi<sup>101</sup>.

Ci soffermeremo ancora su quest'ultimo aspetto nel prossimo paragrafo, ma ora riteniamo di dovere invece dedicare qualche considerazione più approfondita al tema dello sviamento di potere.

Così come le figure sintomatiche dell'eccesso di potere hanno ancora uno statuto teorico incerto, anche il rapporto tra l'eccesso di potere e lo sviamento non è definito in modo univoco dalla dottrina amministrativistica.

Molto spesso lo sviamento viene considerato la forma di eccesso di potere per eccellenza o primigenia<sup>102</sup>; in altre occasioni, al contrario, esso viene semplicemente giustapposto alle figure sintomatiche, quale tecnica di controllo sull'esercizio del potere amministrativo che si concentra sul fine perseguito con il provvedimento.

La diversa impostazione non muta l'esito: le ipotesi acclarate di sviamento di potere sono molto rare. Si sottolinea quanto eccezionale sia riscontrarlo, visto che «richiede la difficile dimostrazione del diverso fine perseguito con il provvedimento»<sup>103</sup>; un provvedimento che al-

<sup>101</sup> G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 153, peraltro, già escludeva che l'eccesso di potere per disparità di trattamento potesse essere ricondotto all'inosservanza di una norma di legge.

<sup>102</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215. In tal senso cfr. anche M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 184, nt. 17; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 210; G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 99.

<sup>103</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 984. Cfr. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 480; G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, cit., 102.

l'apparenza si presenta conforme alle disposizioni normative che regolano quel potere.

In una diversa prospettiva ancora, il vizio di eccesso di potere, costruito nel tempo grazie alle figure sintomatiche, è stato ricondotto a unità proprio grazie allo sviamento di potere. Più precisamente, le figure diverse dallo sviamento costituirebbero dei meri quadri sintomatici da cui desumere proprio l'esistenza di quest'ultimo vizio<sup>104</sup>, di difficile accertamento<sup>105</sup>. Di fronte alla difficoltà – ampiamente riconosciuta – di individuare con certezza l'interesse pubblico a cui deve essere finalizzata l'azione amministrativa, nonché di dimostrare gli scopi dissimulati realmente perseguiti dall'agente, la giurisprudenza amministrativa è andata alla ricerca delle spie dello sviamento<sup>106</sup>.

Come abbiamo già evidenziato, questa lettura, però, è tutt'altro che pacifica, visto che le singole figure sono idonee a viziare il provvedimento autonomamente: il loro valore non è solo indiziario, ma sostanziale, visto che la pubblica amministrazione non è ammessa a provare il contrario e quindi che l'interesse pubblico è stato correttamente perseguito<sup>107</sup>.

Al di là della soluzione che si voglia preferire, ciò che suscita maggiori perplessità è il fatto che, proprio con riferimento alla complessa figura della sviamento, la giurisprudenza successiva al 1997 è arrivata, con il supporto di parte della dottrina, ad affermare che sussisterebbe

<sup>104</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 99; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 984; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 78.

<sup>105</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 980; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 502 s.

<sup>106</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343.

<sup>107</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 221; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 15; G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, cit., 103. La contraddittorietà è rilevata anche da E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343, il quale ricorda, peraltro, che si tratterebbe di una *probatio diabolica* dato che si ricorre alle figure sintomatiche proprio nei settori in cui non è chiaro quale sia l'interesse pubblico, perché la P.A. è chiamata a scegliere quale, tra gli interessi contrapposti, deve prevalere e in che misura.

una violazione di legge, rilevante per l'art. 323 c.p., anche in talune ipotesi di "eccesso di potere"<sup>108</sup> e che, secondo qualche pronuncia di legittimità, proprio questa ipotesi avrebbe superato indenne anche la riforma del 2020<sup>109</sup>. Vi è una certa concordanza di opinioni sull'esistenza di un rapporto di continenza tra legalità e sviamento<sup>110</sup>.

Anche la dottrina penalistica più aperta ad ammettere addirittura un vaglio giurisdizionale sul merito amministrativo – indispensabile in questa prospettiva per comprendere se un merito amministrativo sussista o ricorra piuttosto un merito criminoso<sup>111</sup> – ha evidenziato però quanto sia importante che i parametri di riferimento siano sufficientemente determinati, se si vuole impedire che la valutazione giudiziale si svolga sovrapponendo alla discrezionalità amministrativa solo un diverso modo di intenderla. Per stabilire se ricorre un abuso di potere, infatti, è necessario definire lo scopo istituzionale per cui il potere è conferito, ma la garanzia di sufficiente determinatezza resterà incompleta

se non si provvederà [...] a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa ed elaborata di quanto non sia finora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il di-

---

<sup>108</sup> M. GAMBARELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., 742 ss., invece, ritiene addirittura che l'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa non possa essere sottratto al giudice penale e che esso non possa essere circoscritto all'accertamento del solo uso del provvedimento amministrativo per un fine diverso da quello dello schema normativo.

<sup>109</sup> Cfr., sul punto, cap. 1 par. 3.2.2.2 e cap. 2 par. 6 di questo volume. *Contra* A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 28, anche nelle ipotesi in cui lo sviamento sveli un'odiosa strumentalizzazione della funzione pubblica.

<sup>110</sup> Cfr. C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 216.

<sup>111</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88.

ritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico<sup>112</sup>.

Anche senza arrivare a tali estremistiche affermazioni, nella realtà del diritto amministrativo che conosciamo, lo schema dello sviamento rischia di essere semplicistico, perché la situazione è complessa e molto spesso la funzionalizzazione si esaurisce in un generico riferimento all'interesse pubblico. Il fine pubblico del potere non è enunciato in modo espresso dalla legge oppure viene indicato mediante nozioni che non hanno un significato chiaro. Nello svolgimento di questa delicata attività interpretativa della norma attributiva del potere, quindi, i dubbi hanno spesso il sopravvento e si finisce per lasciare all'amministrazione il compito di indirizzare la propria azione verso il perseguimento di uno qualsiasi degli interessi compresi nella propria attribuzione<sup>113</sup>.

La tendenza verso cui si muovono le attuali tecniche legislative ha un verso opposto rispetto a quello della definizione legislativa degli interessi protetti: «la linea è piuttosto verso un uso sempre più accentuato di *open ended standards*, nella direzione di una indeterminatezza sostanziale, cui spesso fa riscontro la vincolatezza procedimentale»<sup>114</sup>.

L'interesse per la cui cura il potere è stato attribuito deve essere ricavato dal contesto nel quale la norma è inserita o dalla normativa che istituisce l'Amministrazione chiamata a curare diversi interessi<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 139. Egli afferma altresì (p. 158) che per vincolare il giudice occorre, prima di tutto, che l'amministrazione sia vincolata, in qualche modo.

<sup>113</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 9. A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 157 si sofferma sulle «difficoltà prettamente giuridiche dell'amministrare», discendenti anche dalla «frammentarietà, oscurità e contraddittorietà delle fonti». Sul punto cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 284; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 95 ss.; 480 s.; G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, cit., 100.

<sup>114</sup> E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit., 347.

<sup>115</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 289 s. Cfr. anche G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 211.



È ammissibile, allora, quando è in gioco la responsabilità penale, una forma di concretizzazione giudiziale parallela a quella che ha caratterizzato la complessa evoluzione del concetto di sviamento di potere nella giurisprudenza amministrativa?<sup>116</sup> È necessario ricordare che il sindacato del giudice amministrativo volto ad accertare l'illegittimità di un provvedimento utilizza categorie di invalidità che non sono ispirate al principio di tassatività<sup>117</sup>: si parla di «normazione pretoria»<sup>118</sup>. Se si può di certo condividere l'opinione per la quale si deve escludere che le figure sintomatiche siano compatibili con l'art. 25 Cost.<sup>119</sup>, allo stesso modo non ci sembra che l'eccesso di potere per sviamento offra maggiori garanzie di compatibilità col principio.

Il principio di necessaria determinatezza/tassatività delle fattispecie esclude che il giudice penale possa utilizzare acriticamente per il sindacato sull'attività amministrativa i criteri di accesso alla sfera della discrezionalità che caratterizzano il controllo sugli atti esercitato dal giudice amministrativo<sup>120</sup>.

È pur vero che il giudice penale, per riscontrare lo sviamento, ha per certi versi a disposizione strumenti processuali più penetranti del giudice amministrativo<sup>121</sup>, ma la corretta individuazione dell'interesse pubblico perseguito in concreto e della sua compatibilità con quello che si

<sup>116</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 394. Anche M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 184 s., in verità, si soffermava sulla complessità del giudizio richiesto al giudice per l'accertamento dello sviamento: l'autorità chiamata ad accertarlo «ripete in fondo qualche cosa della ponderazione degli interessi compiuta dall'autorità che ha emanato l'atto».

<sup>117</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 164.

<sup>118</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 16.

<sup>119</sup> A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 78.

<sup>120</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 672.

<sup>121</sup> T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 177; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 31.

sarebbe dovuto perseguire, perché assunto dalla norma come fine del potere attribuito<sup>122</sup>, rimane un problema molto difficile da affrontare.

Nella realtà, lo sviamento, infatti, non va considerato unicamente in relazione a un chiaro e unico interesse pubblico generale al quale l'attività della pubblica amministrazione deve orientarsi. È necessario tener conto dei diversi vincoli posti dalle norme che se, per un verso, possono orientare verso un fine precostituito, dall'altro tutelano altri interessi che si intrecciano tra loro e con il primo. Anche sul versante dei c.d. interessi secondari, infatti, il quadro è molto più complesso di come lo aveva originariamente tratteggiato Giannini. Il modello organizzativo di riferimento della concezione gianniniana è coerente con quello che esisteva nell'epoca in cui l'Autore scriveva, contraddistinto da organi che agivano senza un necessario coordinamento con altri organi, centri di riferimento – a loro volta – di interessi pubblici diversi<sup>123</sup>.

Da un lato, l'amministrazione ha perso il suo carattere prevalentemente autoritativo e ha assunto una struttura assai complessa. Il procedimento amministrativo, oggi, non è più il prodotto della volontà o del giudizio di un solo individuo, ma è costruito come un'operazione complicata, nell'ambito della quale è molto difficile riuscire ad attribuire a un solo soggetto una volontà specifica che possa rappresentare la volontà, sviata, dell'amministrazione. Lo sviamento è incompatibile con la moderna organizzazione della P.A.<sup>124</sup>.

Dall'altro, gli interessi pubblici di cui l'amministrazione deve tener conto sono divenuti, nel tempo, sempre più numerosi, in conseguenza

---

<sup>122</sup> In questi termini, secondo C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 229, andrebbe inteso lo sviamento di potere. L'Autrice ritiene che per tale via sia possibile riportare lo sviamento alla violazione di legge, sia con riferimento alla sistematica dei vizi di legittimità sia con riferimento al sindacato del giudice penale. Le indicazioni offerte sono interessanti, ma soffrono di una certa astrattezza. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss. rileva l'ambiguità della nozione di interesse pubblico, che appare insieme come precetto contenuto nella legge e frutto della decisione dell'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità intesa come ponderazione di interessi.

<sup>123</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 106 s.

<sup>124</sup> Cfr. M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V, 1983, 249 ss., sugli sviluppi strutturali e organizzativi della P.A.

della maggior complessità sociale e del manifestarsi nella società di domande più esigenti nei confronti della P.A. Tali interessi non sono necessariamente armonici, anzi possono essere tra loro confliggenti<sup>125</sup>, e la legge sempre più spesso abbandona la propria funzione ordinatrice<sup>126</sup>.

La pluralità degli interessi pubblici, così, ha reso la scelta amministrativa ancora più problematica di quella che poteva essere quando all'amministrazione era affidata la cura, almeno in astratto, di un solo interesse<sup>127</sup>. Gli interessi privati poi hanno mutato dimensione, potendo essere sia individuali sia collettivi<sup>128</sup>.

L'amministrazione, insomma, si trova a fare i conti con l'assenza di una scala di valori e di interessi tra loro preventivamente gerarchizzabili dal legislatore<sup>129</sup>.

L'immagine che si ricava da questo quadro è quella di un potere discrezionale molto creativo, nel quale, inevitabilmente, il ruolo del giudice tende ad attenuarsi<sup>130</sup>.

Per tornare allora al tema del sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionale ci pare importante ricordare che proprio l'equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare la discrezionalità amministrativa e quella di controllare le deviazioni della patologia amministrativa è ciò che caratterizza o che almeno dovrebbe caratterizzare la sensibilità che si richiede alla giurisdizione amministrativa, nata, non a caso, da una costola

<sup>125</sup> L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporti con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, cit., 72.

<sup>126</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 145.

<sup>127</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 670. S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit., 86 parla di «ruolo creativo dell'azione amministrativa».

<sup>128</sup> L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, cit., 72.

<sup>129</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 105. Cfr. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 106.

<sup>130</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 11.

dell'amministrazione<sup>131</sup>. Nel contesto amministrativistico, del resto, la legittimità del provvedimento amministrativo non costituisce un valore assoluto, da difendere a tutti i costi, visto che viene attribuito un valore preminente alla stabilità dell'atto<sup>132</sup>.

Non sono da sottovalutare allora le preoccupazioni di quella dottrina che ci ha ricordato come non sembra che chi esercita il sindacato penale abbia sempre consapevolezza del fatto che agire discrezionalmente «non significa fare la, relativamente, semplice operazione di imporre la prevalenza di un interesse pubblico dato su interessi privati contrastanti»<sup>133</sup>. L'interesse pubblico da perseguire con la decisione, infatti, è il risultato di un confronto procedimentalizzato tra diversi interessi pubblici – e privati – tra i quali non si può dire *a priori* che uno prevalga sull'altro, giuridicamente<sup>134</sup>. L'elaborazione della decisione amministrativa non può essere intesa deterministicamente «in chiave logico-deduttiva, come applicazione di regole legali predefinite»<sup>135</sup>.

L'interesse pubblico, nei casi in cui alla P.A. sia stato affidato l'esercizio di un potere discrezionale, non costituisce un dato predeterminato con compiutezza dalla norma attributiva, quanto piuttosto un «interesse-risultato»<sup>136</sup>, che si specifica progressivamente nella dinamica pro-

<sup>131</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 671.

<sup>132</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 10.

<sup>133</sup> D. SORACE, *Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, in ID. (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, cit., XXIV. Cfr., sul punto, anche A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 160, che ricorda l'importanza di comprendere il funzionamento dei meccanismi decisionali della P.A.

<sup>134</sup> Cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 70: «il compendio degli interessi pubblici non può mai essere definito aprioristicamente e in modo esaustivo». Cfr. anche S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 192.

<sup>135</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 99.

<sup>136</sup> *Ivi*, 203 ss. Cfr. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 131.

cedimentale e si manifesta *a posteriori*<sup>137</sup>. Solo con la decisione discrezionale dell'amministrazione si stabilisce quale interesse concreto debba prevalere; quindi, la circostanza che con una decisione amministrativa risulti soddisfatto un interesse privato non può essere considerata né come sintomo di illegittimità amministrativa né, a maggior ragione, di illiceità penale. Il sindacato di legalità dovrebbe essere rigido, mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa non può che essere elastico, perché è «il riflesso della esteriorizzazione di prassi argomentative tipiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa»<sup>138</sup>.

Se in questo quadro si arrivasse a ritenere che il giudice penale può sindacare, *ex post* e in modo del tutto sovrano – rimettendo in discussione l'adeguatezza della ponderazione degli interessi che sola ha effettivamente permesso di individuare l'interesse da far prevalere –, se il fine perseguito sia inibito al soggetto (sicché il suo perseguimento, di per sé solo, implica una qualificazione della condotta in termini di abuso), sarebbe molto facile per lui svolgere una costante supervisione su qualunque forma di iniziativa dei pubblici agenti. Il potere giudiziario potrebbe svolgere un controllo troppo penetrante, non privo di interferenze con la riserva di merito, e finirebbe per dettare implicitamente all'amministrazione criteri e direttive per la sua azione concreta<sup>139</sup>.

In un'ipotesi semplice come quella di una concessione per l'uso di un bene demaniale per l'installazione di uno stabilimento balneare, per riconoscere lo sviamento rispetto all'interesse "primario" dello sviluppo del turismo, non dovrebbe assumere una rilevanza decisiva cogliere l'avvenuta soddisfazione o mancata soddisfazione di un interesse privato, quanto invece considerare la portata di quello connesso ad attività economiche tradizionali come la pesca o lo sfruttamento delle risorse naturali o ad altre attività ricreative. Per questa via, però, ci si avvicine-

---

<sup>137</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 12.

<sup>138</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 11.

<sup>139</sup> G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 81; 97. Cfr. V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 7, nt. 40; C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 74.

rebbe pericolosamente all'attività di ponderazione degli interessi riservata all'amministrazione e si renderebbe ben poco prevedibile la norma incriminatrice che lo valorizzi.

Per fare un esempio ulteriore, che presenta tuttavia delle peculiarità significative connesse all'esercizio della discrezionalità tecnica, anche per accertare se sussista realmente uno sviamento di potere rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio in un concorso pubblico, dove sarebbero stati scelti, da parte dei commissari, i raccomandati in luogo dei migliori, potrebbe essere necessario operare un sindacato sulla discrezionalità sostanzialmente senza confini (chi sono i migliori?). Un sindacato che peraltro – come più volte evidenziato – potrebbe essere esercitato solo *a posteriori*, per legittimare le conseguenze sanzionatorie.

### *3. Attività discrezionale e vincolata della pubblica amministrazione: criteri di differenziazione*

Analizzate fino a ora, anche grazie all'apporto della dottrina amministrativistica, almeno alcune delle difficoltà che si incontrano – nell'ambito dell'abuso d'ufficio – nel definire dei limiti al sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa che siano compatibili con il principio di separazione dei poteri e con il principio di determinatezza e tassatività del diritto penale, ben si può comprendere per quale ragione il legislatore del 2020 possa aver scorto proprio nel riferimento del reato all'attività vincolata la soluzione di molti problemi. Cercheremo ora di capire se la soluzione offerta dall'attuale formulazione del reato sia o meno soddisfacente.

#### *3.1. L'attività della pubblica amministrazione tra vincolatezza e discrezionalità*

La discrezionalità esiste, in senso proprio, quando chi decide lo fa scegliendo fra un ventaglio di opzioni possibili oppure, detto altrimenti, adottando una decisione all'interno di uno spazio libero ma circoscritto, segnato da un perimetro oltre il quale la decisione sarebbe illegittima.

Come ampiamente analizzato, vanno osservate innanzitutto le direttive che impongono il perseguimento dell'interesse pubblico o degli interessi pubblici primari, sebbene nella realtà si debba tener sempre conto anche degli interessi secondari, che ai primi – spesso già in conflitto tra loro – si contrappongono<sup>140</sup>. La scelta discrezionale, orientata dall'orizzonte teleologico dell'interesse pubblico, deve uniformarsi poi a principi, criteri e regole di disciplina, più o meno aperte, più o meno elastiche, e quindi idonee a concretizzarsi per mezzo dell'assimilazione di regole d'esperienza apprese da chi svolge la funzione.

La tesi tradizionale definisce la discrezionalità come ponderazione di interessi<sup>141</sup>.

La discrezionalità amministrativa è tuttavia multiforme, poiché può assumere sia le sembianze della discrezionalità amministrativa in senso proprio, che ben risponde a questa definizione, sia quelle della discrezionalità tecnica, che si risolve in una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici e implica una deliberazione non del tutto vincolata, ma comunque slegata dalla logica del bilanciamento di interessi.

Per essere ancora più precisi, poi, si distingue tra discrezionalità nell'*an* – cioè sul se esercitare il potere in una determinata situazione ed emanare un certo provvedimento – nel *quando* – quando emanarlo – nel *quomodo* – come esternarlo e con quali elementi accidentali – e, infine, nel *quid* – con quale contenuto – che di solito è la discrezionalità più ampia<sup>142</sup>.

In base alla norma che conferisce il potere, esso può essere discrezionale o vincolato in relazione a uno o più degli elementi indicati<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 93.

<sup>141</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 266.

<sup>142</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 758; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 295; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 142 ss.; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 35. È opportuno ricordare, però, che la previsione di un obbligo generale per l'amministrazione di provvedere entro un dato termine ha quasi annullato i margini di discrezionalità sul se e quando provvedere.

<sup>143</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 127.

La legge, nell'attribuire il potere, infatti, può lasciare una diversa ampiezza di scelta all'amministrazione. Può lasciare a quest'ultima la definizione dell'assetto degli interessi o può indicare un criterio di decisione, ma può arrivare fino ad annullare i margini di scelta, prevedendo l'adozione del provvedimento al realizzarsi di determinati presupposti.

All'attività discrezionale, così, viene contrapposta quella vincolata, che è l'attività interamente regolata dalle norme, con esclusione di ogni possibilità di scelta per l'amministrazione. Nell'attività vincolata, ogni valutazione relativa all'interesse pubblico risulta assorbita dalle norme che la disciplinano. Se la P.A. riscontra la sussistenza dei presupposti normativamente definiti, è tenuta ad adottare il provvedimento predefinito dalla legge: vi è una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà<sup>144</sup>.

Il potere è vincolato quando il suo esercizio appare come rigorosa esecuzione della legge<sup>145</sup>.

Come già si può intuire, però, secondo la maggior parte della dottrina, nessun atto è, di regola, totalmente discrezionale, così come nessun atto è assolutamente vincolato<sup>146</sup>. L'attività vincolata è una categoria che sul piano teorico ha una sua validità indiscutibile, ma sul piano pra-

---

<sup>144</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 53; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 86. Come rileva M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 124, se il potere è integralmente vincolato, anche i soggetti privati sono in grado di valutare da soli se sono loro consentiti una certa attività o un certo comportamento: l'art. 19 l. 241/1990 ha introdotto un regime di liberalizzazione per molte autorizzazioni vincolate.

<sup>145</sup> E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 8 s.

<sup>146</sup> G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit., 8; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 113. Cfr. ampiamente R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 72 ss.



tico è di rara configurazione<sup>147</sup>, perché l'azione amministrativa è una mera esecuzione della legge solo in pochissimi casi<sup>148</sup>.

In termini più estremi, è stata negata la stessa configurabilità dell'attività vincolata. Secondo Giannini, la vincolatezza è un'astrazione verbale: essa fu introdotta solo per la propensione alle simmetrie concettuali, propria del formalismo giuridico, come correlato della discrezionalità. È preferibile parlare di potestà discrezionale che ha dei momenti vincolati, più che di attività vincolata contrapposta a quella discrezionale<sup>149</sup>.

Da un altro punto di vista, c'è chi ha evidenziato come non esistano leggi che si possano definire interamente vincolanti, in quanto esse devono essere comunque interpretate, lasciando all'amministrazione uno spazio di scelta tra più interpretazioni astrattamente possibili<sup>150</sup>. Anche se ci si trova in presenza di un momento volitivo *sui generis*, la scelta amministrativa qui coincide con la scelta di una tra le interpretazioni possibili delle norme<sup>151</sup>. Diventa "discrezionale", insomma, l'individuazione della norma da applicare<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 53.

<sup>148</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 25. Cfr. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 88 s.

<sup>149</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, 53. Cfr. M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 270. Anche L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 306, 326 propende per una definizione "allargata" di discrezionalità, eventualmente caratterizzata da momenti vincolati.

<sup>150</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 25. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 442 ricorda che non esiste una norma giuridica talmente chiara da non richiedere di essere interpretata. Benvenuti (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 251 s.) ritiene, addirittura, che tra interpretazione e discrezionalità vi sia solo una differenza di misura. Vi sono scelte di opportunità in ogni fase del procedimento ermeneutico e la valutazione di opportunità è quindi comune a entrambe le figure. Cfr. anche E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 59.

<sup>151</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 670.

<sup>152</sup> Come rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 61, se, ai nostri giorni, vi è una certa concordia sul fatto che l'interpretazione non coin-

Come è stato precisato, vincolatività e discrezionalità si incontrerebbero in una zona grigia caratterizzata, sul fronte della vincolatezza, dai margini di opinabilità dell'attività interpretativa e, sul versante della discrezionalità, dalla compressione fattuale della libertà di scelta. Solo in astratto l'attività potrebbe dirsi discrezionale, essendo invece vincolata in concreto, perché la pubblica amministrazione è tenuta all'effettuazione di una sola scelta legittima<sup>153</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, infine, la discrezionalità sarebbe addirittura il carattere tipico del potere amministrativo, e dovrebbero essere esclusi dal novero dei provvedimenti amministrativi gli atti che non riflettono una scelta dell'amministrazione, perché verrebbe meno il potere unilaterale della P.A. di emanare disposizioni per curare l'interesse di cui essa è titolare<sup>154</sup>.

Come è stato bene evidenziato, però, non mancano esempi di atti che possono dirsi ampiamente vincolati, nel senso che all'amministrazione è lasciata soltanto una limitata discrezionalità nel *quando*. Basti pensare ad alcune autorizzazioni, che devono essere rilasciate solo sulla base dell'accertamento di presupposti oggettivi<sup>155</sup>.

La legge, del resto, ne ammette l'esistenza (art. 21-*octies* l. n. 241/1990) e molti atti vincolati sono soggetti al regime tipico del provvedimento amministrativo discrezionale: sono atti unilaterali, emanati a seguito di un procedimento e motivati, che possono essere annullati dal giudice

cide con la discrezionalità, in passato questa acquisizione era tutt'altro che pacifica. Cfr. anche R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 85.

<sup>153</sup> F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, 1991, 98. Cfr. sul punto anche E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 183, che parla di vincolo *a posteriori* e critica (p. 370) l'idea per la quale nell'agire provvedimentoale vi sarebbe una sfera libera alla quale corrisponderebbe l'insindacabilità giurisdizionale della scelta.

<sup>154</sup> Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, 114 ss. Cfr. altresì M. GAMBARDILLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 117 che sottolinea come, dove vi sia attività vincolata, non esista un pubblico potere; G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 14.

<sup>155</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 762.

amministrativo. Affinché si realizzi l'interesse prefigurato dalla norma, poi, è comunque necessario che venga emanato il provvedimento amministrativo e gli effetti si produrranno determinando delle modificazioni nella sfera giuridica altrui in maniera imperativa<sup>156</sup>.

La definizione della natura vincolata o discrezionale dell'atto incide su diverse conseguenze: sui poteri del giudice in caso di silenzio-inadempimento, sulla risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo – definendo i limiti entro i quali il giudice, adito con domanda risarcitoria, può spingersi nel formulare un giudizio di spettanza del bene della vita preteso<sup>157</sup> – e sull'annullabilità di atti affetti da vizi.

Il dovere motivazionale, prescritto dall'art. 3 l. 241/1990, assume maggiore o minore consistenza a seconda che venga in considerazione un provvedimento discrezionale o vincolato. Per quest'ultimo può ritenersi assolto con la c.d. giustificazione, volta a dare atto della riscontrata sussistenza dei presupposti di legge per l'adozione della determinazione amministrativa.

La natura sostanzialmente vincolata di un atto rende altresì inapplicabile a esso alcune figure di eccesso di potere, anche se la dottrina ritiene preferibile affermare che l'eccesso di potere è da escludersi soltanto con riferimento ai momenti vincolati dell'attività amministrativa<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Per un esame di entrambe le posizioni cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 55 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 763.

<sup>157</sup> Solo nel caso di attività amministrativa vincolata, infatti, ricorre in maniera certa l'ingiustizia del danno per la lesione dell'interesse/diritto al provvedimento: cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 89 ss.

<sup>158</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 983. *Contra*: F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, cit., 162, per il quale, in ipotesi di attività vincolata, che non è preordinata alla formazione di vincoli nuovi, ma solo alla cognizione di vincoli già esistenti, si configura un eccesso di potere se l'interprete «svolge l'attività, che gli è preclusa, di sovrapporre indebitamente un "proprio" vincolo *a posteriori* a quello *a priori* fornito dalla norma». Secondo E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, cit., 94 il vizio di travisamento dei fatti, per esempio, si riscontra anche in contesti di attività vincolata. Nello stesso senso: G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, cit., 108. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa*, cit., 108.

In tema di annullabilità, poi, è bene ricordare il contenuto dell'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990, n. 241, che esclude il rilievo caducante dei vizi formali e procedurali quando «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»<sup>159</sup>. La ragione della limitazione del funzionamento del meccanismo sanante all'atto vincolato è agilmente comprensibile: il compito del giudice di verificare quale sarebbe stato il contenuto del provvedimento qualora l'amministrazione avesse osservato la norma violata non deve comportare una sua sostituzione alla P.A. nel compimento di scelte discrezionali di sua esclusiva competenza.

Infine, e soprattutto, per quanto abbiamo già analizzato in merito alla riforma del 2020, per l'abuso d'ufficio è oggi decisivo stabilire se un provvedimento abbia carattere discrezionale o vincolato o, più precisamente, è indispensabile capire quando si è in presenza di «specifiche regole di condotta» «dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Come già ricordato nel primo capitolo, la formulazione dell'art. 31 c. 3 cod. proc. amm., in tema di giudizio avverso il silenzio della pubblica amministrazione in presenza di «attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità»<sup>160</sup>, non può offrire indicazioni decisive, in quanto anche a un primo sguardo si comprende che essa ha rappresentato solo in parte il modello

---

*tiva e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 257 ritiene che, visto che il bilanciamento tra gli interessi in conflitto è stato già operato preventivamente dal legislatore, l'atto vincolato richiede solo un controllo di conformità tra la fattispecie astratta e quella concreta, lasciando ipotizzare, in caso di difformità, unicamente vizi di incompetenza e di violazione di legge, e non quello di eccesso di potere.

<sup>159</sup> Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 581 ss.; M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 88.

<sup>160</sup> In queste ipotesi il giudice può spingersi non solo fino a condannare l'amministrazione a emettere un provvedimento espresso, ma anche fino a indicare il contenuto specifico di quel provvedimento: F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., nt. 30.

normativo al quale si è riferito il legislatore della riforma del reato<sup>161</sup>. Nel Codice del processo amministrativo il legislatore sembrerebbe addirittura distinguere – e non sovrapporre, come è stato naturale pensare per l’abuso d’ufficio – l’attività vincolata e l’attività priva di margini di discrezionalità ma, come vedremo, l’articolo in questione rimane una disposizione da considerare anche per l’interpretazione dell’art. 323 c.p.

Immaginare una disposizione normativa rigida, che fissi in modo puntuale ed esaustivo la regola di condotta imposta al funzionario pubblico, eliminando la possibilità di visioni contrastanti nella sua applicazione, è, secondo taluno, illusorio<sup>162</sup>. Anche a non ritenerlo illusorio, alla luce di quanto abbiamo fino a ora illustrato, ci sembra di poter dire che è comunque molto raro e, quindi, che l’ambito applicativo dell’abuso d’ufficio per violazione di legge è oggi ridotto.

Come abbiamo ben compreso, tra i due poli opposti – esercizio vincolato ed esercizio discrezionale dell’attività amministrativa – ci sono molte gradazioni e provvedimenti riconducibili solo parzialmente a una categoria o all’altra.

Una tesi interpretativa alternativa da considerare per l’art. 323 c.p. è allora quella che valorizza l’esistenza di norme idonee a disciplinare la discrezionalità tecnica e quella propriamente amministrativa per legittimare ancora un sindacato più ampio del giudice penale sulle scelte inerenti a tali ambiti, nonché il mantenimento, altrimenti quasi simbolico, della figura dell’abuso d’ufficio per violazione di legge. Visto che la funzione amministrativa preordinata all’adozione di atti discrezionali può essere disciplinata anche da regole rigide, non si dovrebbero escludere *tout court* gli atti discrezionali dall’ambito applicativo della prima modalità di integrazione dell’abuso d’ufficio.

---

<sup>161</sup> M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, cit., 143.

<sup>162</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d’ufficio dopo l’ultima riforma*, cit., 25.

La disposizione vigente dell'art. 323 c.p., non a caso, non si riferisce agli atti discrezionali, ma, appunto, a regole da cui non residuino margini di discrezionalità<sup>163</sup>.

Questa lettura è certamente interessante, ma per comprendere se sia davvero compatibile con il nuovo disposto dell'art. 323 c.p., che introduce diverse limitazioni sul fronte delle regole da considerare – “specifiche” e “previste dalla legge o da atti aventi forza di legge” – si deve tener conto dei caratteri e della natura dei limiti al potere discrezionale che si riscontrano nella realtà del diritto amministrativo.

Dobbiamo innanzitutto ricordare che nella nozione di atti vincolati la dottrina amministrativistica fa rientrare non solo quelli che lo sono in origine, ma anche quelli che lo sono diventati, pur essendo in origine discrezionali, per effetto di accordi tra la P.A. e i privati o tra amministrazioni, per effetto di un prosciugamento della discrezionalità che consegue a una pronuncia giurisdizionale oppure a un autovincolo amministrativo<sup>164</sup>. Questo autovincolo alla discrezionalità in alcuni casi è spontaneo, in altri casi – sempre più frequenti nelle disposizioni normative più recenti<sup>165</sup> – deriva da un obbligo legislativo di predeterminazione e pubblicazione dei criteri o delle modalità di valutazione, come in ipotesi di concessione dei contributi o attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere (art. 12, l. 7 agosto 1990, n. 241)<sup>166</sup>.

Come ci conferma indirettamente peraltro proprio l'art. 31 c. 3 cod. proc. amm., è necessario distinguere tra la nozione di vincolatezza

<sup>163</sup> Questa è l'interpretazione proposta da A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 24. Nella dottrina amministrativistica C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 89 ss. distingue la componente del potere discrezionale disciplinata da regole – definita, in questo particolare senso, vincolata – e la componente che non è oggetto di disciplina giuridica.

<sup>164</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1450. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 424 ss. si soffermano sui provvedimenti nulli in quanto difformi dal giudicato, nelle ipotesi in cui, in attuazione del giudicato, l'attività provvedimentale sia divenuta integralmente vincolata.

<sup>165</sup> Cfr. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 167 ss.

<sup>166</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 108 ss.

in astratto e quella di vincolatezza in concreto<sup>167</sup>. La prima riguarda i casi in cui la norma attributiva abbia già predefinito in modo puntuale tutti gli elementi che caratterizzano il potere. La seconda, invece, quelli in cui, all'esito dell'istruttoria operata dall'amministrazione per accertare i fatti e acquisire gli interessi rilevanti e all'esito del giudizio, «residui, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, un'unica scelta legittima tra quelle consentite in astratto dalla legge»<sup>168</sup>.

Alla prospettiva della vincolatezza in concreto si avvicinano tuttavia anche le citate ipotesi di autovincolo, che si interpongono tra la norma di conferimento del potere che concede all'amministrazione spazi di discrezionalità più o meno ampi e il provvedimento, sia quando l'autovincolo è imposto dalla legge (cfr. art. 12 l. 7 agosto 1990, n. 241), sia quando è spontaneo e adottato dall'amministrazione al fine di regolare l'uso dei poteri discrezionali di competenza dei suoi organi<sup>169</sup>.

Gli autovincoli, infatti, stanno diventando sempre più frequenti. Stiamo assistendo a una tendenza verso l'ampliamento della predeterminazione di criteri e parametri per la decisione, il quale fa sì che la figura della discrezionalità piena, in passato ritenuta centrale nel diritto amministrativo, sia ora, almeno da questa prospettiva, sempre più residuale<sup>170</sup>.

Il passaggio dall'ambito dei poteri discrezionali a quello dei poteri non discrezionali, insomma, non è chiaro, «ma è composto da una pluralità di sfumature e di gradazioni»<sup>171</sup>. Nuove regole vengono individuate progressivamente per l'agire discrezionale, privando l'agente di

<sup>167</sup> Cfr. G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 15.

<sup>168</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 127. Cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 58.

<sup>169</sup> Per esempio la P.A. può – o deve, ma spesso solo in forza del bando – fissare i criteri di valutazione degli elaborati scritti di un concorso. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 298; F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 16 ss.

<sup>170</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 290 ss.

<sup>171</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 299.

alternative<sup>172</sup> e rendendo le conseguenze più calcolabili. Il confine tra discrezionalità e vincolatezza invece diventa ancora più sfuggente<sup>173</sup>.

Vista la nuova formulazione dell'art. 323 c.p., potremmo limitarci a valorizzare – in forza del modello della violazione mediata – solo i casi in cui gli autovincoli sono imposti dalla legge, ma la differenza tra questa ipotesi e quella del potere interamente vincolato *ex lege* rimane significativa, in termini di certezza del diritto, se solo si considera che queste regole sono legittimamente modificabili dalla stessa amministrazione con continui processi di revisione e adattamento<sup>174</sup>, non essendo di fonte legislativa. Ci sembra significativo che, secondo la dottrina amministrativistica, la violazione di norme interne contenute in atti di vario tipo, come circolari o direttive, posti in sede di autovincolo della discrezionalità, dà vita al vizio di eccesso di potere e non a quello di violazione di legge<sup>175</sup>. Rimane poi inalterata per l'amministrazione la possibilità di adottare una soluzione diversa, fornendo adeguata motivazione in ordine alla deroga<sup>176</sup>.

Come abbiamo già visto nel secondo capitolo, la questione della vincolatezza in concreto ai fini dell'abuso d'ufficio riformato è stata toccata dalla recente giurisprudenza penale di legittimità proprio con riferimento alla possibile “consumazione” della scelta discrezionale nel

---

<sup>172</sup> Cfr. sul punto C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 86.

<sup>173</sup> Cfr. sul punto F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 20.

<sup>174</sup> G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 105; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 109. In termini positivi si esprimono F. BARLETTA, A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 21, che evidenziano come il moltiplicarsi di regole di comportamento, anche di matrice flessibile, circoscrive sempre di più il ricorso alla ben più instabile traduzione della violazione di principi generali di correttezza amministrativa in rimproveri penali.

<sup>175</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 219.

<sup>176</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 109.



corso del procedimento amministrativo<sup>177</sup>, in conseguenza delle scelte compiute dal pubblico agente nell'ambito dello stesso.

A tale riguardo, però, ci sembra pericoloso sostenere che nella formulazione del nuovo art. 323 c.p. possano rientrare i casi in cui si deve chiedere al giudice ordinario di verificare se l'esercizio della funzione amministrativa discrezionale sia giunto a maturazione, perché questo implica che egli debba inevitabilmente sindacare l'esercizio dell'attività discrezionale, per stabilire se la decisione adottata sia quella dovuta, entrando «nella sfera più intima della valutazione discrezionale, quella relativa al nucleo in cui avviene la comparazione tra i vari interessi e dal quale sgorga la prescrizione provvedimentoale»<sup>178</sup>.

Se si volesse invece accogliere, come proposto, un concetto di vincolatezza ancora più ampio, inteso addirittura – senza distinzioni – come mera disciplina di alcuni aspetti o momenti dell'attività discrezionale<sup>179</sup>, ben poco cambierebbe rispetto alla precedente formulazione dell'art. 323 c.p. – con riferimento alla violazione di legge – e ci ritroveremmo sempre al punto di partenza. L'aggiunta alle norme violate della precisazione “dalle quali non residuino margini di discrezionalità” si rivelerebbe, inaccettabilmente, quasi pleonastica. Negli ultimi anni abbiamo assistito a una riduzione progressiva dell'ambito della discrezionalità anche in forza di una disciplina legislativa sempre più incisiva, che ha tuttavia riguardato le modalità di azione della P.A., più che i contenuti<sup>180</sup>.

Se ci si accontentasse della violazione di una pur specifica norma procedurale vincolante, che per esempio escluda solo la discrezionalità nel *quomodo*, l'attività sarebbe caratterizzata ancora da significativi margini di discrezionalità.

---

<sup>177</sup> Cass., 28 gennaio 2021, n. 8057, cit., 225 ss.

<sup>178</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 58.

<sup>179</sup> In questo senso pare esprimersi A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 28. Cfr. anche C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 89 ss.

<sup>180</sup> G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 16.

### 3.2. *Le peculiarità della discrezionalità tecnica*

Un approfondimento a sé lo richiede il tema della discrezionalità tecnica, che si colloca in una posizione non sempre ben definita, tra discrezionalità e vincolatezza, e su cui ancora oggi è incentrata una parte del dibattito sulla discrezionalità dell'amministrazione<sup>181</sup>.

Una delle questioni più calde, a partire dalla fine dell'Ottocento, è stata infatti quella dei rapporti tra la discrezionalità pura e la discrezionalità tecnica, le quali secondo una parte della dottrina potevano essere accomunate nella discrezionalità amministrativa vera e propria, caratterizzata dal fatto che gli organi si potevano determinare secondo apprezzamenti amministrativi, pur se talvolta collegati ad apprezzamenti tecnici<sup>182</sup>.

L'impostazione gianniniana è molto diversa. Egli ha escluso che vi sia discrezionalità nell'attività conoscitiva delle pubbliche amministrazioni e in tutte le attività che si concretano in manifestazioni di scienza. Ha affermato che anche se ciò non è sempre chiaro, soprattutto ai giudici,

l'attività di studio, di ricerca, di verifica, di ispezione, i pareri, gli accertamenti, le certificazioni, i giudizi delle commissioni di esame o di concorso, e simili, sono tutti atti che per definizione non possono essere discrezionali<sup>183</sup>.

Con il termine "discrezionalità tecnica", però, la dottrina si riferisce ai casi in cui all'amministrazione sono richieste valutazioni che, pur non implicando la ponderazione di interessi, sono comunque discutibili perché non garantiscono un risultato univoco e obiettivo<sup>184</sup>. Il margine

---

<sup>181</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 118.

<sup>182</sup> L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 29 ss.

<sup>183</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 268.

<sup>184</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 765. Sulla complessità della nozione cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 60 ss.

di apprezzamento della P.A. coincide con l'opinabilità tecnico-scientifica del giudizio da compiere<sup>185</sup>.

I giudizi che richiedono l'applicazione di conoscenze tecniche e scientifiche di carattere specialistico, elaborate da discipline diverse dalla scienza giuridica (ingegneristiche, mediche, contabili, solo a titolo di esempio), possono essere molto laboriosi e, soprattutto, discutibili, in quanto danno luogo a divergenze di opinioni, anche incompatibili. Basti pensare all'imposizione di un vincolo storico-artistico, che presuppone che l'amministrazione valuti il pregio artistico del bene, o alla valutazione della preparazione di un candidato da parte di una commissione di laurea o di esame. Queste valutazioni non conducono sempre a un risultato univoco, essendo ben possibile che vi siano opinioni discordanti<sup>186</sup>.

Il margine di incertezza o di opinabilità inerente ai giudizi tecnici è l'elemento che ha consentito di avvicinarli all'attività amministrativa discrezionale<sup>187</sup>, anche se ci sembra condivisibile l'affermazione gianniniana per la quale l'amministrazione non ha un vero e proprio potere di decidere se sottoporre il bene a tutela o meno o se procedere o meno alla proclamazione del candidato come dottore in quella disciplina: quelli operati dall'amministrazione rimangono essenzialmente dei giudizi<sup>188</sup>.

Le ipotesi sono tuttavia, ancora una volta, diverse tra loro e non sempre agilmente distinguibili l'una dall'altra. La scelta della misura migliore per l'interesse pubblico può essere posta in essere direttamente dalla legge – se la discrezionalità tecnica si accompagna a un'attività

<sup>185</sup> Come rileva V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 299, l'espressione "discrezionalità tecnica" è imprecisa, ma è ormai entrata nell'uso. Cfr. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 86.

<sup>186</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1462 ss.

<sup>187</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 118 ss.

<sup>188</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 269. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 301 ritiene, invece, sulla scorta di una certa giurisprudenza (Consiglio St., 30 giugno 2011, n. 3894), che l'imposizione del vincolo di interesse artistico e storico implichi delle valutazioni che costituiscono espressione di un potere nel quale sono presenti sia momenti di discrezionalità tecnica, sia momenti di discrezionalità amministrativa. Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 130 ss.

amministrativamente vincolata, come nei casi appena citati – o dalla stessa o da altra P.A. attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa, in ipotesi di discrezionalità mista<sup>189</sup>.

Se all'accertamento del carattere particolare di una determinata malattia la legge fa conseguire la necessità di adottare solo una determinata misura, alla discrezionalità tecnica si accompagna un'attività vincolata; se, invece, l'amministrazione è legittimata a scegliere tra rimedi differenti, siamo in presenza di una scelta discrezionale successiva alla discrezionalità tecnica, e quindi di una discrezionalità mista.

Dal punto di vista del sindacato giurisdizionale, tradizionalmente le valutazioni tecniche dell'amministrazione sono state ricondotte al merito dell'azione amministrativa, ma poi, col tempo, sono state sempre più attratte nell'area della sindacabilità giurisdizionale, anche se con il grosso limite tracciato dai profili di manifesta irragionevolezza e incoerenza<sup>190</sup>. Il giudice non poteva valutare *ex novo* gli acclaramenti tecnici dell'amministrazione, ma doveva limitarsi a valutarne la ragionevolezza, a sindacarli cioè dall'esterno<sup>191</sup>.

Andando oltre la superficie, infatti, si coglie come la nozione di discrezionalità tecnica sia stata creata proprio per assimilare questo tipo di valutazioni a quelle strettamente discrezionali, in quanto aventi ad oggetto la composizione degli interessi, e l'impostazione ha trovato conferma nella tradizionale limitazione della possibilità per il giudice amministrativo di accedere alla conoscenza del fatto<sup>192</sup>.

Il problema del trattamento giurisdizionale delle valutazioni tecniche è ambiguo: se, da un lato, è diffuso il convincimento che esse non implicino l'apprezzamento del pubblico interesse o la valutazione degli interessi in gioco, dall'altro è accreditata anche l'opinione per cui, almeno per le ipotesi in cui la tecnica non offra una soluzione univoca, sussiste un legame tra la valutazione tecnica e la discrezionalità<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1460 s.

<sup>190</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 62 s.

<sup>191</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 303.

<sup>192</sup> Critica sul punto C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 87.

<sup>193</sup> A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 412.

In presenza di discrezionalità tecnica, quindi, come in presenza di attività discrezionale amministrativa, il controllo giurisdizionale – da quando si è cominciato ad ammettere – è stato prevalentemente limitato all’ambito meramente estrinseco della logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative. Il giudice sarebbe abilitato a rilevare esclusivamente i vizi di legittimità che si manifestano per il tramite delle figure dell’eccesso di potere<sup>194</sup>.

In conclusione, la giurisprudenza amministrativa ha utilizzato soprattutto in passato la nozione di discrezionalità tecnica per affermare una piena insindacabilità dei giudizi tecnico-discrezionali – se le valutazioni erano particolarmente complesse – visto che la discrezionalità tecnica atteneva al merito amministrativo, mentre poi ha assunto un atteggiamento più aperto<sup>195</sup>. Il sindacato estrinseco sull’*iter* logico seguito dall’autorità amministrativa rimane il più diffuso, anche se gli sviluppi più recenti testimoniano un’evoluzione verso aperture a una verifica di attendibilità delle valutazioni tecniche – e quindi a favore di un sindacato intrinseco – con l’unico limite costituito dalla relatività delle valutazioni scientifiche<sup>196</sup>. Solo un orientamento minoritario prospetta la possibilità di un sindacato intrinseco di tipo forte e sostitutivo, in cui prevale il punto di vista formatosi nel processo, anche se opinabile<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1462 s. Nello stesso senso, per quanto riguarda l’operato delle commissioni di gara: R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 34.

<sup>195</sup> G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit., 8; B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, cit., 302.

<sup>196</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 304 s. Sul punto cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 133 ss. Gli Autori (p. 38) rilevano che è soprattutto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso che una parte della dottrina ha iniziato a criticare il tradizionale, limitato, sindacato svolto dal giudice amministrativo nei confronti delle valutazioni tecniche. La svolta di apertura verso un sindacato che si può esprimere avvalendosi di cognizioni tecniche è stata confermata fin dalla previsione contenuta nell’art. 16, l. 21 luglio 2000, n. 205, che aveva modificato l’art. 44 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, riconoscendo al giudice amministrativo il potere di disporre una consulenza tecnica, per acclamare la correttezza intrinseca dei giudizi tecnici espressi dall’amministrazione.

<sup>197</sup> S. PERONGINI, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 65. Come rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*

Per non dare un'immagine errata dell'evoluzione descritta, è necessario ricordare però che la svolta da ultimo descritta non può dirsi affatto definitiva. Soprattutto in materia di concorsi, infatti, nonché di esami in genere – campi di un certo interesse per il diritto penale – l'opinione prevalente è rimasta quella per cui il giudizio tecnico costituisce ancora espressione di un giudizio di puro merito, assolutamente riservato alla pubblica amministrazione<sup>198</sup>. Per il giudice amministrativo vengono ricomprese nel merito non solo le valutazioni di opportunità, ma anche le valutazioni particolarmente complesse richieste all'amministrazione e quindi l'opinabilità che residua dall'applicazione di regole tecniche<sup>199</sup>.

Nonostante qualche incertezza, legata innanzitutto alla definizione dei confini della discrezionalità tecnica, ci sembra di poter affermare allora – sulla base del descritto margine di opinabilità delle scelte e dei limiti al sindacato giurisdizionale che ancora incontra lo stesso giudice amministrativo – che anche la discrezionalità tecnica debba essere esclusa dall'area del penalmente rilevante definita dalla prima modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio dopo la riforma del 2020<sup>200</sup>. Discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa possono essere equiparate ai nostri fini.

Dalla discrezionalità tecnica – e quindi dalle attività escluse dall'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. – invece, deve essere tenuto concettualmente distinto l'accertamento tecnico, che si ha quando la verifica demandata all'amministrazione è da condurre applicando non tanto regole dal contenuto opinabile, quanto piuttosto regole tratte dalle scienze esatte che consentono di approdare a un risultato certo e ripetibile (come nel caso della verifica della gradazione alcolica di una sostanza liquorosa). Ferma l'utilità della distinzione sul piano teorico e

---

*amministrativo*, cit., 148 ss., la giurisprudenza spesso è dissonante tra ciò che sostiene a livello di principi e ciò che controlla in concreto.

<sup>198</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 304 s.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 163 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 129.

<sup>199</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 181.

<sup>200</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 143.

dell'affermazione per la quale in questi casi si dovrebbe parlare di una sindacabilità piena, però, è difficile riscontrare nella pratica dei giudizi formulati in termini di certezza, essendo molto più frequente il rinvio a parametri scientifici privi di coefficienti adeguati di univocità. Ci si trova così più spesso in presenza di accertamenti tecnici in senso improprio, caratterizzati dal fatto che – ancora una volta – la discrezionalità della P.A. non viene meno<sup>201</sup>, o, anche qui, di accertamenti che sono solo il presupposto per ulteriori valutazioni discrezionali.

#### *4. Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa vincolata e discrezionale: limiti e criticità nella prospettiva del reato di abuso d'ufficio*

Da quanto fin qui descritto ci torna l'immagine di una grande complessità, che non può che ostacolare il legislatore nella definizione di un modello di reato che delinei precisamente un comportamento offensivo, posto ai confini con l'ambito della mera illegittimità amministrativa, e capace di accogliere al suo interno le diverse condotte di strumentalizzazione del potere a fini privati, che sono state ricondotte nell'ambito dell'abuso d'ufficio. Proviamo a trarre comunque qualche indicazione finale dall'analisi che abbiamo svolto, prima di riflettere poi sui possibili sviluppi di questo reato.

Come abbiamo ampiamente illustrato, il vizio dell'eccesso di potere, anche nella forma dello sviamento, ci sembra inidoneo a essere posto alla base di un'incriminazione, se non al prezzo di consentire all'"aristocrazia culturale" della magistratura penale di indirizzare pesantemente le scelte di amministrazione attiva con la temibile minaccia dell'azione penale<sup>202</sup>.

Il vizio di eccesso di potere non è facilmente distinguibile da quello di merito ed è soprattutto in continua evoluzione. Se il giudice amministrativo, però, può rinvenire per tale via sempre nuove forme di illegit-

---

<sup>201</sup> G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 20.

<sup>202</sup> G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 6.

timità, ampliando le situazioni patologiche per venire incontro a nuove esigenze di tutela, il giudice penale non può creare nuovi reati fuori dal reticolo rigido stabilito dal legislatore, senza violare la Costituzione<sup>203</sup>.

Con riferimento allo sviamento – al quale la giurisprudenza penale fa fatica a rinunciare anche dopo la riforma del 2020 – non è affatto dimostrato che il fine riesca a riempire di contenuto la condotta, al punto da non far residuare margini di discrezionalità in capo al soggetto pubblico<sup>204</sup>. L'interesse pubblico si specifica progressivamente, infatti, nella dinamica procedimentale.

La corretta individuazione dell'interesse pubblico perseguito in concreto e la valutazione della sua compatibilità con quello che si sarebbe dovuto perseguire rimane un problema aperto, che può essere risolto spesso soltanto rimettendo in discussione l'adeguatezza della ponderazione di interessi.

Non si deve dimenticare l'indeterminatezza dei confini di questo vizio: la sua incapacità di essere accertato mediante un sindacato rigido di legalità lo rende leggibile solo retroattivamente<sup>205</sup>.

Il fatto tipico di un abuso d'ufficio legato all'eccesso di potere finirebbe per essere inaccettabilmente riconoscibile solo *ex post*, tradendo le irrinunciabili esigenze di determinatezza del reato che discendono dall'art. 25 Cost., nonché – nella declinazione della accessibilità del precetto e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie – dall'art. 7 C.E.D.U.<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 164.

<sup>204</sup> G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 22.

<sup>205</sup> Come rileva A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 4 «la patologia emerge a seguito di un'accurata comparazione tra gli interessi perseguiti in astratto dalla norma e in concreto dall'agente, sulla scorta di criteri pienamente delineabili solo quando l'atto è compiuto». L'opinione ci sembra condivisa anche da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 12.

<sup>206</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 78; G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 23. Cfr. anche A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 19.



Insistere sullo sviamento, d'altro lato, porterebbe con sé il rischio ulteriore di dare un'enfasi eccessiva al movente illecito del funzionario, spostando il baricentro dalla verifica dell'esistenza di un obiettivo contrasto con l'interesse pubblico a quella dell'intenzionalità dell'abuso<sup>207</sup>; uno spostamento che, come abbiamo visto, è peraltro del tutto incompatibile con la complessità organizzativa della moderna P.A., dove la volontà amministrativa non si identifica più con la volontà di un solo funzionario.

Abbiamo visto che sempre più spesso il vizio di eccesso di potere veste gli abiti della violazione di legge, o comunque trova nella violazione di una norma di legge quel riferimento testuale che ha consentito un ampio ricorso al reato di abuso d'ufficio anche dopo la riforma del 1997. Queste ipotesi si sostanziano di regola nella violazione di norme che contengono principi generali o di norme procedurali che predeterminano regole strumentali<sup>208</sup>.

Quanto alla violazione di norme del primo tipo, di dubbia rilevanza già prima della riforma del 2020, ci sembra importante ricordare come anche nella dottrina amministrativistica non manchino opinioni per le quali l'infrazione di un principio generale (legalità, imparzialità) non può dar luogo a una specifica violazione di legge<sup>209</sup>. La ragione addotta è decisiva anche per il diritto penale. Nel caso di violazione di un principio di carattere generale, infatti, non viene in rilievo uno schema normativo precettivo, ma un criterio di condotta che si limita a orientare l'attività discrezionale dell'amministrazione<sup>210</sup>. Lo schema normativo di valutazione delle condotte non preesiste all'esercizio della funzione

---

<sup>207</sup> Cfr. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 4. Cfr. anche A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 30.

<sup>208</sup> Cfr. M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 279 ss., favorevole – dopo la riforma del 1997 – a valorizzare le norme procedurali e quelle di principio nell'ambito dell'art. 323 c.p.

<sup>209</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 324 ritiene che la violazione del principio può assurgere a un diverso stato viziante, concernente la non conformità del provvedimento alla disciplina della funzione, cioè l'eccesso di potere.

<sup>210</sup> Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 572 ss.

giurisdizionale, ma può emergere solo in base a un'operazione creativa marcatamente aperta agli apporti valutativi dell'interprete<sup>211</sup>.

Quanto alle norme del secondo tipo, abbiamo ricordato quanto importante sia il rispetto delle regole del procedimento amministrativo, visto che solo attraverso la disciplina del modo in cui la scelta discrezionale deve essere compiuta si mira a garantire la legalità dell'azione amministrativa<sup>212</sup>. Il procedimento è lo strumento attraverso il quale si trova la miglior composizione possibile degli interessi coinvolti dalla decisione da prendere<sup>213</sup>.

Con riferimento alla violazione di norme procedurali (es. mancata acquisizione di un parere obbligatorio) o ai vizi formali, però, è importante ricordare come – anche quando essi siano accertati dal giudice amministrativo – non si possa spesso escludere che nel rispetto della procedura l'amministrazione avrebbe potuto o possa poi emanare un atto dal contenuto identico rispetto a quello dell'atto viziato, purché emendato dei vizi. È, questa, una delle conseguenze del giudizio sull'atto che caratterizza la giustizia amministrativa, non priva di riflessi su quella penale; una conseguenza che dipende a sua volta dal principio di indipendenza del potere esecutivo da quello giudiziario<sup>214</sup>.

Quando il vizio ha una natura sostanziale (mancanza di un presupposto fissato dalla norma attributiva del potere), invece, è più difficile che l'amministrazione possa reiterare l'atto che venga annullato dal giudice amministrativo, *rebus sic stantibus*<sup>215</sup>.

Pensando all'abuso d'ufficio, è necessario considerare che il giudice penale non è l'amministrazione e non può sostituirsi a essa nel valutare se, nel primo caso, il provvedimento possa essere riesaminato con lo stesso contenuto. Al contrario, in presenza di vizi di natura sostanziale che discendono dalla violazione di una regola specifica (ma con tutti i limiti definatori che questa categoria, dalla scarsa ampiezza, porta con sé),

<sup>211</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 277.

<sup>212</sup> *Ivi*, 146.

<sup>213</sup> L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, cit., 76.

<sup>214</sup> G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 327.

<sup>215</sup> Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 208.

può di regola escludere che il provvedimento possa essere reiterato e quindi, utilizzando il lessico dell'abuso d'ufficio, che l'evento possa definirsi comunque "giusto", nonostante l'ingiustizia della condotta.

Chiamato a verificare i presupposti dell'art. 323 c.p., è verissimo che il penalista non deve appiattirsi sulle categorie amministrative dei vizi dell'atto<sup>216</sup>, ma non deve comunque disinteressarsene del tutto, se vuole misurare la tenuta costituzionale della norma penale e comprendere al meglio il contesto entro il quale il precetto si inserisce e la pena viene a essere applicata.

Solo grazie a una conoscenza più approfondita del quadro di riferimento si riesce a verificare quanto, effettivamente, le istanze antiformalistiche possano essere ben garantite, nell'art. 323 c.p., dalla necessaria presenza di un evento ingiusto, senza violare altri principi.

L'attività vincolata si presta a un riesame completo della determinazione amministrativa in sede giurisdizionale. Per la dottrina amministrativistica, invece, in presenza di un potere discrezionale, le regole dovrebbero essere rispettate di per sé, proprio perché, se la loro rilevanza fosse mediata dal procedimento decisionale, sarebbe la decisione finale a essere sindacata e non la regola<sup>217</sup>. La patologia del provvedimento ricorrerebbe sia quando è violata una disposizione sostanziale sia quando è violata una disposizione procedimentale, perché spesso gli effetti invalidanti di una violazione formale si riverberano sul profilo sostanziale<sup>218</sup>.

In verità, la violazione di regole procedimentali che offrono una protezione indiretta all'interesse sostanziale non è di per sé indicativa di una specifica efficienza causale rispetto alla decisione finale. Chiedere al giudice di verificare se effettivamente sia così, però – per valutare se,

---

<sup>216</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 900 ss.; 911 (in particolare); M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 299.

<sup>217</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 222.

<sup>218</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 138. Nella dottrina penalistica, nello stesso senso, cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 908.

a titolo di esempio, in caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento, sia alterato il provvedimento a causa dell'omessa acquisizione degli interessi di cui sia titolare il soggetto pretermesso o se, in ipotesi di difetto di istruttoria, la scelta operata sia stata sbagliata –, significherebbe spesso chiedergli di sostituirsi all'amministrazione nella ponderazione degli interessi<sup>219</sup>.

In conclusione sul punto, il giudice amministrativo è chiamato a verificare il rispetto di tutte le norme, anche procedurali, e in particolare la completezza dell'acquisizione degli interessi, ma non è detto che, qualora un interesse pretermesso fosse stato acquisito al procedimento, la sua comparazione con gli altri interessi avrebbe implicato una diversa scelta discrezionale. Il giudizio valutativo è riservato all'amministrazione, che potrebbe considerare tale interesse soccombente<sup>220</sup>. La patologia del provvedimento, nel diritto amministrativo, garantisce una forma di tutela avanzata, ma questa soluzione non può essere meccanicamente trasfusa nel diritto penale, dove l'abuso d'ufficio è costruito come reato di evento "ingiusto"<sup>221</sup>. Al contrario, proprio la presenza di questo elemento nella fattispecie penale ostacola un'ampia valorizzazione delle violazioni di norme procedurali.

Non molto diverso sul punto, peraltro, è il discorso che si può fare in merito alle ipotesi di omessa astensione, che si avvicinano, per molti aspetti, a ipotesi di violazione di norme procedurali<sup>222</sup>. In una delibera collegiale può sembrare semplice, astrattamente, utilizzare la prova di resistenza per valutare se, in ipotesi di effettiva astensione e quindi di partecipazione alla delibera di un terzo, esterno al conflitto, l'esito sarebbe stato diverso, ma bisogna invece capire quanto la decisione sia

---

<sup>219</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 192.

<sup>220</sup> L'esempio è offerto da S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 166 con riferimento tuttavia a un caso di eccesso di potere per difetto istruttorio. Cfr. anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 526.

<sup>221</sup> *Ivi*, 584 ss., in merito alla dubbia adeguatezza di una disciplina dell'invalidità incentrata solo sull'illegalità del provvedimento, nel quadro di un mutamento che ha interessato anche le aspettative sociali nei confronti dell'amministrazione.

<sup>222</sup> Nella giurisprudenza amministrativa, sottolinea la valenza procedurale del vizio in questione TAR Lombardia, Milano, IV, 3 maggio 2013, n. 1137.

stata condizionata dal membro in conflitto di interessi – in forza della sua opera di persuasione<sup>223</sup> – e, soprattutto, nella maggior parte dei casi, se si tratta di attività discrezionale, rimane comunque aperta la complessa questione dell'accertamento del “merito” della scelta discrezionale e quindi dell'obiettiva ingiustizia dell'evento, che non può derivare solo dalla violazione dell'obbligo di astensione.

Per come il reato di abuso d'ufficio è stato costruito a partire dal 1997, non si possono traghettare nel diritto penale nozioni formalistiche del conflitto di interessi proprie del diritto amministrativo; un contesto, quest'ultimo, nel quale è stata progressivamente messa in atto una serie di misure volte a risolvere in via preventiva le situazioni di conflitto – di qualsiasi natura – con una rigida disciplina delle incompatibilità, che tuttavia prescinde del tutto dagli effetti in concreto prodotti: l'atto discrezionale adottato in violazione dell'obbligo di astensione è infatti considerato illegittimo, e annullabile, comunque, senza ulteriori valutazioni<sup>224</sup>.

Utile per un verso sul piano teorico – come abbiamo sperimentato nell'analisi della fattispecie –, anche la via della radicale ma generica distinzione tra attività discrezionale e vincolata, e quindi della limitazione dell'abuso d'ufficio per violazione di legge alla seconda, per altro verso non ci sembra molto incoraggiante come soluzione normativa.

Più precisamente, la formulazione introdotta nel 2020 “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi

---

<sup>223</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio anche in chiave di possibile riforma*, cit., 1952.

<sup>224</sup> Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss., dove ci si sofferma in particolare sulla l. 190 del 2012, che ha introdotto una norma di carattere generale, l'art. 6-bis l. 241/1990, ma si ricorda altresì come, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, l'obbligo di astensione rappresenti un ben radicato strumento di prevenzione del rischio correlato a situazioni di conflitto di interessi, disciplinato dai codici di procedura civile (artt. 51 e 52 c.p.c.) e di procedura penale (artt. 36 e 37 c.p.p.). Come si ricorda, l'argomentazione principale, proposta per affermare che la mera violazione dell'obbligo di astensione, in assenza di indicazioni normative diverse, comporta automaticamente l'illegittimità dell'atto, si lega alla ragione pratica per cui può risultare assai arduo valutare in che misura la scelta del funzionario pubblico sia stata influenzata da interessi altri.

forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” ha una portata normativa difficile da delimitare.

Ci si può chiedere se ci si stia effettivamente riferendo solo all’attività vincolata in senso stretto, contrapposta a quella discrezionale “con riferimento al bene della vita”<sup>225</sup>, già in forza di una norma di legge; se ci si riferisca anche all’attività vincolata in concreto e all’attività discrezionale che, in conseguenza di un autovincolo e quindi di scelte già compiute dalla stessa amministrazione, sia divenuta oggetto di prescrizioni vincolate; e, infine, se si debba escludere dalla prima modalità di integrazione del reato anche l’attività discrezionale tecnica o mista<sup>226</sup>.

Come abbiamo visto, però, la pubblica amministrazione contemporanea agisce molto raramente nella sfera del già deciso dalla legge.

Rinvenire ipotesi di attività vincolata con questo significato è molto difficile e allora abbiamo provato a ipotizzare altre soluzioni interpretative.

Quanto alle ipotesi di vincolatezza in concreto, l’opzione di valorizzare i casi in cui l’attività discrezionale sia giunta a un livello di maturazione tale da condurre a una scelta vincolata è in linea di principio da escludere, in quanto si chiederebbe al giudice di svolgere un sindacato che lo porterebbe comunque nella sfera più intima della valutazione discrezionale.

Le ipotesi di autovincolo si presentano meno problematiche nei soli casi in cui gli autovincoli siano imposti dalla legge e siano dotati di un tasso di specificità sufficiente a costituire uno sbarramento contro forme di interventismo giudiziario.

---

<sup>225</sup> Questa definizione è tratta dalla dottrina amministrativistica e ci sembra avvicinabile alla vincolatezza/discrezionalità nell’*an* e nel *quid*. Come rileva C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 91, la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dipende dal parametro assunto: «se si tratta del riferimento al bene della vita, i due fenomeni sono del tutto incomparabili».

<sup>226</sup> S. PERONGINI, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 52. M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull’opportunità di uno statuto penale differenziato*, cit., 297 afferma che il legislatore ha ritenuto di impedire *ex lege* il sindacato sugli atti discrezionali dell’amministrazione (senza distinzioni) da parte del giudice penale, come conseguenza della difficoltà di definire nella prassi quando tali atti possono dirsi illegittimi.

Anche su questo piano permangono tuttavia delle perplessità sul fronte della certezza del diritto, come abbiamo anticipato, visto che il precetto primario opererebbe come mera norma di rinvio, capace di accogliere al suo interno contenuti normativi formati in sede diversa da quella legislativa, in forza di rapidi processi di revisione.

Quanto alla discrezionalità tecnica, invece – se si tralasciano i meri accertamenti tecnici –, la complessità della sua nozione porta a escludere che, in linea generale, essa possa essere qui parificata alla vincolatezza. Nella discrezionalità tecnica, infatti, residua un margine di opinabilità e il sindacato del giudice incontra molti limiti<sup>227</sup>, anche se non possiamo dire di trovarci in presenza di una scelta collegata a un bilanciamento di interessi.

Come abbiamo visto, in conclusione, se estendiamo il campo applicativo della prima modalità integrativa dell'abuso d'ufficio ai casi in cui la disciplina non è vincolante “con riferimento al bene della vita”, ma vincola solo alcuni profili di un'attività che rimane per il resto ampiamente discrezionale, ci troviamo ancora una volta a dover distinguere in base ai caratteri delle norme vincolanti violate (generiche/specifiche, sostanziali/processuali), senza riuscire tuttavia realmente a tracciare un limite invalicabile che sia ben definito per la sfera penale. Come ricordava Pagliaro, l'attività amministrativa deve considerarsi vincolata, almeno in una certa misura, dal perseguimento dell'obiettivo concreto in funzione del quale il potere è stato attribuito (interesse pubblico) e, più in generale, dalle regole del buon andamento e dell'imparzialità<sup>228</sup>.

Basti ricordare che anche dopo il 2020 abbiamo assistito ad affermazioni favorevoli alla possibilità che il giudice penale valuti il rispetto del principio di legalità sostanziale da parte del pubblico agente alla luce di un ampliamento sempre più consistente dell'area di legittimità e

---

<sup>227</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 65.

<sup>228</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 110.

alla possibilità di invocare addirittura l'art. 97 Cost. come grimaldello per mantenere la giurisprudenza in linea con quella previgente<sup>229</sup>.

Considerazioni, queste, che hanno trovato qualche spazio anche nella giurisprudenza di legittimità<sup>230</sup>, nonostante le voci contrarie di chi ha sempre messo in guardia dai rischi legati alla riconducibilità dell'eccesso di potere per disparità di trattamento all'inosservanza di una norma di legge. Il giudice penale, infatti, non potrebbe qualificare come illegittimo, sotto questo profilo, un atto amministrativo, senza procedere necessariamente (ma inammissibilmente) alla revisione del giudizio espresso dall'amministrazione circa il miglior modo di curare, in concreto, il pubblico interesse<sup>231</sup>.

Con queste aperture non si ravviserebbero differenze significative, negli effetti applicativi, tra la norma dell'abuso d'ufficio uscita dalla riforma del 1997 e quella delineata dal legislatore del 2020.

Nonostante l'ambiguità dell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., ci sembra allora preferibile tornare a valorizzare, in linea generale, la vincolatezza in senso stretto – nell'*an* e nel *quid* – con un'interpretazione che si avvicini al risultato che il legislatore voleva conseguire sia con la riforma del 2020 sia, per molti aspetti, già con quella del 1997. Se il contenuto del provvedimento è predeterminato dalla legge (almeno mediatamente) nei suoi aspetti sostanziali, del resto, si può immaginare di vedere risolto altresì in modo definitivo il problema al quale abbiamo più volte fatto riferimento: quello relativo all'accertamento dell'ingiustizia dell'evento operato senza invadere l'ambito che dovrebbe essere riservato alla pubblica amministrazione.

---

<sup>229</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 161 s.

<sup>230</sup> Cfr., in particolare, Cass., 6 dicembre 2021, n. 2080, cit.; sentenza auspicabilmente isolata.

<sup>231</sup> G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 153.



## CAPITOLO QUARTO

### PROSPETTIVE DELL'ABUSO D'UFFICIO

#### CONSIDERAZIONI *DE IURE CONDITO* E CONTRIBUTI PER UNA RIFORMA

*SOMMARIO: 1. Alcuni punti da cui partire per riflettere sui possibili sviluppi dell'abuso d'ufficio. 1.1. L'abuso d'ufficio nel dialogo tra giudice e legislatore. 1.2. Per una lettura della disposizione più rispettosa dei principi costituzionali. 1.3. Gli spunti che offre la giurisprudenza. 1.4. Una presa d'atto necessaria. 2. Analisi di alcuni progetti di riforma che si sono succeduti negli anni, tra modifiche strutturali e riaffermazioni di dati ovvi. 3. Le riforme in cantiere durante la XVIII legislatura. 4. Modelli di tipizzazione nell'esperienza comparata. 4.1. Ordinamento francese. 4.2. Ordinamento spagnolo. 4.3. Ordinamento tedesco. 4.4. Ordinamento inglese. 5. Le prospettive della fattispecie di abuso d'ufficio. 5.1. Ripartire dalla sussidiarietà per riflettere sulle fattispecie necessarie. 5.2. Ai confini dell'abuso d'ufficio: tra peculato e turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente. 5.3. Intervenire di nuovo sul testo dell'art. 323 c.p. o affrontare l'horror vacui per ricostruire? 5.3.1. I possibili interventi sul testo dell'art. 323 c.p., i rischi connessi e la prospettiva di una soluzione abrogativa. 5.3.2. Gli interventi da accompagnare all'abrogazione dell'abuso d'ufficio. 5.3.3. L'abuso d'ufficio per omessa astensione e il conflitto di interessi del pubblico agente.*

*1. Alcuni punti da cui partire per riflettere sui possibili sviluppi dell'abuso d'ufficio*

*1.1. L'abuso d'ufficio nel dialogo tra giudice e legislatore*

Nonostante il delitto di abuso d'ufficio assolveva tradizionalmente alla funzione di incriminare chi esercita un potere amministrativo per fini prevaricatori o privatistici, la disposizione fatica a trovare una formulazione accettabile, che sia conforme alle esigenze di tassatività/determinatezza e di prevedibilità del precetto.

Il suo delicato ruolo di figura di reato che segna il limite inferiore dello statuto penale della P.A. non ha mai agevolato il compito, né del legislatore nel descriverla, né del giudice nell'interpretarla, ma i problemi più complessi si sono posti a partire dal 1990, quando la fattispecie ha acquisito maggior importanza tra i delitti contro la pubblica amministrazione, a seguito dell'abrogazione di reati come il peculato per distrazione e l'interesse privato di atti d'ufficio; due reati che peraltro ne rinforzavano la tipicità dall'esterno.

La situazione non è migliorata di molto dopo il 1997, né in misura decisiva, come abbiamo visto, dopo il 2020, nonostante i considerevoli sforzi di tipizzazione fatti dal legislatore, che ha prestato attenzione sia al disvalore di evento sia a quello di condotta. La gravità della lesione che giustifica un'incriminazione non può ravvisarsi infatti solo nell'evento, salvi casi eccezionali. Più frequentemente, e di certo nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, si deve realizzare in virtù del particolare atteggiarsi della condotta umana, e quindi della violazione di legge (o di regolamento, fino al 2020) o dell'omessa astensione, per quanto riguarda l'abuso d'ufficio.

È vero che in linea di principio la riforma di una disposizione penale non può essere ispirata dal solo intento di correggere le interpretazioni, fuorvianti ed errate, che ha dato la magistratura<sup>1</sup>.

La dura contrapposizione che negli anni si è venuta a creare tra legislatore e giurisprudenza penale in tema di abuso d'ufficio, tuttavia, non può lasciare indifferenti. E questo non solo perché con il dissolvimento della legalità nell'interpretazione si apre un serio rischio di collisione con il principio di separazione dei poteri<sup>2</sup>, ma anche perché le interpre-

---

<sup>1</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 9 s. ritiene infatti che nessuna modifica dell'abuso d'ufficio possa sottrarre l'azione amministrativa alle intrusioni della giurisprudenza.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto G. INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza. Relazione al Convegno di Studi e VII Premio Internazionale Silvia Sandano in onore del Prof. Marcello Gallo - Roma, 25 ottobre 2013*, in <https://archivioldpc.dirittopenale.uomo.org/d/2646-dogmatica-e-orientamento-della-giurisprudenza> (18 novembre 2013), 6 ss.; M.O. MANTOVANI, *La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l'art. 318 e l'art. 319 c.p.*, cit., 665 ss.; R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/bartoli-legalita-penale-re>

tazioni giurisprudenziali che si sono riproposte nel tempo non hanno permesso al precetto di divenire più tassativo. La prevedibilità delle conseguenze della condotta è stata messa in seria discussione, perché la giurisprudenza si è ritagliata uno spazio di manovra molto ampio ricorrendo spesso, per esempio, a una forma di interpretazione teleologica, il cui esito non si può conoscere in anticipo.

La volontà del legislatore delle riforme era chiara: limitare la dilatazione applicativa del reato con una nuova disposizione che incidesse sulla norma. Ma è come se la giurisprudenza, a volte, non avesse voluto o potuto tenerne conto.

In generale, ci sentiamo di disapprovare le reazioni giudiziarie volte a disapplicare il divieto o il comando giuridico o, come nel nostro caso, a inserire nelle fattispecie dettate dal legislatore dei significati che non vi possono appartenere, innescando una progressiva commistione di ruoli tra due poteri dello Stato<sup>3</sup>. Non riteniamo che si possano legittimare queste derive ermeneutiche, anche se giustificate sulla base di esigenze di tutela che solo la giurisprudenza riuscirebbe a intercettare.

È necessario prendere le distanze dagli eccessi di creatività interpretativa<sup>4</sup> e difendere la cultura giuridica della legalità<sup>5</sup>. Se la legalità ces-

---

*gole-ermeneutiche-analogia-mutamento-sfavorevole* (28 giugno 2022). Con specifico riferimento all'abuso d'ufficio, poi, vi è anche l'esigenza di assicurare ai pubblici agenti la conoscenza di cosa è lecito e di cosa è vietato fare e di lasciarli al riparo da indebite ingerenze del giudice penale: cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 882 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F.R. DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del "tipo" alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, in *Archivio Penale*, 1, 2022 (3 maggio 2022), 7 s.; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 17, nonché R. RAMPIONI, *La tormentata parabola della fattispecie di abuso di ufficio. Le interpretazioni-applicazioni demolitive del nuovo tipo legale. Il nodo gordiano del c.d. sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in <https://dirittodidifesa.eu/la-tormentata-parabola-storica-della-fattispecie-di-abuso-di-ufficio-le-interpretazioni-applicazioni-demolitive-del-nuovo-tipo-legale-il-nodo-gordiano-del-cd-sindacato-del-giudice-penale-sull/> (16 maggio 2022), 25 ss. per una critica puntuale.

<sup>4</sup> 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 genera-*

sa di essere un limite per il giudice penale e la tipicità il suo baluardo, il rischio è quello di trasformare i giudici in veri e propri “padroni del diritto”, quando invece, in uno Stato costituzionale, non può esistere un padrone del diritto e il principio di legalità assume un ruolo fondante della politica democratica<sup>6</sup>. Il principio, del resto, contribuisce a contenere il formante giurisprudenziale nel perimetro della prevedibilità.

L'impressione che si ha guardando al rapporto tra legislatore e giudice in tema di abuso d'ufficio, invece, è quella di trovarsi, almeno a tratti, in presenza di un dialogo tra sordi. A fronte di una disposizione nata con l'intento di porre qualche argine alla norma scaturente dal suo testo precedente (o, più precisamente, dal suo contesto normativo), si registra la frequente operatività di una norma simile a quella che la riformulazione della disposizione mirava a espungere dal sistema<sup>7</sup>. Alla costante riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. sul piano legislativo si contrappone un suo recupero “espansivo” – ancorché intermittente – nel diritto vivente, legato al fatto che esiste «un legame indissolubile tra (il senso stesso del)la fattispecie di abuso di ufficio e il controllo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa finalizzato a (prevenire e) punire il suo uso distorto»<sup>8</sup>. L'analisi della giurisprudenza che abbiamo condotto ci mostra che in questa materia è difficile rincorrere formule di tipizzazione più precise.

---

*le dell'espansione penalistica*, cit., 101 parla di «creatività interpretativa preoccupante». P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislativo e iurisdiction*, Torino, 2022, 181 richiama “l'etica del limite”, che dovrebbe rendere prudente il giudice penale dinnanzi a ogni attività interpretativa che abbia il carattere dell'eccesso.

<sup>5</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giust.*, 4, 2016, 16; G. BONGIOVANNI, *Diritto penale e interpretazione: tra principio di legalità e diritto giurisprudenziale*, cit., 62.

<sup>6</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213.

<sup>7</sup> In questi termini, quasi letteralmente, M.O. MANTOVANI, *La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l'art. 318 e l'art. 319 c.p.*, cit., 669, che tuttavia si riferisce alla riforma che ha interessato l'art. 318 c.p. Anche A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 2 parla di uno scontro tra formanti del diritto. Egli, tuttavia, assumendo come dato fisiologico il ruolo normativo della giurisprudenza, propone soprattutto di predisporre migliori criteri orientativi a beneficio dell'interprete.

<sup>8</sup> S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 289.

Il diritto vivente in tema di abuso d'ufficio, come abbiamo potuto vedere, non si è mai, in realtà, stabilizzato. Alcune massime sono simili tra loro, grazie all'intervento "cosmetico" operato dal richiamo più o meno diretto a uno sfuggente interesse pubblico, ma le scelte giudiziarie sono contraddittorie.

Del resto, come è stato ricordato: «lo scivolamento dalle *parole della legge* alle *ricostruzioni interpretative* che ne sviliscono la portata, in un ordinamento che non conosce la regola dello *stare decisis*» provoca una duplice categoria di conseguenze pericolose: «l'artificioso incremento dei contrasti giurisprudenziali e l'indebolimento delle funzioni cognitive e garantistiche del processo»<sup>9</sup>.

Per il pubblico agente è impossibile fare affidamento sull'interpretazione del precetto dell'abuso d'ufficio offerta dalla giurisprudenza e prevedere le conseguenze di un suo comportamento. Non gli è dato conoscere in anticipo con sufficiente chiarezza il discrimine tra lecito e illecito.

### *1.2. Per una lettura della disposizione più rispettosa dei principi costituzionali*

In tutti i reati dei pubblici ufficiali contro la P.A. esiste una componente di abuso di potere, sicché «la tipizzazione determinata del "mero abuso" si rivela operazione a tratti ardata»<sup>10</sup>.

Se pensiamo all'evoluzione della fattispecie di abuso d'ufficio, possiamo ricordare due tappe decisive che l'hanno contraddistinta. Per quanto riguarda il rapporto con altri reati affini, la prima tappa importante è rappresentata dalla riforma del 1990, che, con la creazione di una "fattispecie onnivora"<sup>11</sup>, ha elevato di molto il grado della notorietà del reato nelle cronache giudiziarie – e quindi la consapevolezza dei relativi difetti di formulazione – in conseguenza dell'abrogazione dei delitti di interesse privato in atti d'ufficio e di peculato per distrazione. Per quanto attiene invece alla ridefinizione della struttura del reato e

<sup>9</sup> V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., 29.

<sup>10</sup> A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 8.

<sup>11</sup> F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, cit., 14.

alla delimitazione della sua portata incriminatrice improntata a una maggior determinatezza e tassatività, la seconda tappa decisiva è segnata dalla riforma del 1997, caratterizzata dalla trasformazione dell'abuso d'ufficio in reato di evento ingiusto a dolo intenzionale e dall'abbandono della generica nozione di abuso per una precisazione dei requisiti di ingiustizia della condotta.

Come si può intuire, molti dei problemi interpretativi che riguardano l'abuso d'ufficio discendono dal rapporto instauratosi tra l'art. 323 c.p. e la normativa extrapenale – e in particolare quella strettamente amministrativa – alla quale si riferisce, direttamente o indirettamente, la disposizione penale nel definire soprattutto alcuni caratteri della condotta vietata<sup>12</sup>.

Se, per esempio, gli elementi “in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge” o “negli altri casi prescritti” (per quanto riguarda l'omessa astensione) vengono ricondotti – come ci sembra di dover fare – nella categoria degli elementi normativi giuridici intesi in senso stretto, il parametro di riferimento potrà, in linea di principio, interagire col precetto d'incriminazione, a prescindere dalle sue caratteristiche formali<sup>13</sup>. La formulazione attuale del primo elemento – seppur più dettagliata della precedente – non consente, come abbiamo visto, di considerare risolto in modo univoco il problema del rinvio mediato, quando vi è una legge che prescrive l'osservanza di atti o di norme di rango non legislativo.

Come è stato ben rilevato, però, se non si vuole peccare di formalismo, è imprescindibile assicurare comunque la tassatività-determinatezza delle norme oggetto del rinvio, in modo che queste siano in grado di

---

<sup>12</sup> Anche se con riferimento al diverso rapporto di alcune norme penali societarie con la regolamentazione privatistica, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 68 distingue tra sanzionarietà “in senso lato”, ove le fattispecie sono formalmente autosufficienti, e sanzionarietà “in senso stretto”, caratterizzata solo dall'impiego della tecnica del rinvio. Nel caso dell'abuso d'ufficio ci si trova in una posizione mediana, in quanto la fattispecie non è meramente sanzionatoria di precetti di diritto amministrativo, ma non è neppure del tutto autosufficiente.

<sup>13</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 5.

garantire la conoscibilità del precetto e indirizzare con precisione l'operato amministrativo<sup>14</sup>. In qualche occasione, del resto, la giurisprudenza ha ribadito la necessità che la norma di legge violata – che dopo la riforma deve prevedere espressamente specifiche regole di condotta – si conformi ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale, potendosi ammettere solo un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria, che si inserisca «nel nucleo precettivo desumibile dalla norma primaria»<sup>15</sup>.

Altra questione, non meno complessa – e, a nostro dire, foriera di un tasso di indeterminatezza/imprecisione che rimane problematico – si è posta con l'inserimento nel reato della necessaria causazione di un evento ingiusto, per quanto riguarda sia le ipotesi di violazione di legge, sia quelle di omessa astensione.

Di fronte, tuttavia, all'impossibilità di accertare il processo causale sul piano fisico-naturalistico, su basi nomologiche-causali, si è fatto riferimento a un nesso di “causalità normativa”<sup>16</sup>, basato sul collegamento logico tra violazione delle norme ed evento, da accertarsi in base a un giudizio di evitabilità in astratto – in cui l'evento materiale deve costituire la specifica proiezione offensiva «di una condotta qualificata dal contrasto con un ben preciso parametro astratto di legalità amministrativa»<sup>17</sup> – o di evitabilità in concreto. Secondo taluno, al secondo si dovrebbe ricorrere quando non sia ravvisabile la presenza di un nesso di congruità lesiva tra norma violata ed evento sul piano normativo astratto, visto che, per esempio, la legge si è limitata a disciplinare le modalità di esercizio del potere amministrativo, come di regola avviene in pre-

<sup>14</sup> Cfr. A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 282 s.

<sup>15</sup> M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 19. Cfr. Cass., 16 febbraio 2021, n. 33240, cit., dove infatti si legge: «ciò che tuttavia pare rilevante è che la norma di legge violata, nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi, come appunto nel caso di specie, ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria che si risolva, si è fatto acutamente notare in dottrina, solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria».

<sup>16</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 38.

<sup>17</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 35; 81 ss.

senza di attività discrezionale. In questo caso, si deve chiedere al giudice di ricorrere al criterio del comportamento alternativo lecito<sup>18</sup>.

Per poter utilizzare utilmente questo criterio, senza invadere il campo riservato all'amministrazione, però, ci sembra di poter dire che è necessario che sussista prima proprio quel rapporto di congruità offensiva – tra il tipo di violazione del pubblico agente e il risultato lesivo prodottosi – a cui si allude parlando in questo contesto di “evitabilità in astratto” o, in altri termini, anche se spesso coinvolgendo anche il tema dell'ingiustizia dell'evento, di “nesso di rischio”<sup>19</sup>. Un rapporto che contribuisce a delimitare di molto il campo delle violazioni rilevanti – ridotte alle regole alle quali si possono assegnare, in modo diretto, finalità sostanziali ben definite di tutela degli interessi materiali da salvaguardare – e quindi di fatto a valorizzare, con le necessarie ulteriori precisazioni (sul tipo di vincolatezza/discrezionalità dell'attività interessata), la pur discussa distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata. Quando il potere amministrativo è discrezionale “con riferimento al bene della vita”<sup>20</sup> – anche se, in taluni profili, disciplinato –,

---

<sup>18</sup> Così ID., *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, cit., 264 s. In ID., *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 145 ss., egli precisa come la legge, di fronte alla gamma di interessi, a volte anche antitetici, che ottengono tutela in sede legislativa, abdichi sempre più spesso alla propria funzione ordinatrice, limitandosi alla mera indicazione preventiva della loro astratta rilevanza. In questi casi, però, solo il procedimento costituisce la vera base giustificatrice dell'atto di autorità; è lo strumento per assicurare in concreto il rispetto del principio di imparzialità.

<sup>19</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., 136 s., il quale precisa che proprio nel settore dei reati dolosi a forma vincolata i profili di nesso di rischio possono essere valorizzati, visto che la selezione normativa della condotta individua *ex lege* un rapporto di rischio che è decisivo per attribuire l'evento. Il risultato lesivo o pericoloso può essere ascritto solo attraverso un nesso di causalità molto particolare.

<sup>20</sup> Come già chiarito nel terzo capitolo di questo lavoro, questa definizione è tratta dalla dottrina amministrativistica e ci sembra avvicicabile alla vincolatezza/discrezionalità nell'*an* e nel *quid*. La distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dipende dal parametro assunto: «se si tratta del riferimento al bene della vita, i due fenomeni sono del tutto incomparabili». Così C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 91.



«non è possibile (o non è sempre possibile) verificare l'efficacia causale della violazione rispetto alla decisione finale»<sup>21</sup>.

Andando a fondo nella lettura delle proposte interpretative più interessanti, emerge una relazione molto stretta che lega l'accertamento del nesso – preso sul serio – e la nozione di ingiustizia dell'evento, che convergono nella stessa direzione, imponendo una selezione rigorosa delle violazioni.

Non mancano le opzioni favorevoli a far assumere al requisito dell'ingiustizia dell'evento il significato di indice a prova dell'irrelevanza delle ipotesi di coincidenza tra interesse privato e interesse pubblico<sup>22</sup>, ma riteniamo preferibile cogliere in esso piuttosto un'indicazione testuale a decisiva conferma della descritta necessità di verificare l'esistenza di uno speciale nesso di illiceità che colleghi all'evento la norma violata con la condotta – che deve avere una finalità sostanziale di tutela dell'interesse da soddisfare –, almeno per i casi di abuso per violazione di legge<sup>23</sup>.

In generale, pur consapevoli che la nozione di ingiustizia dell'evento causato dalla condotta ingiusta sconta un tasso piuttosto elevato di indeterminatezza – che non a caso ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a pervenire spesso a esiti contraddittori<sup>24</sup> –, la soluzione interpretativa che ci sembra preferibile è quella per cui l'evento non è ingiusto e quindi il reato non può dirsi integrato se attraverso l'inosservanza che ha caratterizzato la condotta si sia ottenuto un risultato che non sia necessariamente diverso da quello che si sarebbe ottenuto se quelle norme fossero state osservate. Nel rispetto dei limiti all'operato della giurisprudenza che discendono dal principio di separazione dei poteri, ingiusti possono essere quindi solo danno e vantaggio che siano radicalmen-

---

<sup>21</sup> C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 222.

<sup>22</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, cit., 252.

<sup>23</sup> In questo senso A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 195 s.

<sup>24</sup> Come ben precisato da A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1405 l'«ingiustizia è concetto graduabile, che si può estendere dalla mera inopportunità fino a gravissime offese agli interessi altrui». Nello stesso senso, S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258 e V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 220, che sottolinea la pluralità di significati che il termine può assumere.

te sprovvisti di titolo, che in qualche modo ne giustifichi la realizzazione; in termini più precisi, danno o vantaggio che siano normativamente preclusi<sup>25</sup>.

Uno spunto esegetico interessante ci pare possa venire, anche qui, dal riferimento al nesso di rischio. In questa prospettiva rilevano ancora una volta solo le inosservanze (che qualificano la condotta) le quali sono capaci di incidere sul regolamento autoritativo degli interessi materiali protetti dalla norma di attribuzione; il danno e il vantaggio ingiustamente prodotti devono essere la concretizzazione di quanto la norma violata intendeva prevenire<sup>26</sup>. A differenza delle conclusioni alle quali approda una parte della dottrina, però, ci sembra difficile che per tale via si possano valorizzare anche le violazioni procedurali<sup>27</sup>.

Uno dei punti su cui ci siamo trovati spesso a riflettere nel corso di questo lavoro riguarda infatti i limiti del giudizio prognostico al quale è chiamato il giudice per verificare se la condotta ingiusta ha causato l'evento ingiusto.

Se dall'ingiustizia della condotta non si può far conseguire automaticamente l'ingiustizia dell'evento – e quindi se non si può ritenere che l'ingiustizia dell'evento discenda automaticamente dal fatto che sia stato causato in maniera illegittima<sup>28</sup> – è necessario andare a verificare quando il giudice può affermare che, qualora l'azione amministrativa fosse stata esercitata legittimamente, il soggetto favorito non avrebbe conseguito quel determinato “bene della vita” (in presenza di interessi pretensivi) o altro soggetto non avrebbe ottenuto il medesimo risultato lesivo. In più occasioni abbiamo finito per dover escludere, di regola, la rilevanza della violazione delle norme procedimentali, *ivi* compresa l'omessa astensione, valorizzando piuttosto la distinzione tra vincolatezza e discrezionalità dell'attività amministrativa svolta e la conformità al diritto dell'evento causato.

Si tratta di conclusioni che, naturalmente, entrano in forte attrito con la diversa idea per la quale se si escludessero le norme procedimentali

---

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1005.

<sup>26</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 46.

<sup>27</sup> In tal senso, invece, *ivi*, 46 s.

<sup>28</sup> *Contra*, come ricordato: S. SEMINARA, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 525.

si originerebbe un *vulnus* di rilievo nelle ragioni di tutela che stanno alla base dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio, visto che la regolarità del procedimento costituisce la prima garanzia (anche se indiretta) di un'adeguata presa in considerazione degli interessi dei soggetti coinvolti, soprattutto in presenza di un potere discrezionale<sup>29</sup>.

Non è un caso, infatti, che qualche autore, proprio pensando al favoritismo nelle gare d'appalto e nelle procedure concorsuali, abbia affermato che in questi ambiti si deve ritenere che la violazione della procedura ben possa qualificare come ingiusta/o sia la condotta, sia l'esito, frutto della procedura viziata<sup>30</sup>. Detto altrimenti, non si potrebbe richiedere che l'esito sia autonomamente contrario all'ordinamento, anche se la giurisprudenza, in qualche occasione, è arrivata ad affermarlo espressamente<sup>31</sup>.

I risultati delle nostre riflessioni, che ci confermano nell'opportunità di distinguere tra attività discrezionale e vincolata – “con riferimento al bene della vita” –, trovano invece dei punti di affinità con quelli a cui è giunta tradizionalmente una parte della giurisprudenza che si è formata in tema di risarcimento del danno da lesione di un interesse legittimo pretensivo<sup>32</sup>, andando a scontrarsi con il tema dell'insindacabilità delle scelte di merito operate dall'autorità amministrativa.

---

<sup>29</sup> R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 83. G. MAZZINI, *Alcune annotazioni sul delitto di abuso di ufficio: il danno ingiusto, il dolo, la clausola di riserva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 789 ss. ritiene che, vista l'assenza di margini di in/certezza tollerabili, sia preferibile considerare ingiusto ogni danno o vantaggio conseguente a un comportamento posto in essere in violazione di regole comportamentali dell'azione amministrativa. Cfr. altresì A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 34.

<sup>30</sup> E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio anche in chiave di possibile riforma*, cit., 1963.

<sup>31</sup> Cass., 4 aprile 2000, n. 4147, in *Dejure*: «Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 323 c.p., l'“ingiustizia” dell'evento di vantaggio o di danno comporta una valutazione distinta e autonoma rispetto a quella che riguarda l'“ingiustizia” della condotta, essendo possibile, in tesi, che il reato non rimanga integrato in sé, pur essendo illegittimo il mezzo impiegato [...]».

<sup>32</sup> Come rileva M. D'ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, cit., 95 ss., la giurisprudenza in materia è caratterizzata da almeno quattro orientamenti diversi. La sentenza che ha determinato la caduta del muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi è Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, I, 1999, 2487.

Se, attraverso il giudizio prognostico necessario per accertare la risarcibilità, il giudice accerta per esempio che, all'infuori del motivo di diniego opposto dall'amministrazione e ritenuto illegittimo in sede giudiziale, non ce n'è nessun altro, l'istante vanta un diritto al risarcimento. È evidente, però, che, mentre in caso di attività vincolata il giudizio prognostico non incontra obiezioni di principio, i problemi possono sorgere in presenza di valutazioni che sono espressione di discrezionalità amministrativa. In questi casi, alla luce del principio di separazione dei poteri e della difficile prevedibilità degli sbocchi di un'azione contraddistinta da molte variabili, può essere difficile, per il giudice chiamato a pronunciarsi sul risarcimento – come quello penale, seppur ad altri fini –, sostituirsi all'amministrazione e stabilire, anche se solo a fini risarcitori (e quindi secondo il canone del “più probabile che non”), se il provvedimento richiesto avrebbe potuto essere o meno adottato e quindi se l'interesse pretensivo avrebbe potuto essere soddisfatto<sup>33</sup>.

Tornando al diritto penale, noi riteniamo che, se interpretato con rigore, l'elemento dell'ingiustizia dell'evento – pur non esente da margini di ambiguità – potrebbe costituire un requisito di illiceità speciale, capace di contribuire a selezionare le sole (poche) norme la cui violazione può rilevare per causarlo e/o integrarlo, anche in ipotesi di omessa astensione. Da questo particolare punto di vista, infatti, si può condi-

---

<sup>33</sup> Sul punto cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 89 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, cit., 1448 s.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss. Come rileva M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IX*, Milano, 2016, 812 lo spettro del giudizio prognostico avente ad oggetto la spettanza del bene finale su cui si appunta l'interesse legittimo leso è un tema assai dibattuto, sotto il profilo della sua praticabilità nelle ipotesi di attività amministrativa discrezionale. Il rischio rimane quello dell'usurpazione del potere discrezionale da parte del giudice. L'Autore evidenzia tuttavia, proprio per poter garantire una tutela risarcitoria, come l'erogazione di tale tutela si possa collocare su di un terreno diverso rispetto a quello del ri-esercizio del potere amministrativo discrezionale. Non è un caso, così, che nell'ambito delle gare pubbliche la giurisprudenza sia giunta a garantire la tutela, anche risarcitoria, della *chance*, facendo assumere a quest'ultima il rilievo di bene autonomo rispetto a un risultato finale a esito incerto. Tale ragionamento, tuttavia, non potrebbe essere riproposto in questi termini in materia penale, se non al costo di violarne i principi fondamentali.

vedere – anche se per fini diversi – quanto affermato da Padovani: «appare dunque evidente che la salvaguardia della tipicità dipende essenzialmente dal modo con cui è regolato l'esercizio specifico della funzione pubblica»<sup>34</sup>.

Che l'abuso d'ufficio possa avere un campo applicativo circoscritto ce lo conferma un altro dato. Poco dopo la riforma del 1997, attenta dottrina ha sottolineato che dovrebbero essere escluse dalla sfera applicativa dell'abuso d'ufficio le condotte “ingiuste” che attengano agli atti interinali e provvisori, in quanto solo nella fase conclusiva del procedimento l'atto è in grado di incidere su una posizione soggettiva, causando l'evento<sup>35</sup>.

### *1.3. Gli spunti che offre la giurisprudenza*

Sarà forse perché sia il buon andamento sia l'imparzialità hanno «contorni tutt'altro che definiti»<sup>36</sup> e faticano a offrire all'interprete criteri limpidi e risolutivi per l'interpretazione delle singole disposizioni, ma è certo che dall'esame della giurisprudenza che abbiamo condotto ci torna un'immagine del campo applicativo dell'abuso d'ufficio ben diversa da quella che abbiamo provato a tratteggiare.

---

<sup>34</sup> T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 122.

<sup>35</sup> S. SEMINARA, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 524. L'Autore precisa che quest'interpretazione si impone per non dover riproporre la controversa teoria dell'autore mediato, ritenendo punibile per abuso d'ufficio chi, strumentalizzando le proprie funzioni nello svolgimento della procedura, abbia indotto in errore altri soggetti, mantenendo il dominio sull'abuso da altri inconsapevolmente commesso. Si impone altresì per non far coincidere fattualmente l'abuso con la mera illegittimità dell'atto. Abbiamo già ricordato, tuttavia, che la giurisprudenza ha dato rilevanza, in alcune occasioni, anche agli abusi che investono gli atti preliminari: cfr. Cass., 25 febbraio 2021, n. 10067, cit. (fattispecie relativa alla violazione dell'obbligo di astensione da parte di una dipendente comunale che, pur non essendo la responsabile del servizio o la titolare del potere di firma del provvedimento finale, gestiva di fatto le pratiche di finanziamento). Per come il reato viene interpretato dalla giurisprudenza, infatti, nulla esclude che l'evento prenda la forma di un atto giuridico (provvedimento finale), distinto dalla condotta ingiusta che riguarda un atto preliminare, e posto in essere da un soggetto diverso dall'autore della condotta. I confini del reato si ampliano notevolmente.

<sup>36</sup> M. ROMANO, *Pre-Art. 314*, cit., 11.

Questo è stato chiaro fin dalla riforma del 1997. L'approccio garantista che l'aveva caratterizzata ne è uscito indebolito.

Basti pensare alla violazione di norme di legge o di regolamento, requisito che nel tempo ha assunto dei tratti sempre più sbiaditi, anche in forza dell'incapacità di superare quella visione – che ha sempre riscosso una certa fortuna – per la quale il “merito di natura criminosa” dovrebbe essere accertato senza limiti. Secondo questo approccio, il merito criminoso consisterebbe, di fatto, nella già nota distorsione dell'ufficio per uno scopo di danno o di vantaggio, diverso da quello normativamente previsto<sup>37</sup>, e quindi nello sviamento. Per questa via, però, l'accertamento del giudice penale finisce per non conoscere limitazioni, né con riferimento al processo deliberativo, né in merito alle motivazioni dell'agente o agli sviamenti nell'esercizio dei poteri discrezionali e si avvicina molto al merito dell'attività amministrativa, senza riuscire a tracciare una linea distintiva netta rispetto a esso<sup>38</sup>.

Anche dopo il 1997 la tipicità legale dell'abuso d'ufficio è collassata così nel paradigma dello sviamento di potere, identificato – grazie alla valorizzazione dell'elemento teleologico – in ogni forma di strumentalizzazione dell'azione amministrativa per finalità estranee a quelle fissate dalla legge<sup>39</sup>.

A dire il vero, l'abbiamo ricordato, la prima risposta ermeneutica della giurisprudenza di legittimità si era posta in linea di continuità con le ragioni ispiratrici della riforma del 1997 e aveva colto un profilo importante, richiedendo che la norma violata vietasse «puntualmente il

---

<sup>37</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88; ID., *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 138. Cfr. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 11; ID., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 160 s. (dove afferma che il controllo di legalità del giudice penale non può prescindere dal filtro dell'eccesso di potere) e, in questo volume, il par. 2.3 del cap. 1.

<sup>38</sup> F. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 9; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 264; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 96, soffermandosi sul vizio dell'eccesso di potere.

<sup>39</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 401.

comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio»<sup>40</sup>.

Tale aspetto avrebbe meritato di essere ripreso e approfondito dalla giurisprudenza successiva, che è giunta invece molto presto a ricomprendere con sempre maggiore frequenza sia le norme procedurali sia l'art. 97 della Costituzione, nel suo significato più precettivo (imparzialità dell'azione amministrativa), tra le norme di legge la cui violazione poteva rilevare per qualificare la condotta abusiva dell'art. 323 c.p. L'effetto è stato quello di accogliere anche per tale via l'eccesso di potere nell'ambito dell'abuso d'ufficio e di svilire l'autonomo significato dell'offesa, facendone un duplicato della tipicità. I riflessi negativi si sono prodotti sul fronte della tassatività/determinatezza della fattispecie. Con queste aperture interpretative, lo schema normativo di valutazione delle condotte non è mai disponibile in anticipo rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, ma emerge in forza dell'operazione creativa dell'interprete «nella stessa strutturazione del parametro di legalità da osservare nel caso concreto»<sup>41</sup>.

In tema di accertamento del nesso tra la condotta ingiusta e l'evento ingiusto, quando il giudice penale ha compreso fino in fondo il significato del requisito da accertare, soprattutto in presenza di attività discrezionale – chiedendosi per esempio se, in assenza dell'indebito favoritismo ottenuto, il presunto favorito non sarebbe stato nominato tra i componenti di un nucleo di valutazione<sup>42</sup> –, ha concluso di regola in senso negativo, anche per non sconfinare nella riconsiderazione del merito delle scelte dell'amministrazione. Molte volte, però, non è stato così.

Il problema si è posto in particolare, come abbiamo visto, in ipotesi di violazione di norme procedurali, che difficilmente incidono in modo decisivo sull'assetto materiale degli interessi primari o secondari investiti dalla determinazione finale, anche se la giurisprudenza non ha

---

<sup>40</sup> Cass., 4 dicembre 1997, Tosches, cit., 258.

<sup>41</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 277.

<sup>42</sup> Cfr. M.C. UBIALI, *Abuso d'ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l'archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Regione Lombardia* Attilio Fontana, cit., 8.

mancato di ricordare – in astratto – la necessità di accertare la derivazione logico-causale del danno o del vantaggio ingiusto dalla loro violazione<sup>43</sup>. L'esame di alcune sentenze che hanno accertato la sussistenza del reato ci ha lasciato il dubbio che l'evento in sé potesse considerarsi, invece, giusto, perché non normativamente precluso. Esso, anche con il rispetto della norma violata, avrebbe potuto essere lo stesso<sup>44</sup>.

In altre sentenze, invece, pur valorizzando il requisito, la Cassazione si è lasciata andare a considerazioni delicate, escludendo il reato sulla scorta della mancata contrarietà del danno o del vantaggio a un non meglio definito «interesse reale della pubblica amministrazione»<sup>45</sup>.

Finché il risultato dell'azione amministrativa è annoverabile tra quelli astrattamente possibili, tuttavia, non vi è modo di sondarne l'ingiustizia senza sostituirsi all'amministrazione nelle scelte di merito e quindi l'abuso d'ufficio dovrebbe essere escluso *a priori*<sup>46</sup>, senza concessioni a sfuggenti letture sostanzialistiche, come quella da ultimo indicata: se il requisito venisse preso sul serio, l'ingiustizia dell'evento dovrebbe essere esclusa – già in astratto – in moltissimi casi.

Il problema posto dalla violazione delle norme procedurali si mostra in tutta evidenza altresì nelle ipotesi di omessa astensione, sulle quali ci siamo soffermati specificamente. Come è stato rilevato – proprio in considerazione del complesso accertamento dell'ingiustizia del vantag-

---

<sup>43</sup> Come sottolinea G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 9, anche l'obbligo di motivazione non rileverà sempre nel caso di violazione, ma solo nell'ipotesi di violazione che sia causale rispetto agli eventi descritti. Egli ritiene che la violazione sia causale qualora vi sia una massima di esperienza che possa far sostenere che in una certa tipologia di casi, se si motiva, non si può conseguire un certo risultato. Ci sembra tuttavia difficile – se non a costo di pericolose forzature – riuscire a rinvenire una tale massima di esperienza.

<sup>44</sup> Come nel caso in cui l'ingiustizia del vantaggio è stata riscontrata nella vittoria di un concorso fondata su di una valutazione dei concorrenti viziata perché operata violando le regole che disciplinano il reclutamento dei pubblici dipendenti e, più nello specifico, non predisponendo criteri oggettivi di valutazione dei candidati (violazione dell'art. 20 l. 29 marzo 1983, n. 93, che prevedeva che il reclutamento avvenisse tramite concorso consistente nella valutazione obiettiva del merito, secondo determinate procedure e principi generali): Cass., 5 novembre 2001, n. 1732, cit., 1645.

<sup>45</sup> Cass., 31 maggio 2022, n. 26625, cit.

<sup>46</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 315.



gio o del danno procurato/arrecato – attraverso la seconda modalità della condotta incriminata si mantiene aperta la porta a un problematico sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, anche dopo la riforma del 2020<sup>47</sup>. L'ingiustizia dell'evento dovrebbe sussistere qualora il risultato sia precluso da una specifica norma vigente, ma la giurisprudenza si è accontentata, a volte, di accertare più genericamente una strumentalizzazione dell'ufficio, che denota uno sviamento di poteri e, quindi, un'ingiustizia dell'evento ancorata alla mera violazione dell'art. 97 Cost.<sup>48</sup> È vero del resto che, con riferimento all'ingiustizia dell'evento, non ci sono indicazioni normative sui profili formali che caratterizzano il parametro normativo da utilizzare. Ci sembra però decisivo ricordare ancora una volta che solo in presenza di una vincolatezza sostanziale dell'attività si può realmente dare una risposta sicura alla domanda se "l'uso del potere da parte di un diverso pubblico agente, non interessato all'atto, avrebbe condotto allo stesso risultato"<sup>49</sup>. In caso di attività amministrativa discrezionale, infatti, ci possiamo trovare davanti a una pluralità di esiti potenzialmente "giusti".

In generale, l'analisi di una giurisprudenza non sempre agevolmente intelligibile ha messo in luce come i giudici non abbiano individuato sul punto un criterio univoco, che li orienti nella decisione dei fatti concreti: l'ingiustizia dell'evento seleziona a intermittenza, con effetti molto negativi sulla prevedibilità, per il pubblico agente, delle conseguenze che discendono dalla sua condotta.

Non meno straniante è l'esito dell'indagine che abbiamo condotto in merito al dolo intenzionale, che dovrebbe assumere un ruolo decisivo per esprimere il significato di una condotta di «sfruttamento delle funzioni pubbliche a scopo privato»<sup>50</sup>. Se, come può accadere sovente nella pratica, l'abuso è stato realizzato al fine di perseguire un interesse pubblico che è stato affidato alla cura del soggetto attivo, l'elemento

---

<sup>47</sup> E. LA ROSA, *Il "nuovo" Abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"?*, cit., 1467.

<sup>48</sup> Così Cass., 13 dicembre 2002, n. 1320, cit., 90.

<sup>49</sup> Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 287.

<sup>50</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 111.

psicologico del reato non dovrebbe dirsi integrato, ma la giurisprudenza ci ha mostrato orientamenti non sempre consapevoli della complessità derivante dalla normale coesistenza del perseguimento di interessi pubblici e interessi particolari. In generale, non sembra convincente l'idea per la quale non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito un fine pubblico (tra quelli che egli è chiamato a perseguire) accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illegittima dal punto di vista amministrativo, non sia penalmente rilevante, «ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale»<sup>51</sup>. Le finalità perseguite sono spesso intrecciate tra loro e il panorama giurisprudenziale è apparso contraddittorio: la verifica processuale del perseguimento di una “finalità pubblica prevalente” sconfinava con facilità in un apprezzamento di merito della decisione amministrativa e quindi nella valutazione della sua congruità rispetto all'interesse pubblico da soddisfare<sup>52</sup>.

Al contrario, poi, di quello che si trova a fare una giurisprudenza troppo attenta unicamente alla delicata relazione che esiste tra interesse pubblico e interesse privato, per osservare il principio di colpevolezza occorrerebbe dar prova di una consapevole violazione di legge che provochi intenzionalmente un esito ingiusto (allo stesso modo consapevole) in termini di danno o vantaggio<sup>53</sup>. Un errore sulle leggi extrapenalistiche che disciplinano l'attività del pubblico agente esclude il dolo e lo stesso vale per l'errore sull'ingiustizia del risultato<sup>54</sup>.

Con riferimento al dolo intenzionale, infine, quando non si è dato corso alla delicata verifica processuale che è stata sopra descritta, è emersa una tendenza giurisprudenziale al rigore probatorio attenuato,

<sup>51</sup> Corte cost., 28 giugno 2006, n. 251 (ord.), cit., 3.

<sup>52</sup> G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 420. Critica, sul punto, è anche la posizione di A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 118.

<sup>53</sup> Cfr. G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, cit., 378.

<sup>54</sup> M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 78. Cfr. par. 3.2.3.3 del primo capitolo del presente volume per l'analisi della differenza, ai fini del dolo intenzionale, tra la violazione di norme sostanziali e la violazione di norme che si limitano a regolare le modalità di esercizio del potere.

volta, spesso, a indebolire la portata del presupposto con il richiamo a indici sintomatici<sup>55</sup>.

Anche gli sforzi successivi, forse maldestri, che ha fatto il legislatore per tracciare dei confini chiari delle condotte abusive penalmente rilevanti, hanno prodotto risultati non del tutto convincenti, come ha dimostrato la prima giurisprudenza che ha fatto seguito alla riforma del 2020; una giurisprudenza che, ben lungi dal sentirsi le mani legate, ha riproposto alcune argomentazioni del passato, con riferimento alla violazione mediata e, in qualche occasione, allo sviamento di potere – senza che il fine riesca a riempire di contenuto la condotta, al punto da non far residuare margini di discrezionalità – o, addirittura, alla possibile valorizzazione della violazione dell'art. 97 Cost.<sup>56</sup>.

Molti interrogativi si sono aperti sul significato da attribuire alla locuzione “specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità”; interrogativi che non hanno trovato una risposta convincente, anche se l'intento perseguito dal legislatore storico – precludere al giudice penale di sindacare l'attività discrezionale della P.A.<sup>57</sup> – era chiaro, almeno per l'abuso per violazione di legge.

In questo quadro, le conclusioni che si possono trarre sul diritto vivente sono piuttosto evidenti. La norma dell'abuso d'ufficio tende a espandersi fino a debordare. Per ragioni sistematiche e strutturali (dovute in particolare alla sua conformazione come reato di evento ingiusto che abbraccia condotte molto diversificate tra loro e alla presenza di plurimi elementi normativi), la disposizione si presta infatti a torsioni e manipolazioni in sede applicativa, sulle quali torneremo a breve da un'altra prospettiva, facendo emergere i suoi profili di contrasto con il principio di tassatività/determinatezza. A questo dato, poi, si aggiunge una giurisprudenza “sorda” che, anche in conseguenza del mutare delle caratteristiche del suo referente criminologico, la pubblica amministra-

---

<sup>55</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 41; G. DE BERNARDO, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento soggettivo*, cit., 55.

<sup>56</sup> Cfr. il par. 6 del secondo capitolo del presente volume.

<sup>57</sup> Cfr. S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Foro it.*, V, 2020, 373.

zione<sup>58</sup>, pare non rassegnarsi all'idea di dover escludere dall'ambito di operatività del nuovo art. 323 c.p. i casi di abuso d'ufficio ritenuti addirittura "più gravi": quelli connessi all'attività discrezionale<sup>59</sup>.

#### 1.4. Una presa d'atto necessaria

Ci è sembrato possibile e opportuno proporre come chiave di lettura dell'esistente un'interpretazione della disposizione più rispettosa dei principi. Che il reato di abuso d'ufficio – un reato di evento caratterizzato da una "tipicità aperta"<sup>60</sup>, posto a presidio di un intero sistema di norme – sconti tuttavia un tasso di ontologica indeterminatezza ce l'ha dimostrato anche l'incursione che abbiamo operato nel diritto amministrativo.

Da un lato abbiamo capito che l'eccesso di potere, anche nella forma dello sviamento in senso stretto che la giurisprudenza penale fa fatica a non valorizzare per l'art. 323 c.p., è ben poco compatibile con una fattispecie penale sufficientemente determinata, che lo voglia includere. È un concetto vago e in continua evoluzione<sup>61</sup>, se rapportato alla dimensione concreta della discrezionalità amministrativa, «non sempre riconducibile a saldi parametri di identificazione degli interessi da valutare»<sup>62</sup>.

L'«interesse pubblico» da perseguire non costituisce un dato predefinito con compiutezza dalla norma attributiva del potere, quanto piuttosto un «interesse-risultato»<sup>63</sup>, che si manifesta *a posteriori*<sup>64</sup>. Di

<sup>58</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 72.

<sup>59</sup> A. SESSA, *Efficienza nella amministrazione pubblica e controllo penale: fondamento e limiti della prognosi privilegiata statale*, cit., 161.

<sup>60</sup> F.R. DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del "tipo" alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, cit., 13.

<sup>61</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 73; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, cit., 343, 350; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 134.

<sup>62</sup> T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 165, riferendosi all'imparzialità.

<sup>63</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 203 ss.

conseguenza, il fatto tipico di un abuso d'ufficio legato – sul piano oggettivo – all'eccesso di potere finirebbe per essere inaccettabilmente riconoscibile solo *ex post*.

Insistere sullo sviamento, d'altro lato, porterebbe con sé il rischio ulteriore di dare un'enfasi eccessiva al movente illecito del funzionario e di dare vita a un circolo vizioso: quello per il quale attraverso l'illegittimità si ricostruisce l'elemento psicologico, che è a sua volta sintomo dello sviamento di potere che può integrare l'abuso o, più precisamente, l'ingiustizia della condotta<sup>65</sup>.

La tendenza legislativa costante, a partire dai primi anni Novanta, è stata quella di positivizzare sempre di più le regole di comportamento della pubblica amministrazione: il procedimento, *in primis*, è sempre più vincolato.

Si è così assistito a un'erosione dello spazio occupato dall'eccesso di potere da parte del vizio di violazione di legge<sup>66</sup>, con la conseguenza che alcuni problemi posti dal primo si sono per certi aspetti ripresentati nella forma di problemi posti da alcune norme – soprattutto di carattere generale o procedurale, che hanno formalizzato alcune ipotesi di eccesso di potere – la cui violazione poteva assumere rilevanza nell'ambito dell'abuso d'ufficio come riformulato nel 1997. Tali norme non dovrebbero più rilevare dopo la riforma del 2020, nella prima modalità di integrazione del reato, ma – come abbiamo visto – la conclusione non è pacifica. Rimane aperto, così, il problema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità, soprattutto al fine di accertare l'efficienza causale rispetto alla decisione finale della violazione di regole procedurali che offrono una protezione solo indiretta all'interesse sostanziale.

Tale questione, peraltro, rimane di certo attuale per l'ipotesi di omessa astensione, caratterizzata pur sempre dalla presenza di un evento ingiusto nella fattispecie penale. È difficile che il giudice penale possa avere la certezza che, in ipotesi di astensione dall'attività discrezio-

---

<sup>64</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 12.

<sup>65</sup> A. MAZZONE, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 720.

<sup>66</sup> Cfr. C. CUDIA, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, cit., 230.

nale del soggetto in conflitto di interessi, la valutazione della P.A. sarebbe stata differente, e che quindi si sia in presenza di un pregiudizio o di un vantaggio ingiusto.

Con riferimento all'omessa astensione, erede, in un certo senso, dell'interesse privato in atti d'ufficio – e alla quale si guarda con particolare attenzione dopo la riforma del 2020, che ha ristretto i confini dell'abuso per violazione di legge – molte sono le criticità che permangono sul fronte della tassatività/determinatezza. La seconda modalità della condotta è caratterizzata da confini non meno «ampi ed evanescenti»<sup>67</sup> della prima. Basti ricordare che l'interesse proprio è interpretato dalla giurisprudenza in senso esteso, fino ad assumere i contorni di un mero coinvolgimento morale o affettivo<sup>68</sup> e che, comunque, anche se – tra le diverse norme che fondano il dovere di astensione<sup>69</sup> – ci si riferisce soltanto al codice di comportamento dei dipendenti pubblici (artt. 6 c. 2 e 7 c.1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62), ci si imbatte in termini dal significato elastico, che fondano obblighi di astensione di limitata precisione.

Da un altro punto di vista, sempre grazie all'analisi del diritto amministrativo, abbiamo ben compreso come il richiamo formale alla distinzione tra attività discrezionale e vincolata, operato di fatto dal testo della disposizione riformata – peraltro riferendosi alle regole da cui non residuino margini di discrezionalità –, sia foriero di ulteriori incertezze, ai nostri fini, perché è una distinzione che presenta molte sfumature intermedie. Ferma la problematicità della figura della discrezionalità tecnica, assistiamo spesso ad attività discrezionali caratterizzate da momenti vincolati, più che ad attività vincolate contrapposte a quelle discrezionali, e i limiti (in particolare gli autovincoli) vengono fissati frequentemente dalla stessa P.A. più che dal legislatore. Se l'interprete volesse accogliere, poi, un concetto di vincolatezza “in senso lato”, in-

---

<sup>67</sup> M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 94.

<sup>68</sup> Cfr. par. 3.2.3.1 del primo capitolo del presente volume.

<sup>69</sup> Cfr., per un'elencazione, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 121 ss. La l. 190/2012, per esempio, ha introdotto nella l. n. 241/1990 l'art. 6-bis, in base al quale il responsabile del procedimento e gli altri titolari degli uffici competenti ad adottare gli atti del procedimento «devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

teso addirittura come mera disciplina di alcuni aspetti o momenti dell'attività discrezionale<sup>70</sup>, ben poco cambierebbe rispetto alla precedente formulazione dell'art. 323 c.p.

Anche grazie agli spunti che sono venuti dall'analisi dell'attività amministrativa della P.A., ci sembra di poter dire quindi che la formulazione del reato che il legislatore ha introdotto nel 1997 non ha rappresentato un serio ostacolo all'incursione del giudice penale negli spazi riservati alla P.A.

Certo, senza attendere un ulteriore intervento del legislatore (come quello operato nel 2020), che si è rivelato ancora una volta insufficiente anche a causa dei limiti di precisione delle formule linguistiche utilizzate, la magistratura avrebbe potuto fare proprie le letture più rigorose che sono state offerte in tema di violazione di legge e di accertamento del nesso con l'evento ingiusto, evitando di dar corso al procedimento, fin dalle indagini preliminari, in tutti i casi in cui la condotta caratterizzata dalla violazione di legge o dall'omessa astensione non avrebbe potuto causare un evento accertabile come ingiusto e quindi, sostanzialmente, nelle ipotesi in cui non ci si trovasse in presenza di un'attività vincolata "con riferimento al bene della vita", nell'*an* e nel *quid* o, almeno, in cui quel risultato non fosse normativamente precluso. Così facendo, però, il reato sarebbe stato contestato, prima che applicato, in un numero di casi davvero esiguo.

La giurisprudenza ci ha dimostrato del resto di non voler assolutamente esercitare su se stessa un così rigido *self restraint*<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 28; C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 89 ss.

<sup>71</sup> La giurisprudenza formatasi in tema di corruzione, del resto, contribuisce a comprendere la complessità del tema, con la sua propensione al riconoscimento indiscriminato della corruzione propria, in presenza di compravendita di attività discrezionali, anche in conseguenza delle difficoltà incontrate nell'accertamento della distinzione tra atto conforme e atto contrario ai doveri d'ufficio, in questo contesto. La Cassazione (Cass., 26 settembre 2006, n. 38698, cit.) ha affermato, come già ricordato, che non si può attribuire valore scriminante a un'asserita «rispondenza dell'atto all'interesse pubblico in quanto tale affermazione è un mero postulato, non verificabile dal giudice penale a causa dell'inidoneità, istituzionale e di fatto, del giudizio penale a funzionare come sede di un controllo di effettiva rispondenza dell'atto all'interesse pubblico».

È importante considerare invece che un certo ampliamento dello spazio applicativo della norma rispettoso dell'esigenza di fissare dei limiti alle incursioni della giurisprudenza penale nella sfera discrezionale riservata alla P.A. si potrebbe ottenere con il riconoscimento della violazione mediata, seppure nei soli casi in cui sia la legge a prescrivere l'osservanza di atti di rango non legislativo o a imporre all'amministrazione l'adozione degli autovincoli<sup>72</sup>. La scelta sarebbe coerente con l'assetto che caratterizza sempre di più la P.A., che tende ad autodisciplinarsi mediante fonti specifiche non legislative. Con questa soluzione ci si troverebbe infatti pur sempre in presenza di una vincolatezza capace di costruire uno sbarramento contro forme di inammissibile interventismo giudiziario. L'impressione che abbiamo è tuttavia quella per cui, con tale apertura, si rischierebbe comunque di mettere seriamente in discussione il principio costituzionale di tassatività/determinatezza, rendendo ancora una volta complesso, per il destinatario del precetto, garantirsi la conoscenza di fonti aperte a rapidi processi di revisione<sup>73</sup>. Per cogliere la portata della questione basti pensare alla sterminata e ben poco intelligibile produzione di linee-guida e del Piano Nazionale Anticorruzione da parte dell'ANAC, nonché all'adozione dei piani triennali da parte dei singoli enti<sup>74</sup>, che già vanno pericolosamente ad alimentare i concetti normativi di cui abbondano i reati contro la P.A.

Una soluzione di compromesso potrebbe essere forse quella di limitare l'utilizzo della violazione mediata ad alcuni specifici settori di materia, cogliendo uno spunto che per altri aspetti, come vedremo, ci offrirà l'esperienza francese. L'apertura alla violazione mediata potrebbe

---

<sup>72</sup> Abbiamo analizzato la questione, con riferimento alla giurisprudenza formatasi sul testo del 1997, nel secondo capitolo del presente volume, al par. 3.2. Cfr., per esempio, con riferimento alle violazioni di criteri di selezione del personale contenuti in un bando di concorso, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 193. *Contra* S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 71.

<sup>73</sup> Come rileva anche D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021, 90, gli elementi normativi non destano particolari preoccupazioni sul piano della legalità, se non con riferimento alla determinatezza.

<sup>74</sup> V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 7 ss.



interessare, per esempio, un campo in cui vi si è già fatto ricorso con ampiezza, quello urbanistico-edilizio, ma una tale scelta dovrebbe essere operata con ponderazione.

Un tale approccio presuppone infatti una scelta di fondo. Si deve fare a meno di una fattispecie “onnivora” come quella che conosciamo e che si è mostrata incapace di riassumere in una formula sufficientemente determinata la ricca gamma di abusi che si vorrebbero ricondotti all'art. 323 c.p.<sup>75</sup>; una fattispecie incontrollabile nella sua ampiezza e che spesso finisce per fare la fine di una tigre di cartapesta. Solo un diritto penale di qualità sul piano tecnico, del resto, può agevolare «l'acquisizione da parte del potere giudiziario di un'autentica *cultura del limite*, incoraggiando stili ermeneutici e modelli di ragionamento indirizzati a preservare l'oggettiva portata di senso dello schema legale»<sup>76</sup>.

## *2. Analisi di alcuni progetti di riforma che si sono succeduti negli anni, tra modifiche strutturali e riaffermazioni di dati ovvi*

Prima di riflettere più nel dettaglio sulle prospettive future del reato, ci sembra utile ricordare brevemente le due proposte di riforma più interessanti che sono state formulate a partire dalla fine degli anni Novanta<sup>77</sup>.

La prima è quella che abbiamo già considerato nel primo capitolo e che è stata disegnata dalla Commissione Morbidelli, istituita nel 1996 con il fine di recuperare la tipicità dell'abuso d'ufficio.

---

<sup>75</sup> A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, cit., 16.

<sup>76</sup> V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., 44.

<sup>77</sup> Prima della riforma del 1997, molte erano le proposte che si contendevano il campo. Si proponeva per esempio di richiedere un danno alla P.A., quale estremo costitutivo della fattispecie, da determinarsi «avendo riguardo al pregiudizio patrimoniale ovvero alla frustrazione degli scopi perseguiti con l'attività pubblica». Per stessa ammissione di chi aveva formulato questa proposta, però, la formulazione si continuava a prestare a interpretazioni di tipo estensivo affidate alla discrezionalità giudiziale: cfr. G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Questione giust.*, 1996, 319, il quale afferma: «la riforma dell'abuso sembra somigliare a una fatica di Sisifo, alla quadratura del circolo!».

Essa – oltre a prevedere una serie di cause di non punibilità – propone di scomporre l'abuso d'ufficio in tre distinti reati di evento: la prevaricazione, il favoritismo affaristico e lo sfruttamento privato dell'ufficio, che miravano rispettivamente a realizzare un danno verso altri, un vantaggio patrimoniale per altri e un vantaggio patrimoniale per se stessi<sup>78</sup>. La condotta abusiva si doveva concretizzare nell'esercitare oppure omettere di esercitare «in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio».

Molti ritengono che questa proposta – già accolta in parte, nel 1997, con l'introduzione dell'evento e del dolo intenzionale – costituirebbe un buon punto di partenza per riscrivere la fattispecie di abuso d'ufficio, in quanto capace di descrivere più precisamente i fenomeni criminosi riconducibili all'abuso e di migliorare quindi la tassatività e determinatezza della norma<sup>79</sup>. Riunire in un'unica figura di reato fatti contrassegnati da caratteristiche differenti, sia sul piano oggettivo sia su quello soggettivo, sarebbe invece inopportuno<sup>80</sup>.

La vitalità dell'iniziativa riformistica è testimoniata del resto dal fatto che, anche molti anni dopo, la dottrina ha proposto di introdurre due diverse fattispecie incriminatrici di abuso, tipizzando i fatti attraverso connotati che non si riferiscono ai meri aspetti formali di illegittimità amministrativa, quanto invece all'uso arbitrario e strumentale dei poteri pubblici o delle mansioni (o all'adempimento arbitrario e strumentale del pubblico servizio)<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Per i lavori della Commissione Morbidelli cfr. par. 3.2.1 del primo capitolo del presente volume.

<sup>79</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 16; A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 31; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1223; F.C. PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma*, cit., 456 s.

<sup>80</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 914.

<sup>81</sup> *Ivi*, 927 ss. Egli delinea una prima fattispecie, che comprende l'abuso in danno e il favoritismo non affaristico, consistente «nel fatto del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, attraverso l'uso arbitrario e strumentale dei pubblici poteri o delle mansioni attinenti al pubblico servizio, intenzionalmente procura a sé o ad

L'intuizione che ha guidato la Commissione nella differenziazione delle forme di abuso è senza dubbio interessante, ma i passi avanti nella direzione di una maggior tassatività e determinatezza non ci sembrano significativi. Le nozioni di "arbitrarietà" e di "strumentalità", che caratterizzano la proposta, richiedono un approccio ermeneutico cauto. Si tratta di termini privi di significato univoco; davvero troppo duttili e indeterminati per essere utilizzati con riferimento all'attività della P.A.<sup>82</sup>.

Una dottrina favorevole a riformare l'abuso d'ufficio distinguendo tra la fattispecie di prevaricazione e quella di sfruttamento privato dell'ufficio ha definito queste nozioni come complesse e ridondanti, preferendo a esse addirittura le espressioni "abusando del suo ufficio" e "sfruttando le funzioni per finalità private"<sup>83</sup>, che tuttavia – ancora una volta – non sembrano più precise.

altri un vantaggio non patrimoniale o arreca ad altri un danno, che egli sa essere ingiusti». La seconda fattispecie, invece, comprende gli abusi che abbiano indebitamente procurato un vantaggio patrimoniale ingiusto al pubblico agente o a un terzo, con una condotta consistente «nell'uso arbitrario e strumentale dei poteri inerenti all'ufficio o nell'adempimento arbitrario e strumentale del pubblico servizio» e la richiesta della consapevolezza del carattere ingiusto del vantaggio. Egli propone altresì di richiedere che l'ingiustizia del danno o del vantaggio sia "manifesta", ma ne offre una definizione che risente dei limiti propri della nozione di sviamento di potere, che abbiamo ampiamente indagato: l'ingiustizia è manifesta se connotata «da un uso evidentemente distorto dei poteri verso finalità (private) sicuramente estranee a quelle pubbliche». Per una critica alla proposta di Parodi Giusino, cfr. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 11 che sottolinea come peccchino sul fronte della tassatività/determinatezza formule come quella della manifesta ingiustizia, che dovrebbe caratterizzare l'evento.

<sup>82</sup> E. LA ROSA, *Il "nuovo" Abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"?*, cit., 1468; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 113; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 10; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 29. F.C. PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma*, cit., 456 evidenziava l'evanescenza descrittiva del requisito della strumentalità, anche se la sua impressione conclusiva era che «molto più oltre il linguaggio legislativo» non poteva andare.

<sup>83</sup> A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1408, il quale propone queste due formulazioni: «Art. 323 - *Prevaricazione*. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, abusando del suo ufficio, procura intenzional-

Un'altra proposta significativa – anche per l'ampiezza dello studio comparatistico, che è stato condotto in parallelo – è certamente quella della *Commissione di Studio e Riforma dell'Abuso d'ufficio* presieduta dal prof. Andrea Castaldo; una proposta elaborata con lo scopo di «rendere controllabile la fase esegetica»<sup>84</sup> di questa disposizione, prevenendo le forzature della giurisprudenza.

Ci sembra interessante ricordare che, per ammissione del suo presidente che ha mostrato un approccio condivisibile, alcuni punti della stessa sono meno rivoluzionari di quanto possa apparire a prima lettura, ma si sono imposti a fronte di interpretazioni non sempre equilibrate dell'assetto normativo: per «riaffermare l'ovvio»<sup>85</sup>.

La proposta è caratterizzata dall'introduzione del nesso di rischio in funzione garantistica e complementare e, più nel dettaglio, della precisazione per la quale il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti (*non*

---

mente ad altri un danno che egli sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la multa da lire centomila a lire dieci milioni); «Art. 323-bis - *Sfruttamento privato dell'ufficio*. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, sfruttando le funzioni per finalità private, persegue in un atto del suo ufficio un vantaggio patrimoniale proprio od altrui che egli sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da due a cinque anni».

<sup>84</sup> 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*, cit., 31. A pag. 34 è riportata in dettaglio la proposta del nuovo art. 323 c.p., da formularsi nei termini seguenti: «1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di *formali* norme di legge o di regolamento *inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti* imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso, ovvero omettendo di astenersi *ogni qualvolta abbia un interesse, proprio o di un prossimo congiunto, in conflitto con quello pubblico*, 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. *Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire*. 2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità. 3. *Non sono punibili le condotte che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio adottati nel rispetto delle linee-guida e dei pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo*».

<sup>85</sup> A.R. CASTALDO, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., XV ss.

*iure e contra ius*) devono costituire «la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire»<sup>86</sup>. Tale elemento renderebbe evidente che l'abuso d'ufficio richiede la violazione di norme aventi attitudine preventiva di un evento del tipo di quello in concreto verificatosi, scartando infrazioni puramente formali<sup>87</sup>. L'evento dovrebbe appartenere allo scopo di protezione della norma violata<sup>88</sup>.

Come si è avuto modo di chiarire anche prima di questa proposta (*de iure condito*), il requisito dell'ingiustizia dell'evento, che deve essere causalmente generato dall'azione illecita, già assume un ruolo decisivo, che il nesso di rischio rende solo più esplicito, aiutandoci a ricordare, per esempio, che anche in presenza di attività vincolata non è da escludersi che ci possa essere una violazione di legge (di una norma procedurale) senza l'ingiustizia del danno. Le critiche che potrebbero essere formulate in merito all'utilità di questa integrazione – fondate sull'oggettiva difficoltà di rinvenire una direzione univoca di tutela nella sterminata produzione normativa amministrativa – si comprendono solo se non si tiene conto dell'implicita selezione, assai drastica, che noi riteniamo che essa contribuisca a operare tra attività discrezionali e vincolate “con riferimento al bene della vita” e tra norme che disciplinano questi ultimi aspetti, la cui sola violazione potrebbe rilevare (in ipotesi di abuso per violazione di legge).

La proposta interviene tuttavia anche su altri profili<sup>89</sup>.

Si circoscrive il perimetro della condotta alla «violazione di formali norme di legge o regolamento inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso»,

---

<sup>86</sup> M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, cit., 46; F. COPPOLA, *Spazi applicativi vecchi e nuovi per la fattispecie di abuso d'ufficio riformata. Cenni comparativi con l'ordinamento inglese*, cit., 139. Come evidenzia A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 14, nt. 63, il retroterra concettuale è quello dell'imputazione oggettiva dell'evento, che porta con sé la categoria del nesso di rischio.

<sup>87</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 11.

<sup>88</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 14.

<sup>89</sup> L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, cit., 124 ss.

per escludere il richiamo ai principi costituzionali e, si afferma, ai riferimenti mediati alle fonti primarie<sup>90</sup>. Le norme dovrebbero poi riguardare lo specifico settore di riferimento.

L'esclusione generalizzata della violazione mediata che si vorrebbe ottenere, però, ci sembra per certi versi in contrasto con la formalizzazione del nesso di rischio. Solo in un contesto in cui vengono definiti nel dettaglio i limiti del potere, in cui la disciplina è vincolante "con riferimento al bene della vita", si può realmente pensare di riuscire ad accertare il nesso di rischio. Ma, come abbiamo ricordato, questa disciplina è contenuta molto di rado – nella sua interezza – in una fonte primaria o in un regolamento.

Un discorso non diverso si può fare per la valorizzazione della violazione di norme che disciplinano non solo i requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio, su cui si può essere d'accordo, quanto anche le relative forme e procedure. In queste ultime ipotesi ci sembra molto difficile poter dire – senza indebite incursioni nelle valutazioni riservate alla P.A. – quando l'evento corrisponde a uno specifico risultato lesivo incluso tra quelli che la norma comportamentale violata mirava a prevenire.

Quanto all'omessa astensione, si cancella il richiamo agli altri "casi prescritti" e si introduce un riferimento espresso all'"interesse pubblico" per la definizione del conflitto di interessi dell'agente o di un suo prossimo congiunto. L'incerta definizione dell'interesse pubblico – su cui ci siamo soffermati – non può tuttavia che riverberarsi in negativo sulla determinatezza e tassatività della fattispecie, non potendosi escludere *a priori* che, nel caso concreto, un interesse privato di cui l'agente è portatore possa coincidere con quello pubblico. Ci pare questa una strada piuttosto agevole per riaprire le porte al sindacato sull'attività discrezionale attraverso lo sviamento di potere.

La proposta ha elaborato poi un meccanismo "postmoderno" di controllo preventivo per i casi di maggior complessità, volto a mettere il funzionario al riparo dalla responsabilità penale<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> 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*, cit., 35 s.

Si è proposto, infatti, l'esonero da responsabilità (non solo penale, ma anche disciplinare e contabile) per il pubblico agente che si attenga alle linee-guida o ai pareri resi formalmente dall'autorità regionale di controllo; un'autorità da istituire, che avrebbe l'obbligo di pronunciarsi in merito entro e non oltre il termine di 30 giorni dal ricevimento della richiesta<sup>92</sup>.

Come è stato puntualizzato, è ben difficile che una fonte extrapenale possa far cadere la tipicità del fatto doloso<sup>93</sup> – mentre una soluzione preferibile si potrebbe trovare nella richiesta, ai fini dell'imputazione per abuso d'ufficio, di «un serio accertamento circa la consapevole inosservanza della regola di legge che disciplina l'esercizio della funzione amministrativa»<sup>94</sup> – ma entrambe le proposte (linee-guida e pareri) presentano anche altri limiti.

Il ricorso ai pareri comporterebbe un appesantimento burocratico dell'attività della P.A., capace di produrre solo dei ritardi. Le linee-guida, invece, non sarebbero facili da definire, nella pratica, visto che dovrebbero riguardare i più disparati campi in cui opera la pubblica amministrazione e potrebbero costituire una pietra di inciampo della macchina amministrativa, «già afflitta da un eccesso di indicazioni comportamentali»<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> *Ivi*, 41, si afferma che così verrebbe esclusa l'intenzionalità che la norma richiede ai fini della punibilità dell'abuso.

<sup>92</sup> Per questi dettagli cfr. *ivi*, 34.

<sup>93</sup> 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*, cit., 101. Anche F. PINELLI, *Riflessioni sul reato dell'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 2018, 128 ritiene che sia difficile spendere il modello tracciato dalla legge Gelli anche in relazione al reato di abuso d'ufficio, che è un reato doloso.

<sup>94</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 16, il quale sottolinea altresì che il titolo di responsabilità e il coefficiente di colpevolezza, in base al quale si imputa l'abuso d'ufficio, sono ben diversi dall'errore colposo, anche grave o inescusabile.

<sup>95</sup> A. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come "spauracchio"?*, cit., 109.

Vi è una profonda differenza, del resto, tra l'introduzione dei protocolli o delle linee-guida in materia sanitaria e una loro introduzione generalizzata nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa, già caratterizzata da una disciplina dettagliata e pervasiva, come quella contenuta nella legge sul procedimento amministrativo<sup>96</sup>.

### 3. Le riforme in cantiere durante la XVIII legislatura

Le opzioni di riforma analizzate finora sono rimaste in gran parte sulla carta, come, del resto, sono rimaste incompiute le iniziative messe in campo in materia durante la XVIII legislatura, conclusasi anticipatamente.

È significativo ricordare però che, pochi mesi dopo la legge n. 120/2020, sono state depositate nuove proposte di riforma<sup>97</sup>, che potrebbero essere riconsiderate nel corso della XIX legislatura.

Due disegni di legge, presentati dai senatori Ostellari (Lega) e Parrini (PD), rispettivamente il 22 marzo 2021 (Atto Senato n. 2145)<sup>98</sup> e il 19 luglio 2021 (Atto Senato n. 2324)<sup>99</sup>, dimostravano la convergenza di diverse forze politiche verso un obiettivo già ampiamente noto: evitare un'eccessiva ingerenza della magistratura penale nell'attività della P.A.<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 112 ss.

<sup>97</sup> M. GAMBARDELLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, in *disCrimen*, 2021 (11 novembre 2021), 1 ss. sottolinea come queste iniziative siano volte soprattutto ad assicurare ai sindaci una maggior serenità nel loro operato.

<sup>98</sup> Cfr. il testo in [https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/53831\\_testi.htm](https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/53831_testi.htm).

<sup>99</sup> Cfr. il testo in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54273.htm>. Un terzo disegno di legge (n. 2279), a firma Santangelo, pur riferendosi all'operato dei sindaci, non si occupava dell'abuso d'ufficio, quanto invece di altre fattispecie.

<sup>100</sup> Cfr. C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: una nuova riforma? Guida alla lettura dei disegni di legge Ostellari, Parrini, e Santangelo*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/abuso-ufficio-disegni-di-legge-ostellari-parrini-santangelo?out=print> (10 dicembre 2021).



Il disegno di legge n. 2145 proponeva di modificare l'art. 323 c.p. in questi termini:

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, 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 un carattere di rilevante gravità.

Nella Relazione si chiariva che il controllo della discrezionalità amministrativa in tutte le sue manifestazioni deve competere alla giurisdizione amministrativa, visto che il processo amministrativo già garantisce forme di tutela adeguate al cittadino che sia stato leso da un provvedimento della pubblica amministrazione attraverso il risarcimento del danno e l'azione di esatto adempimento. Allo stesso modo, la responsabilità contabile opera come adeguato deterrente nei confronti del funzionario pubblico interessato da tali vicende.

La proposta di mantenere in vita soltanto i casi di abuso d'ufficio per omessa astensione – in cui il disegno di legge si sostanzialmente – è stata formulata anche dalla dottrina, per sbarrare la strada alla giurisprudenza creativa e valorizzare lo spazio autonomo dell'abuso d'ufficio focalizzato sulla repressione del conflitto d'interessi<sup>101</sup>. Con riferimento ai casi di omessa astensione, peraltro, l'accoglimento di una proposta come quella contenuta nel disegno di legge Ostellari comporterebbe la cancellazione dalla disposizione dell'espressione «negli altri casi prescritti», con possibile valorizzazione dei soli casi di presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Il nuovo reato avrebbe un campo applicativo più ristretto, ma non muterebbe la sua struttura e quindi si potrebbero ripresentare molti di quei problemi di ingerenza della magistratura nell'attività discrezionale della P.A. che sarebbe invece importante superare. Come è stato ben illustrato, non basterà provare che la componente di una commissione esaminatrice era madre di uno dei candidati e che quel candidato è ri-

---

<sup>101</sup> Cfr. A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 79.

sultato vincitore del concorso: perché sia integrato l'abuso d'ufficio, occorrerà altresì provare che il candidato non sarebbe risultato vincitore, se non fosse stato figlio di uno dei commissari. La prova è imposta dalla necessità di accertamento dell'ingiustizia del vantaggio causato dalla condotta<sup>102</sup>.

Fermo questo grosso limite, con riferimento alla formulazione del reato sarebbe di certo opportuno comunque inserire nella disposizione la locuzione «nello svolgimento delle funzioni o del servizio», che già esiste nel testo vigente<sup>103</sup>, un requisito importante per imporre la contestuale presenza dei poteri e l'inerire della condotta all'esercizio concreto dell'attività del funzionario pubblico<sup>104</sup>.

Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, il disegno di legge n. 2324 – che interessava anche altri profili della responsabilità dei sindaci, che qui non rilevano – proponeva invece di introdurre nell'art. 323 c.p. un nuovo comma, del seguente tenore:

quando il fatto di cui al primo comma è compiuto dal sindaco, la violazione si intende riferita a specifiche regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge relative a competenze espressamente attribuite al sindaco e dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Questa proposta di riforma intendeva semplicemente escludere la rilevanza penale delle condotte poste in essere in violazione di doveri non espressamente attribuiti al sindaco, ma genericamente desumibili dalla sua posizione.

Come è stato ben chiarito, però, gli elementi di fattispecie da aggiungere nell'articolo non sarebbero riusciti a restringere l'area dell'illecito penale disegnata dalla formulazione vigente. Vi sono oggi nel testo infatti altri elementi che già permettono di selezionare quelle stes-

---

<sup>102</sup> Cfr., per l'esempio, C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: una nuova riforma? Guida alla lettura dei disegni di legge Ostellari, Parrini, e Santangelo*, cit., par. 1.

<sup>103</sup> Così B. ROMANO, *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso d'ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11, 2021, 4.

<sup>104</sup> M. GAMBARDELLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, cit., 5.

se condotte: dopo la riforma del 1997, la condotta abusiva deve essere commessa – come abbiamo visto – “nello svolgimento delle funzioni o del servizio” e quindi all’interno delle competenze del soggetto pubblico<sup>105</sup>.

Per la scelta di fondo che la anima, una riforma come questa sarebbe comunque criticabile anche per altre ragioni. Si dimentica, per esempio, di affrontare la questione delle responsabilità dei funzionari dei Comuni, che peraltro potrebbero paralizzare anche da soli l’attività degli enti locali per “paura della firma”<sup>106</sup>, e di molti altri pubblici agenti estranei ai Comuni.

Un ultimo cenno lo richiede la diversa proposta di legge, presentata alla Camera il 5 luglio 2019 (Atto Camera n. 1960, “Rossello e altri”)<sup>107</sup> e quindi ben prima della l. 120/2020. Essa si incentrava molto più semplicemente sull’abrogazione della fattispecie, alla luce del principio di sussidiarietà – che dovrebbe indurre a riservare alle sanzioni extrapenali la copertura degli spazi di tutela offerti dal reato – e, soprattutto, del fallimento dei precedenti rimaneggiamenti della disposizione, che pure avevano l’obiettivo di precisare i confini dell’incriminazione. La storia del reato coincide con la ricerca di una tassatività mai raggiunta compiutamente, che avrebbe dovuto indurre il legislatore a una scelta radicale.

Il quadro della discussione parlamentare italiana sull’ennesima riforma dell’abuso d’ufficio si è polarizzato così – soprattutto nella seconda metà della scorsa legislatura – su soluzioni abrogative, più o meno drastiche, e su soluzioni più conservative, che comunque aspiravano a una maggior tassatività della fattispecie. Non sono emerse invece proposte circostanziate di ritorno al passato.

---

<sup>105</sup> *Ivi*, 7.

<sup>106</sup> B. ROMANO, *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell’abuso d’ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, cit., 4.

<sup>107</sup> La Relazione illustrativa della Proposta di legge si può consultare in: <https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1960.18PDL0068260.pdf>.

#### 4. Modelli di tipizzazione nell'esperienza comparata

Uno sguardo anche rapido alla disciplina di altri ordinamenti vicini al nostro ci mostra come la criminalizzazione delle condotte illegali dei pubblici funzionari che siano variamente connotate da favoritismo o prevaricazione sia frequente, anche se prevale la significativa scelta (esclusiva o concorrente con la previsione di una fattispecie generale) di articolare l'incriminazione in una serie di fattispecie circoscritte, relative al compimento di determinati atti.

##### 4.1. Ordinamento francese

Il modello francese affianca a una fattispecie generale di pericolo, e a una di danno, delle fattispecie specifiche. Nel libro quarto, titolo terzo, capitolo secondo del codice penale – dedicato agli “attentati all'amministrazione commessi da persone esercenti una pubblica funzione” – rientrano gli abusi d'autorità diretti contro l'amministrazione (*Section I*), gli abusi d'autorità diretti contro i privati (*Section II*) e le inosservanze ai doveri di probità (*Section III*)<sup>108</sup>.

La fattispecie generale di “scacco alla legge” (art. 432-1 c.p. – *Échec à l'exécution de la loi*) è una fattispecie di pericolo – poco applicata e discussa per la sua scarsa precisione – che incrimina la condotta di chi, nell'esercizio delle sue funzioni, prende misure atte, per l'appunto, a “mettere sotto scacco l'esecuzione della legge”: condotta non meglio determinata ed espressiva di un abuso di autorità contro la P.A., comprensiva per esempio delle ipotesi di cessazione illecita dell'esercizio di funzioni pubbliche<sup>109</sup>. Se le condotte conseguono l'effetto di mettere sotto scacco l'esecuzione della legge, si integra il reato di cui all'art. 432-2 c.p. e la pena è molto più alta (non più cinque anni di pena detentiva e 75.000 Euro di pena pecuniaria, ma il doppio). La prima sezione si conclude con la fattispecie con cui si incrimina il pubblico

---

<sup>108</sup> Per l'analisi delle fattispecie si è fatto riferimento soprattutto a S. CORIOLAND, *Responsabilité pénale des personnes publiques*, Paris, 2019, 34 ss.

<sup>109</sup> A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 281.

agente che continua a operare nonostante sia stato informato della cessazione delle sue funzioni (art. 432-3).

Nella seconda sezione troviamo alcune fattispecie particolari – meno rilevanti per condurre un confronto con la disciplina italiana, che già incrimina queste condotte con reati comuni che vengono a essere aggravati dalla qualifica – le quali includono abusi di autorità contro la libertà individuale, l'inviolabilità del domicilio e la segretezza della corrispondenza. Un interesse maggiore lo suscita l'abuso che consiste in atti di discriminazione commessi dal pubblico funzionario e che si sostanzia nel rifiutare il beneficio di un diritto accordato dalla legge o nell'ostacolare l'esercizio di una qualsiasi attività economica per ragioni discriminatorie (art. 432-7). Tutte queste condotte sono accomunate dall'essere incluse nella sezione degli abusi d'autorità contro privati.

Infine, nell'ambito dei reati della sezione terza concernenti violazioni dei doveri di probità, insieme alla corruzione e al traffico di influenze, vi è l'art. 432-12, la presa illegale d'interessi, che evoca il nostro vecchio interesse privato in atti d'ufficio (*Prise illégale d'intérêts*), anche se ha una formulazione più complessa:

prendere, ricevere o mantenere, direttamente o indirettamente, un interesse che possa compromettere la sua imparzialità, la sua indipendenza o oggettività in un affare o in un'operazione in cui il pubblico funzionario ha al momento dell'atto l'incarico di assicurare la sorveglianza, l'amministrazione, la liquidazione o il pagamento.

Il reato è estremamente dettagliato nel prevedere delle eccezioni all'integrazione del reato, che si verificano, per esempio, quando il sindaco di un comune con al massimo 3.500 abitanti acquista il bene del comune stesso per lo sviluppo della propria attività professionale (il prezzo però non può essere inferiore al valore stimato dal servizio dei beni demaniali e l'atto deve essere autorizzato da una delibera motivata del consiglio comunale).

Il reato – non diversamente da quello di “scacco alla legge” – non ha mancato di suscitare l'attenzione degli interpreti per la sua scarsa tassa-

tività e viene applicato raramente<sup>110</sup>. Come la dottrina italiana ha ben precisato, la norma si fonda, puramente e semplicemente, sulla violazione di un obbligo di astensione, ed è giustificata sulla base della considerazione per la quale il pubblico agente, se partecipa alla stipula di un contratto o al compimento di un atto in presenza di un interesse personale, deve prima dimettersi, in quanto la corretta gestione del pubblico interesse presuppone l'incompatibilità tra affari privati e P.A.<sup>111</sup>. In difetto, egli è tentato di fare innanzitutto il proprio interesse<sup>112</sup>. Il fatto che nel 2021 – anche in accoglimento delle osservazioni contenute nel Rapporto annuale del 24 maggio 2018 dell'*Haute autorité pour la transparence de la vie publique* – il precedente ancor più generico riferimento, contenuto nella norma, a “qualsiasi interesse” sia stato sostituito dal legislatore francese con quello all’“interesse che possa compromettere la sua imparzialità, la sua indipendenza o oggettività” ha permesso di circoscrivere, in parte, il campo applicativo del reato, ma non ha inciso in modo decisivo sulla sua struttura.

Nel dicembre 2021 il reato di presa illegale di interessi è stato introdotto anche per i magistrati chiamati ad adottare una decisione (art. 432-12-1).

L'ultima fattispecie francese che vogliamo ricordare, introdotta nel 1992 e successivamente riformata nel 2016, descrive il delitto di “attentato alla libertà d'accesso e all'uguaglianza dei candidati dentro i mercati pubblici e i contratti di concessione” (art. 432-14 c.p.) – detto più comunemente delitto di “favoritismo” – consistente nell'agire

per procurare o tentare di procurare profitto ingiusto a terzi mediante violazione di disposizioni legislative o regolamentari aventi per oggetto di garantire la libertà d'accesso e l'uguaglianza dei candidati nei pubblici mercati e nei contratti di concessione.

---

<sup>110</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 81 s. L'Autore sottolinea peraltro come in Francia si registri una chiara tendenza a riconoscere al giudice penale sempre maggiori poteri di controllo sugli atti amministrativi.

<sup>111</sup> S. SEMINARA, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 522.

<sup>112</sup> Così anche S. CORIOLAND, *Responsabilité pénale des personnes publiques*, cit., 111.

Questa fattispecie è interessante soprattutto per una ragione: anche se si basa sulla violazione di norme di legge o di regolamento, è caratterizzata da un ambito applicativo delimitato e non aperto, come il nostro abuso d'ufficio, alle regole dei più diversi comparti regolativi<sup>113</sup>.

#### 4.2. Ordinamento spagnolo

Il codice penale spagnolo del 1995 ha innovato profondamente la materia dei delitti dei pubblici funzionari contro la P.A. (disciplinati nel titolo XIX del libro II), non più incentrati sulla fedeltà alla funzione, quanto piuttosto sulla diversa concezione per la quale la pubblica funzione è posta al servizio della cittadinanza<sup>114</sup>.

Il delitto di *prevaricación administrativa* (art. 404) costituisce il reato più vicino all'abuso d'ufficio e punisce l'autorità o il funzionario pubblico che, consapevole della sua ingiustizia, adotti una decisione (*resolución*) arbitraria in un affare amministrativo. Per decisione si intende un atto che implichi una dichiarazione di volontà a contenuto decisivo, che incida sui diritti degli amministrati e sulla collettività in generale<sup>115</sup>. Il bene tutelato è quello dell'assoggettamento alla legge delle decisioni della P.A., ma l'arbitrarietà si coglie soltanto se vi è una contrarietà con le norme amministrative così palese, che non esista alcuna via di interpretazione razionale delle stesse che sia in grado di supportare la decisione. Non è sufficiente un semplice contrasto con il diritto positivo<sup>116</sup>, ma è necessario che la decisione si collochi fuori dall'ordinamento giuridico<sup>117</sup> e che sia sorretta da criteri utilitaristici: l'atto

---

<sup>113</sup> A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 272 s.; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 281 ss.

<sup>114</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 86.

<sup>115</sup> V. MANES, *L'abuso d'ufficio nel nuovo codice penale spagnolo*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1442, nt. 5; E. HAVA GARCÍA, *Los delitos de prevaricación*, Cizur Menor, 2019, 52; C.D. DELGADO SANCHO, *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, a Coruña, 2019, 47.

<sup>116</sup> J.L. GONZÁLES CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, II ed., Valencia, 1997, 67. Cfr. anche A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 279 s.

<sup>117</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 88.

cerca volutamente un risultato iniquo<sup>118</sup>. Se l'ingiustizia può coincidere con l'oggettiva contraddittorietà al diritto, l'arbitrarietà richiede la carenza di ogni fondamento di razionalità<sup>119</sup>.

Per l'accertamento del reato, anche in Spagna non mancano aperture – che evidentemente non vengono precluse dal concetto di arbitrarietà – alla nozione di sviamento di potere, la quale presuppone un'indagine sullo scopo per cui l'atto è stato emesso, che deve essere diverso da quello tipico<sup>120</sup>.

A differenza del reato di prevaricazione contenuto nel codice precedente, il delitto si configura solo in forma dolosa, mentre l'ipotesi speciale che riguarda i magistrati – e che si consuma quando viene pronunciata consapevolmente una sentenza o una decisione ingiusta – può essere sia dolosa (art. 446) sia colposa (art. 447)<sup>121</sup>.

Nell'articolo 405 è disciplinata un'ipotesi particolare di favoritismo, che concerne l'attribuzione di un incarico pubblico a un soggetto che è privo dei requisiti stabiliti legalmente e che viene punito (art. 406) insieme al pubblico funzionario.

Altre ipotesi specifiche di abuso sono il traffico di influenze del pubblico funzionario (art. 428), la malversazione (art. 432), caratterizzata dal danno patrimoniale alla P.A., i delitti di frode ed esazioni illegali (artt. 436-437), gli abusi commessi nella negoziazione dei contratti o in altri affari e quelli consistenti nell'esercizio di attività incompatibili con la funzione (art. 439, art. 441). Quest'ultima norma, in particolare, sanziona la condotta del funzionario che svolge attività professionale o di consulenza privata in materia nella quale deve intervenire o è intervenuto in ragione del suo ufficio.

---

<sup>118</sup> M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos*, in *Documentación Administrativa*, 5, 2018, 177.

<sup>119</sup> J.L. GONZÁLES CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., 68.

<sup>120</sup> M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos*, cit., 177. Cfr. anche J.L. GONZÁLES CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., 71.

<sup>121</sup> C.D. DELGADO SANCHO, *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, cit., 72 ss. Per la forma colposa cfr. E. HAVA GARCÍA, *Los delitos de prevaricación*, cit., 125 ss.



La scelta spagnola favorevole alla delineazione di un gruppo composito di reati rende tuttavia davvero difficile individuare la normativa applicabile nel caso concreto, nelle ipotesi, quasi inevitabili, di concorso di norme<sup>122</sup>.

#### 4.3. Ordinamento tedesco

Un'eccezione molto importante nel quadro tracciato fino a ora è quella offerta dall'ordinamento tedesco. In Germania infatti la soluzione prescelta è stata quella di rinunciare a una previsione generale di abuso d'ufficio, per limitare la tutela a condotte abusive circoscritte e, più in particolare, a quelle commesse mediante decisioni ingiuste pronunciate dai giudici e dagli arbitri.

Il § 339 StGB (*Rechtsbeugung* - "Perversione del diritto") si applica raramente proprio nel caso in cui vi sia una violazione "oggettiva"<sup>123</sup>, manifesta e consapevole di una norma giuridica – sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale<sup>124</sup> – oppure una falsificazione dei fatti

---

<sup>122</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 90; V. MANES, *L'abuso d'ufficio nel nuovo codice penale spagnolo*, cit., 1445.

<sup>123</sup> Come rileva T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68° Aufl., München, 2021, 2544, essendo la teoria soggettiva ormai superata, non ha rilievo la mera convinzione soggettiva dell'autore di decidere in contraddizione con la legge applicabile. G. HEINE, B. HECKER, §339 StGB, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30° Aufl., München, 2019, 3255 ricordano invece che non mancano aperture verso una lettura soggettivistica dell'atto distorsivo, inteso come deviazione del giudice dalla propria convinzione giuridica. Rimane comunque fondamentale che la decisione non sia in alcun modo giustificabile secondo diritto. S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, cit., 20, nt. 58 ricorda addirittura che talora in giurisprudenza si considera sufficiente che una violazione del diritto connessa allo sviamento del potere discrezionale, pur di per sé "non obiettivamente afferrabile", risulti tale alla stregua dei motivi e degli scopi del pubblico agente. R. KERN, *Die Rechtsbeugung durch Verletzung formellen Rechts*, München, 2010, 162 condivide una teoria oggettiva lievemente modificata, che richiede che la norma giuridica sia applicata in modo irragionevole.

<sup>124</sup> Come è evidenziato in U. KINDHÄUSER, E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9° Aufl., Baden-Baden, 2022, 1405 s., la violazione procedurale deve poter riflettersi sulla decisione, a favore o sfavore di una delle parti. R. KERN, *Die Rechtsbeugung durch Verletzung formellen Rechts*, cit., 163 precisa che la decisione

nella decisione di una causa o, più letteralmente, in cui, nella trattazione o nella decisione di una controversia giudiziaria (anche di volontaria giurisdizione) o di un procedimento arbitrale, il giudice, altro funzionario o arbitro si sia reso colpevole di una «perversione del diritto», a vantaggio o a svantaggio di una delle parti<sup>125</sup>. Nella perversione del diritto rientrano anche le ipotesi in cui il giudice abusa della discrezionalità nella fase di commisurazione della pena e, comunque, vi possono ricadere anche casi di omissione di azioni legalmente dovute (come un'omessa denuncia o una mancata decisione a fronte dell'impugnazione di un'ordinanza di custodia cautelare)<sup>126</sup>. La norma, posta a presidio della fiducia nella validità dell'ordinamento contro gli attacchi interni di chi dovrebbe essere chiamato a far rispettare la legge e quindi, almeno indirettamente, dell'interesse a un operato imparziale e indipendente della magistratura<sup>127</sup> – più che degli interessi giuridici individuali<sup>128</sup> – viene applicata raramente, e non sempre seguendo criteri chiari, anche in conseguenza del fatto che si constata che il diritto sta diventando

---

deve essere comunque errata, in ipotesi di violazione del diritto processuale. La norma violata deve appartenere all'ordinamento giuridico positivo: C. FREUND, *Rechtsbeugung durch Verletzung übergesetzlichen Rechts*, Berlin, 2006, 74 ss., 260.

<sup>125</sup> Il reato è sanzionato con la pena detentiva da uno a cinque anni: § 339 StGB: «Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft» («Il giudice, un altro pubblico ufficiale o un arbitro che, nel trattare o decidere una controversia, si rende colpevole di una perversione del diritto a vantaggio o a svantaggio di una delle parti è punito con la pena detentiva da uno a cinque anni», trad. nostra). Cfr. G. HEINE, B. HECKER, §339 StGB, cit., 3251 ss.; U. KINDHÄUSER, E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, cit., 1404; R. RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 22° Aufl., München, 2021, 603 ss.

<sup>126</sup> G. HEINE, B. HECKER, §339 StGB, cit., 3254 ss.

<sup>127</sup> R. RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, cit., 604 parla, innanzitutto, di tutela dell'amministrazione della giustizia.

<sup>128</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 73 ritiene, tuttavia, che il reato riguardi anche i diritti dei cittadini.

progressivamente meno certo<sup>129</sup>. La fattispecie corrispondente prevista per gli organi d'accusa (§ 344 - *Verfolgung Unschuldiger* - "Persecuzione degli innocenti") pone problemi seri di coordinamento con il § 339 e, anche per questo, non gode di miglior fortuna.

È necessario ricordare infine che, in Germania, esiste una norma di ampia portata, il § 266 StGB (*Untreue* - "Infedeltà"), che ha una chiara declinazione patrimonialistica e che si sostanzia in un abuso di fiducia<sup>130</sup>. Come in tutti i settori privati in cui sussiste un analogo obbligo di gestione del patrimonio altrui che richiede lealtà<sup>131</sup>, qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abusino dei poteri di disporre del patrimonio della P.A. o di obbligare altri, che sono stati loro conferiti, oppure violino i doveri di curare gli interessi patrimoniali della pubblica amministrazione su di loro incombenti, arrecando pre-

---

<sup>129</sup> G. HEINE, B. HECKER, §339 StGB, cit., 3256. Cfr. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 2541 ss.; R. KERN, *Die Rechtsbeugung durch Verletzung formellen Rechts*, cit., 164. Sul punto si sofferma anche A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1201 ss.; ID., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 74.

<sup>130</sup> § 266 StGB: «Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft» («Chiunque abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare un terzo, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto fiduciario, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria», trad. nostra). Cfr. U. KINDHÄUSER, M. BÖSE, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 11° Aufl., Baden-Baden, 2021, 327 ss.: secondo la concezione monistica, che si è affermata come prevalente, sia per la versione dell'abuso di potere sia per quella della violazione del dovere è necessario che a un soggetto sia stata affidata la cura degli interessi patrimoniali altrui e che la condotta rechi pregiudizio al titolare di questi interessi; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 2063 ss.

<sup>131</sup> J. EISELE, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Eigentumsdelikte un Vermögensdelikte*, 6° Aufl., Stuttgart, 2021, 309 sottolinea che il reato può essere commesso da chi ha un obbligo di gestione del patrimonio.

giudizio economico alla P.A., si può configurare una responsabilità penale per infedeltà. È necessario ricordare, però, che questo delitto contro il patrimonio ha conosciuto nel mondo tedesco un'esistenza contrastata e un'esperienza interpretativa poco lineare<sup>132</sup>.

Se cerchiamo dei modelli di fattispecie tassative da importare, così, dobbiamo di certo rivolgere lo sguardo in una diversa direzione, senza dimenticare tuttavia che l'indicazione più significativa che viene dall'esempio tedesco è, in negativo, quella per cui si può fare anche a meno di una fattispecie generale di abuso d'ufficio. Nel caso in cui, per esempio, venisse rilasciata una concessione a edificare in assenza dei requisiti di legge, in Germania ci si troverebbe in presenza di un provvedimento illegittimo sul piano amministrativo e il funzionario – anche in ipotesi di “dolo intenzionale” – andrebbe incontro a possibili conseguenze disciplinari, ma non a conseguenze penali<sup>133</sup>.

È vero che l'amministrazione tedesca è generalmente percepita come efficace ed efficiente, sia dai giuristi sia dai cittadini<sup>134</sup>, ma la dottrina non ritiene che queste ragioni siano le uniche decisive per giustificare l'assenza della fattispecie generale, che manca nel mondo tedesco fin dal codice penale prussiano del 1851, e quindi, in alcune realtà, anche prima dell'unificazione della Germania. L'impressione che se ne ricava è piuttosto quella per cui si vuole evitare di ricorrere a una formulazione poco precisa<sup>135</sup> e, quindi, evitare un'eccessiva ingerenza del-

---

<sup>132</sup> L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., 237. A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 123 ritiene che la norma vada inevitabilmente incontro a problemi di costituzionalità.

<sup>133</sup> Questo esempio è offerto da K. ALTEN, *Amtsmißbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs*, Göttingen, 2012, 299 s., operando un confronto approfondito tra la disciplina tedesca e quella italiana.

<sup>134</sup> L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, cit., 107.

<sup>135</sup> K. ALTEN, *Amtsmißbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs*, cit., 382. L'Autore ricorda che il codice penale prussiano del 1851 ha influenzato da vicino il primo codice penale della Germania unificata, quello del 1871 (p. 445).

la magistratura nell'operato della P.A., che sarebbe resa possibile da una disposizione dai confini incerti. Se, per completare il quadro, si vuol porre l'attenzione sulla maggior effettività che si può riscontrare in Germania (rispetto all'Italia) sul piano delle risposte disciplinari, è bene evidenziare – sulla scorta di quanto ha fatto la dottrina tedesca – che essa non dipende dalla disciplina in sé, quanto piuttosto dalla sua scarsa applicazione in Italia<sup>136</sup>. Di questo dato sarà opportuno tenere conto.

#### 4.4. Ordinamento inglese

Data la contingenza storica, un cenno finale lo richiede l'esperienza inglese, nel cui contesto si discute dal 2011 della riforma del *Misconduct in Public Office Offence*, un delitto di *common law* caratterizzato da requisiti strutturali di matrice giurisprudenziale piuttosto indeterminati. Sul tema è stata pubblicata, nel dicembre del 2020, la relazione finale della Commissione di Riforma (*Law Reform Commission*)<sup>137</sup>.

Ricostruito dalla giurisprudenza intorno a cinque requisiti strutturali – la qualifica di pubblico ufficiale dell'agente; la condotta abusiva posta in essere durante l'esercizio delle funzioni; la consapevolezza di abusare delle proprie funzioni; l'intensità della violazione, ossia dell'abuso, che deve essere tale da provocare la perdita di fiducia nella funzione pubblica esercitata e l'assenza di cause di giustificazioni o scusanti<sup>138</sup> – il reato presenta, secondo la Commissione, un'inaccettabile vaghezza nei suoi presupposti. Il fulcro della sua offensività è rinvenuto tradizionalmente nella difformità del comportamento del pubblico

---

<sup>136</sup> *Ivi*, 442.

<sup>137</sup> Cfr. la relazione della *Law Commission*, anche in sintesi, con le raccomandazioni finali del 4 dicembre 2020, su <https://www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office/#:~:text=The%20offence%20requires%20that%3A%20,without%20reasonable%20excuse%20or%20justification>. Cfr., per un'analisi, F. COPPOLA, *Spazi applicativi vecchi e nuovi per la fattispecie di abuso d'ufficio riformata. Cenni comparativi con l'ordinamento inglese*, cit., 137 ss.

<sup>138</sup> Cfr. P. HUMPHERSON, *Paper on the English and Welsh Common Law Offence of Misconduct in Public Office*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 88 ss.

ufficiale rispetto a quello atteso<sup>139</sup>, ma, anche se con il tempo gli elementi fondamentali sono stati definiti meglio, non è facile individuare il livello di gravità che deve connotare la condotta e il grado di colpevolezza affinché si realizzi *an abuse of the public's trust in the office holder*<sup>140</sup>.

Per questa ragione la Commissione ha elaborato tre diverse proposte di riforma, riprese nelle raccomandazioni finali della relazione<sup>141</sup>. La prima – che la Commissione ha tuttavia subito dichiarato di non preferire, scegliendo invece di apprestare una tutela rafforzata alla pubblica funzione<sup>142</sup> – prevede l'abrogazione della fattispecie, con l'estensione di reati affini a copertura delle zone grigie lasciate scoperte. La seconda prevede l'introduzione di un abuso (*breach of duty offence*) integrabile dai soli pubblici ufficiali ai quali sono affidati doveri di prevenire la morte o altri gravi offese, poteri di coercizione o arresto (o altri poteri di limitazione della libertà personale) oppure facoltà e poteri in favore di persone vulnerabili; un abuso, questo, che riguarda le funzioni, i poteri o le mansioni strettamente funzionali alla prevenzione del danno o del pericolo e che richiede che si verifichi come risultato la morte, un danno fisico o psichico, un sequestro di persona o un arresto arbitrario, un grave danno all'ordine pubblico e alla sicurezza, un grave danno all'amministrazione della giustizia. La terza, infine, delinea una forma grave di abuso di funzioni o di poteri del pubblico ufficiale che svolge il suo ufficio per ottenere un vantaggio proprio o di un terzo o per arrecare un danno a quest'ultimo (*corruption in public office offence*)<sup>143</sup>.

Dopo una lunga consultazione pubblica la Commissione ha quindi suggerito di sostituire la *common law offence* con due *statutory offences*

<sup>139</sup> F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit., 6.

<sup>140</sup> V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, cit., 438.

<sup>141</sup> P. HUMPHERSON, *Paper on the English and Welsh Common Law Offence of Misconduct in Public Office*, cit., 93.

<sup>142</sup> V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, cit., 438.

<sup>143</sup> Cfr. F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit., 10 ss.

– i cui requisiti siano ben cristallizzati nella legge – corrispondenti alle due ipotesi di abuso d'ufficio disegnate nella seconda e nella terza proposta e di specificare i potenziali autori di reato con il ricorso a un'ampia elencazione casistica. Rispetto alle proposte iniziali sopra ricordate, nelle raccomandazioni si precisano meglio i requisiti della terza ipotesi, chiedendo che l'abuso debba apparire tale agli occhi di una persona ragionevole e riflettersi sul piano soggettivo e proponendo che il pubblico ufficiale vada esente da responsabilità se prova di aver agito nell'interesse pubblico. Quanto alla seconda ipotesi, invece, essa viene limitata – in misura sensibile – agli abusi commessi dai pubblici ufficiali che hanno l'obbligo, discendente unicamente dalla funzione che esercitano, di prevenire la morte o altre gravi offese personali, sempre che il bene tutelato venga offeso o, almeno, messo in pericolo.

Anche nell'ordinamento inglese, in conclusione, emerge chiaramente che il problema centrale è sempre quello di riuscire a definire con precisione la condotta di abuso per restituire certezza e serenità agli amministratori pubblici.

Un problema generale, che – lasciando da parte il modello tedesco che ha fatto una scelta radicale – negli altri ordinamenti analizzati non ha comunque trovato ancora, come abbiamo visto, soluzioni che ci sembrino particolarmente convincenti sul fronte della tassatività/determinatezza e quindi serenamente importabili per affrontare i problemi che sono emersi nel contesto nazionale.

## *5. Le prospettive della fattispecie di abuso d'ufficio*

### *5.1. Ripartire dalla sussidiarietà per riflettere sulle fattispecie necessarie*

Avvicinandoci alle conclusioni riservate alla riflessione sul futuro dell'abuso d'ufficio, è importante ricordare innanzitutto un'indicazione metodologica molto chiara che aveva dato Franco Bricola: quella di preferire la rinuncia all'intervento repressivo penale per affidare il programma di tutela ad altre branche del diritto, quando l'interesse sia meritevole di tutela rispetto ad alcuni comportamenti socialmente dannosi, ma risulti tecnicamente impossibile formulare norme incriminatrici tas-

sative, in termini di controllabilità degli esiti applicativi<sup>144</sup>. In questa prospettiva la sussidiarietà deve essere presa ancora più sul serio, soprattutto quando si tratta di formulare disposizioni finalizzate a descrivere comportamenti lesivi di beni giuridici, collocate nella parte speciale<sup>145</sup>.

Il principio di legalità in materia penale, del resto, ha una posizione di assoluta centralità nel panorama dei principi costituzionali e non può essere sacrificato nemmeno per tutelare valori come quelli sanciti dall'art. 97 Cost.<sup>146</sup>.

Le ragioni sono varie e complesse – visto che anche l'atteggiamento della giurisprudenza gioca un ruolo decisivo nell'indebolire gli sforzi del legislatore – ma, come abbiamo potuto constatare, nemmeno la più recente formulazione dell'abuso d'ufficio è riuscita a isolare con precisione il nucleo di illiceità da colpire. La fattispecie ci pone allora seriamente davanti all'opzione descritta dal Maestro, soprattutto se si tiene conto degli effetti negativi per il sistema prodotti da una tale incertezza applicativa – paura della firma, eccessivi formalismi, ritardi nella gestione delle pratiche, parcellizzazione delle competenze<sup>147</sup> –, ricondotti al fenomeno della “burocrazia difensiva”. L'esercizio di un controllo penale incisivo sull'azione amministrativa discrezionale, che l'art. 323 c.p. ha reso possibile almeno nella fase delle indagini, ha contribuito a rallentare le attività della P.A., «mettendo così in ombra l'interesse pubblico che in teoria avrebbe voluto tutelarsi»<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 16 s.

<sup>145</sup> A. NISCO, *Profili teorici e sviluppi recenti del principio di determinatezza*, cit., 70.

<sup>146</sup> In questi termini A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 91, il quale a p. 124 evidenzia altresì che la Corte costituzionale avrebbe fatto meglio, nel 2016, a caducare la norma nella parte in cui trasmodava oltre quanto l'enunciato linguistico e i fondamentali canoni penalistici le consentivano di fare (cfr. ord. Corte cost. 14 luglio 2016, n. 177, cit., 3585, in cui la Corte si è limitata a invitare implicitamente i giudici a un'interpretazione maggiormente aderente ai canoni costituzionali).

<sup>147</sup> 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*, cit., 100.

<sup>148</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 8. ID., *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, cit., 235 ricorda che un



Se non si vorrà rinunciare al reato c'è ancora spazio, come vedremo, per qualche intervento correttivo da operare sul testo dell'art. 323 c.p. Colgono nel segno tuttavia soprattutto le proposte che provano a cambiare prospettiva, considerando seriamente l'opzione dell'abrogazione di una fattispecie onnivora e difficile da dominare, come quella che conosciamo, a fronte della presa d'atto degli esiti poco felici dei tentativi di riscrivere l'abuso d'ufficio, fatti fino a ora<sup>149</sup>.

Certo non vanno sottovalutate le riserve che sono state formulate in merito all'opportunità politica dell'abrogazione, che potrebbe essere interpretata come un salvacondotto per le peggiori pratiche della P.A.<sup>150</sup>, o che potrebbe lasciare sguarniti di tutela interessi costituzionali meritevoli di protezione<sup>151</sup>, ma è proprio su questi aspetti che bisogna iniziare a riflettere.

eccesso di sindacato del giudice penale produce guasti in relazione al rispetto dei canoni di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

<sup>149</sup> S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 289 ritiene preferibile l'opzione abrogativa, rispetto a rimaneggiamenti della fattispecie mal progettati e male eseguiti. A favore dell'abrogazione, pur con cautela e richiedendo un parallelo intervento di "ristrutturazione" dei controlli extrapenalici, si era già espresso, poco dopo la riforma del 1997, V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1234 s. Cfr. anche S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 861; R. LI VECCHI, *Art. 323 c.p.: una norma ancora in cerca di una sua identità*, in *Riv. pen.*, 1998, 132. Più di recente: S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, cit., 20, il quale ha proposto, invece, una diversa soluzione in ID., *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., XIII ss.; nonché A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 124, il quale preferisce l'abolizione della fattispecie rispetto all'ennesima riformulazione legislativa.

<sup>150</sup> A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 79.

<sup>151</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 213; P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., 2133 s. M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 100 ss. ritiene che sia inaccettabile l'idea di lasciare privi di tutela penale interi settori dell'esercizio dei poteri dello Stato. Così anche G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 24, il quale sostiene che l'abrogazione lascerebbe priva di tutela penale una "serie indeterminata" di offese ai principi di imparzialità e buon andamento. Non entra tuttavia nel dettaglio, mentre proprio su questo aspetto sarebbe indispensabile soffermarsi.

Da una parte, la proposta più radicale determinerebbe la scontata “riespansione”, di diritto o – ma questo è più difficile da prevedere – di fatto, di altre fattispecie di reato già esistenti; dall’altra, essa andrebbe inserita in un progetto più complesso. Non potendo più contare sull’esistenza di una fattispecie “onnivora”, come l’abuso d’ufficio, questo progetto dovrebbe intervenire su altre fattispecie già esistenti o introdurne di nuove, destinate a operare solo in specifici ambiti di materia. È scontato che la pubblica amministrazione non può godere di un’assoluta immunità nell’esercizio del potere discrezionale, ma è il principio di frammentarietà, espressione di un diritto penale conforme a Costituzione, a portare con sé alcuni, necessari, vuoti di tutela<sup>152</sup>. Vuoti relativi, peraltro, visto che esistono e si potrebbero comunque potenziare alcune misure extrapenalistiche di supporto<sup>153</sup>.

Per affrontare il tema dell’eventuale abrogazione del reato in modo sereno, riteniamo utile ripartire da una considerazione forse ovvia, ma sempre attuale: l’abuso d’ufficio non è l’unico strumento utile per combattere l’agire scorretto della P.A., anche nel quadro normativo vigente<sup>154</sup>.

I reati contro la pubblica amministrazione sono numerosi e già costituiscono, anche senza l’art. 323 c.p., un ricco arsenale a disposizione dell’autorità inquirente. Come vedremo più nel dettaglio, decisivo ci sembra il ruolo del peculato e della turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente, senza dimenticare naturalmente anche quello della concussione, in ipotesi di abusi gravi, della corruzione e dell’induzione indebita a dare o promettere utilità.

L’offesa alla persona che il pubblico agente arreca ad altri abusando dei propri poteri trova poi ampia repressione nell’ambito dei delitti contro la persona, aggravati dalla qualifica. Nei delitti contro il patrimonio, invece, ritroviamo la truffa, alla quale è riconducibile l’indebito profitto

---

<sup>152</sup> Cfr. A. MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, cit., 90.

<sup>153</sup> S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., 6; C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d’ufficio*, cit., 176 s.

<sup>154</sup> Come rileva A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1494, alla (impropria) sovraesposizione del diritto penale contribuisce anche la profonda crisi in cui versa l’etica pubblica.

che il pubblico agente procura, con altrui danno, a sé o ad altri con una condotta abusiva caratterizzata dall'impiego di mezzi fraudolenti<sup>155</sup>.

Allo stesso tempo – e, potremmo dire, ben prima di arrivare qui – riteniamo che la P.A. non dovrebbe essere concepita come un nemico da educare solo con la minaccia penale consegnata nelle mani della Procura della Repubblica<sup>156</sup>.

Un eccesso di diritto penale in questo settore, come abbiamo visto, può rivelarsi davvero dannoso, «comportando ulteriori impacci al buon andamento»<sup>157</sup>.

Come ribadito anche di recente dalla Corte costituzionale proprio in tema di abuso d'ufficio, richiamando un suo precedente arresto:

Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: 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<sup>158</sup>.

Già in passato, prima della riforma del 1997, attenta dottrina riteneva ben possibile che una giurisprudenza favorevole a sfruttare tutti gli spazi del “controllo penale” continuasse a “sabotare” eventuali modifiche della norma incriminatrice finalizzate a delimitare la punibilità dell'abuso<sup>159</sup>.

Era un problema culturale, naturalmente, ma anche un problema legato al fatto che era rimasta sulla carta l'affermazione ampiamente condivisibile per cui il modo migliore per contrastare i fenomeni criminosi

<sup>155</sup> Così S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 861.

<sup>156</sup> A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 80.

<sup>157</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 271. 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*, cit., 98 ss. sottolinea criticamente il ruolo supplente e patologico del diritto criminale, ricordando che «la sussidiarietà non è un problema di formulazione dei testi penali, ma di tenuta preventiva di sistema».

<sup>158</sup> Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, cit. (richiamando Corte cost. 28 dicembre 1998, n. 447, cit., 631).

<sup>159</sup> G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 320.

all'interno della pubblica amministrazione fosse quello di costruire un sistema di anticorpi efficace.

Gli attori della P.A. si trovavano a operare in un quadro caratterizzato da una sovrabbondanza di norme regolatrici e dall'assenza di misure preventive e di controlli efficaci<sup>160</sup>.

La giurisprudenza oggi non ha cambiato del tutto atteggiamento, ma non possiamo sottovalutare i passi avanti che la P.A. ha iniziato a fare con riferimento a questi ultimi aspetti. Non abbiamo certo ancora «un sistema amministrativo nitido e trasparente, nel quale sia possibile separare il grano dal loglio con relativa immediatezza»<sup>161</sup> o un sistema come quello tedesco – caratterizzato da una tradizione di efficienza di gran lunga superiore alla nostra<sup>162</sup> – ma sono stati attivati diversi canali volti a correggerne internamente le storture.

L'emergere di una pluralità di centri di controllo, l'introduzione di obblighi di stimolo reciproco a una verifica di regolarità delle procedure seguite e la previsione di poteri di opposizione di alcune amministrazioni nei confronti di altre danno il segno di una sempre più ampia valorizzazione della legalità per sé all'interno dell'operato della P.A.<sup>163</sup>.

Per assicurare il corretto agire della P.A. esistono sanzioni e forme di tutela che possono essere molto efficaci in termini di deterrenza e di prevenzione positiva. Oltre alla tutela civile e amministrativa, un ruolo fondamentale viene svolto dalla responsabilità contabile e da quella disciplinare<sup>164</sup>.

Si sottolinea, in dottrina, come la disciplina della responsabilità civile della P.A. appaia idonea a tutelare il patrimonio degli utenti danneg-

<sup>160</sup> S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro it.*, V, 1992, 243 ss.

<sup>161</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 94.

<sup>162</sup> In tal senso si esprimeva A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1406, per giustificare la mancanza in quell'ordinamento – così come in quello francese – dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio.

<sup>163</sup> S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., 20; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 11.

<sup>164</sup> Come ricorda M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 20, anche se con uno sguardo critico sulla realtà, «la ricerca della frammentarietà penalistica si rivela fallace o fittizia in assenza di "sostitutivi penali" adeguati».

giati, più che a responsabilizzare dirigenti e funzionari, in quanto vi è una tendenza della giurisprudenza ad assicurare una maggior tutela al danneggiato, con l'attribuzione della responsabilità all'ente, che è più in grado di sopportarla<sup>165</sup>. Una parziale compensazione si ottiene – come vedremo – con l'attivazione del procedimento disciplinare e con l'azione di regresso che spetta alla Procura contabile e, quindi, grazie alla funzione mista – recuperatoria e sanzionatoria – della responsabilità amministrativo-contabile<sup>166</sup>.

La tutela che viene affidata alla giurisdizione amministrativa interviene con fini correttivi e ripristinatori nei confronti dell'attività amministrativa. Come è stato ricordato, essa dovrebbe essere favorita nei casi in cui «l'illecito viene identificato nella stessa intima trama, per così dire, dell'attività amministrativa e nel suo contenuto proprio»<sup>167</sup>, e quindi proprio nelle vicende che chiamano in gioco da vicino l'abuso d'ufficio. La giustizia amministrativa, infatti, è chiamata a garantire la legalità dell'azione amministrativa e, se del caso, a correggere le deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali<sup>168</sup>.

Quanto alla responsabilità contabile, l'art. 1 l. 20/1994 esclude che il merito amministrativo possa essere sindacato dal giudice contabile, nell'ambito dei giudizi di responsabilità. Il suo controllo è limitato alla «ragionevolezza, non arbitrarietà, razionalità delle scelte effettuate dai funzionari pubblici»<sup>169</sup>. Questa forma di responsabilità è tuttavia molto temuta dai funzionari e quindi, a maggior ragione se si riflette su di un possibile arretramento della tutela penale, irrinunciabile. La scelta effettuata dal d.l. n. 76/2020 (art. 21), convertito nella legge n. 120/2020 – con la limitazione di questa responsabilità ai soli casi di dolo (sempre

---

<sup>165</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 166 ss.

<sup>166</sup> Una diversa e particolare azione di rivalsa dello Stato esiste anche in ipotesi di responsabilità civile dei magistrati ed è disciplinata dalla l. 13 aprile 1988, n. 117, modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18.

<sup>167</sup> V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 672.

<sup>168</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 9.

<sup>169</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 169.

che non si tratti di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente) –, ci sembra discutibile<sup>170</sup> e non meritevole di essere prorogata oltre giugno 2023<sup>171</sup>.

Uno degli strumenti più importanti per rispondere agli abusi perpetrati dai pubblici agenti nell'esercizio della propria attività è quello della responsabilità disciplinare. Si è affermato spesso che le misure disciplinari sarebbero in molti casi più adeguate di quelle penali per assicurare una valida tutela, se solo non fossero inconsistenti<sup>172</sup>, ma questo non è un dato di fatto imm modificabile; è solo un aspetto su cui si può intervenire. Come è stato precisato, una riforma in materia sarebbe probabilmente più efficace di ogni altra: «negli Stati dove il procedimento disciplinare funziona davvero, non è neppure necessario introdurre nella legislazione penale un delitto di abuso d'ufficio»<sup>173</sup>. La responsabilità disciplinare, infatti, è capace di rafforzare gli obblighi di condotta dei funzionari, perché colpisce il loro interesse alla stabilità del rapporto di impiego<sup>174</sup>.

Anche in questa materia sono stati comunque già fatti dei passi avanti. Estremamente interessante è sia la normativa degli illeciti disciplinari dei magistrati (d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109), che disegna una

---

<sup>170</sup> Come rileva V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss., si rischia di avallare sciatterie e disinvolture.

<sup>171</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 9; A.R. CASTALDO, *La riforma del 2020*, cit., 69. A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 170 rileva, comunque, che i rischi di responsabilità per danno erariale da colpa grave sono ammortizzabili con coperture assicurative.

<sup>172</sup> T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 79. Come rileva F. SICILIANO, *Abuso dell'abuso d'ufficio*, cit., 574, non si deve giustificare un intervento penale alla luce del fatto che gli organi di controllo interni alla P.A. spesso latitano e non infliggono sanzioni: il rimedio a questa disfunzione va ricercato lì e non nel diritto penale.

<sup>173</sup> A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, cit., 503. L'Autore propone di dare al giudice penale la facoltà di astenersi dalla condanna, quando la sanzione disciplinare inflitta risulti già proporzionata, da sola, alla gravità del reato e sufficiente agli effetti di prevenzione speciale. Cfr. altresì ID., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, cit., 111.

<sup>174</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 174.

procedura a carattere interamente giudiziario che deve essere promossa dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione in molte ipotesi<sup>175</sup> – *ivi* compresa quella di consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge (art. 2 c. 1 lett. c)<sup>176</sup> –, sia soprattutto quella relativa alla responsabilità disciplinare nel pubblico impiego introdotta con il d.lgs. 150/2009, visto che all'attività amministrativa in senso stretto abbiamo dedicato gran parte di questo lavoro.

In base all'art. 55-*ter* d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. testo unico del pubblico impiego), introdotto con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali è in corso un procedimento penale, prosegue e si conclude. In base a una ulteriore modifica, introdotta con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, in attuazione della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 (legge Madia), il procedimento disciplinare può essere sospeso fino al termine di quello penale solo per le infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non si dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Cfr. G. SALVI, *Le ragioni costituzionali dell'ordinamento disciplinare dei magistrati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 438, che ricorda invece come l'altro organo al quale è attribuita l'azione, il Ministro della Giustizia, agisca secondo criteri di opportunità politica e non sia vincolato se non in negativo. La l. 17 giugno 2022, n. 71 ha apportato alcune modifiche al d.lgs. 109/2006, integrando l'elenco delle condotte rilevanti sul piano disciplinare, introducendo un'ipotesi di estinzione dell'illecito e l'istituto della riabilitazione (art. 11), nonché intervenendo lievemente sulla composizione della sezione disciplinare del CSM (art. 23).

<sup>176</sup> G. DI FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (7 ottobre 2021), 4 sottolinea come, da un sistema disciplinare fino ad allora basato su regole dal contenuto generico, si sia «passati a una legge che in maniera articolata stabilisce quali siano i comportamenti dei magistrati passibili di sanzione disciplinare». Egli precisa (p. 12) altresì come l'iniziativa del P.G. della Cassazione sia formalmente obbligatoria ma di fatto ampiamente discrezionale e per tale ragione propone di creare delle strutture a supporto dell'operato del Ministro della Giustizia, come preciseremo meglio in seguito.

<sup>177</sup> D. GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistematiche*, cit., 155 ss.

La riforma Madia ha anche previsto – ed è questo l’aspetto che più ci interessa – che l’omessa attivazione o la decadenza dall’azione disciplinare dovuta all’omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, oppure a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell’illecito da parte del dirigente o comunque dei soggetti responsabili, siano a loro volta sanzionate come illeciti disciplinari e, per il personale con qualifica dirigenziale, siano valutate anche ai fini della sua specifica responsabilità (art. 55-*sexies* d.lgs. 165/2001)<sup>178</sup>. Grava sui responsabili della struttura presso cui presta servizio il dipendente infatti il compito di avviare i procedimenti disciplinari e di applicare le sanzioni nei confronti di dipendenti che hanno violato i propri doveri istituzionali, quando si tratta di infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l’irrogazione della sanzione del rimprovero verbale. Per le altre, il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente segnala immediatamente, e comunque entro dieci giorni, all’ufficio competente per i procedimenti disciplinari – che gestirà il procedimento – i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza (art. 55-*bis* d.lgs. 165/2001).

Quanto al rapporto con la responsabilità civile, infine, è bene ricordare che la violazione di obblighi che riguardano la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno, comporta, nei confronti del dipendente responsabile, l’applicazione di una sanzione disciplinare e più precisamente della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino a un massimo di tre mesi (in proporzione all’entità del risarcimento), salvo che ricorrano i presupposti per l’applicazione di una più grave sanzione disciplinare (art. 55-*sexies* c. 1 d.lgs. 165/2001).

Guardando avanti, non sarebbe certo inopportuno contare su misure di carattere sostanziale e processuale ancora più incisive di quelle introdotte, soprattutto per affrontare la questione delicata del conflitto di interessi. Se si considera il rischio, poi, che la corruzione sistemica coinvolga i vertici della P.A. ci sembrano interessanti le proposte, che sono state formulate, di derogare parzialmente al principio per cui la

---

<sup>178</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un’amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 175.



giustizia disciplinare è per sua natura domestica, creando delle Autorità indipendenti, munite di poteri ispettivi al fine di accertare gli illeciti disciplinari<sup>179</sup>.

I passi avanti più significativi che ha fatto la P.A. nel dotarsi di presidi interni e di nuovi strumenti di contrasto alla criminalità, ma soprattutto di prevenzione della stessa attraverso la promozione di pratiche virtuose, attengono al tema della lotta alla corruzione ampiamente intesa<sup>180</sup>, nell'ambito della quale ci sembra decisiva innanzitutto la tutela che deve essere garantita a chi segnala condotte illecite. La collaborazione delle "sentinelle civiche" è fondamentale per migliorare le *performance* della pubblica amministrazione<sup>181</sup>.

Anche se la Direttiva 2019/1937/UE – che ha definito una serie di *standard* ai quali i legislatori nazionali sarebbero stati chiamati ad adeguarsi entro il 17 dicembre 2021<sup>182</sup> – è solo in via di tardiva attuazio-

<sup>179</sup> F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 188. Per quanto riguarda i magistrati, G. DI FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, cit., 17 ss. propone di creare apposite strutture ministeriali a composizione mista (magistrati, avvocati, cittadini), a supporto del Ministro della Giustizia, incaricate di ricevere le doglianze dei cittadini, nonché le segnalazioni degli uffici giudiziari e del CSM e di proporre al Ministro i casi – dopo averli istruiti – su cui dovrebbe decidere se esercitare l'azione disciplinare. Egli si sofferma poi su altre proposte, che dovrebbero tuttavia essere di riforma costituzionale.

<sup>180</sup> Quella di corruzione, infatti, è una nozione socio-criminologica in costante aggiornamento e ampliamento: cfr. V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.

<sup>181</sup> Così F. COPPOLA, *Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 162 ss. Come evidenzia A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019*, Milano, 2020, 157, il termine *whistleblowing* ha origine nella letteratura americana e si riferisce a chi rivela a terzi o pubblicamente l'esistenza di pratiche illegali esistenti all'interno di contesti lavorativi organizzati.

<sup>182</sup> Cfr. Direttiva 2019/1937/UE riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=RO>. Sul tema si sofferma N. PARISI, *La fun-*

ne<sup>183</sup>, l'Italia è intervenuta da tempo in materia con l'adozione di due diversi interventi legislativi: la legge 6 novembre 2012, n. 190 e, soprattutto, la più recente legge 30 novembre 2017, n. 179, volte a valorizzare e tutelare la figura del funzionario o del collaboratore "virtuoso e responsabile", che sceglie di far emergere le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza nell'espletamento delle sue funzioni (*whistle-blower*). La maggior efficacia delle tutele introdotte più di recente<sup>184</sup> – dopo un timido avvio<sup>185</sup> – è testimoniata dall'aumento delle segnalazioni giunte all'ANAC: 783 nel 2018, più del doppio rispetto alle 364 del 2017, e 873 nel 2019<sup>186</sup>. Con l'attuazione della Direttiva del 2019 – che contempla, per esempio, una definizione più ampia di *whistleblower* – la situazione potrà migliorare, contribuendo ulteriormente a costruire un efficace sistema di anticorpi all'interno della P.A.<sup>187</sup>.

---

*zione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019*, cit., 24 ss.

<sup>183</sup> La legge 4 agosto 2022, n. 127 "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea" include anche la Direttiva 2019/1937/UE. Il Governo è chiamato ad attuare la delega in materia, adottando il decreto, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge (10 settembre 2022).

<sup>184</sup> A. PERTICI, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Torino, 2019, 11.

<sup>185</sup> Come hanno evidenziato G. LOSAPPIO, S. ADUASIO, *Blowin' in the... whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul c.d. whistleblowing*, in <https://archiviodypc.dirittopenale.uomo.org/d/5375-blowin-in-thewhistle-il-primo-rapporto-dell-anac-sul-cd-whistleblowing> (8 maggio 2017), sulla base dei risultati del primo monitoraggio ANAC (2016) sul *whistleblowing*, la prima carenza emersa – e, quindi, il primo e più importante obiettivo da perseguire per incrementare il *whistleblowing* – riguarda proprio la tutela del soggetto segnalante.

<sup>186</sup> A. REA, *Whistleblowing: l'analisi del dato statistico e lo stato dell'arte*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 169; A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, cit., 178.

<sup>187</sup> F. COPPOLA, *Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing*, cit., 169 ss. si sofferma addirittura sull'opportunità di garantire una forma di riconoscimento anche economico al segnalante.

Molto ampia è tuttavia la portata della prevenzione amministrativa<sup>188</sup> riconducibile alla disciplina anticorruzione, che come dicevamo non riguarda solo la corruzione in senso tecnico, ma, prima ancora, qualsiasi comportamento scorretto e lesivo degli interessi della P.A., sia nel suo ambito interno, sia con riferimento alle società e agli altri organismi di diritto privato partecipati e controllati dalla P.A.<sup>189</sup>. L'ANAC è nata, infatti, nel 2012 (con la l. n. 190/2012)<sup>190</sup>, con il compito di promuovere la trasparenza nella gestione degli affari della P.A., la vigilanza sugli appalti e, in generale, su quei settori in cui è alto il rischio di fenomeni corruttivi, ma nel tempo ha iniziato a rivestire un ruolo sempre più pervasivo: emana atti di indirizzo vincolanti, svolge attività di vigilanza, emette provvedimenti conformativi specifici ed esercita pote-

---

<sup>188</sup> Cfr. V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'auto-re" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 966 ss. Sull'importanza della prevenzione si soffermava, anche alla luce delle esperienze straniere, S. CASSESE, *"Maladministration" e rimedi*, cit., 248.

<sup>189</sup> La nozione di "corruzione amministrativa" abbraccia situazioni non riconducibili esclusivamente alle fattispecie penalistiche, comprendendo le ipotesi di malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso delle funzioni pubbliche a fini privati (A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 101; D. SENZANI, *Misure di prevenzione della corruzione, discrezionalità e prassi amministrativa*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 55). A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., 1 s. evidenzia che, nel linguaggio sociologico, economico e politologico, il concetto di corruzione viene inteso come "abuso dei poteri (o violazione degli obblighi) a fini di privato beneficio" e quindi come corruzione in senso lato, anche se poi ci si riferisce, nella sostanza, con maggior frequenza, alla dazione e ricezione di tangenti (corruzione in senso stretto). D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, cit., 235, invece, sottolinea che sarebbe il sistema di prevenzione ad avere un carattere amministrativo e non l'evento avverso che si vuole prevenire. Le diverse forme di cattiva amministrazione sono considerate solo in quanto prodromiche rispetto alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio.

<sup>190</sup> Come rileva B. ROMANO, *Nozioni introduttive*, cit., 17 s., con la legge del 2012 si individua la "Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche" (CIVIT) come Autorità nazionale anticorruzione, mentre è con l'entrata in vigore della l. 30 ottobre 2013, n. 125 che la CIVIT assume direttamente la denominazione di "Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche" (ANAC).

stà sanzionatoria<sup>191</sup>. Con legge del 2012 ha iniziato a prendere forma un sistema organizzato che ha lo scopo di assicurare il controllo e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella P.A. anche attraverso un complesso apparato di misure preventive del fenomeno corruttivo che le pubbliche amministrazioni devono adottare e implementare<sup>192</sup>.

L'idea di fondo – promossa da molte convenzioni internazionali e, tra queste, in particolare dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida – è quella per la quale il buon andamento della P.A. deve passare innanzitutto dalla prevenzione amministrativa della corruzione e solo poi da interventi di “cura sintomatica” di tipo penalistico<sup>193</sup>. La tutela penale va elaborata nel quadro di un sistema integrato di lotta ai fenomeni corruttivi, nel quale gli strumenti penali operano in sinergia con quelli extrapenali, al fine di prevenire l'insorgenza di situazioni criminogene<sup>194</sup>. A livello europeo si è affermato, infatti, un concetto di prevenzione molto più concreto e proiettato al futuro di quello che caratterizza il diritto penale, il quale tende a prevenire attraverso la repressione e quindi guardando al passato<sup>195</sup>. L'intervento successivo è purtroppo insufficiente<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, cit., 240 s.

<sup>192</sup> Cfr. G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 11; V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, cit., 723 ss.

<sup>193</sup> A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 104 e V. MONGILLO, *La strategia anticorruzione del legislatore penale dalla legge “Severino” alla “Spazza-corrotti”*, cit., 800 ss. sottolineano tuttavia quanto complessa sia la “misurazione” della corruzione.

<sup>194</sup> F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, cit., 155.

<sup>195</sup> R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1509.

<sup>196</sup> L.U. BARRETTA, *La prevenzione della corruzione attraverso la valorizzazione della cultura etica: i codici di comportamento dei pubblici dipendenti*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 248.

La nuova disciplina amministrativa punta sull'autoresponsabilizzazione delle amministrazioni, mediante un sistema di *compliance* pubblica, che deve conformarsi tuttavia alle linee-guida dell'ANAC.

Per entrare più nel dettaglio, il sistema disegnato nel 2012 si avvale di diverse categorie di strumenti preventivi per contrastare la corruzione. Da un lato, vi sono le misure di carattere generale predisposte dalla legge – come la disciplina della trasparenza, la disciplina sulle inconfiribilità, incompatibilità e incandidabilità – che giocano un ruolo fondamentale, soprattutto in presenza di condotte altamente discrezionali; dall'altro, le misure a carattere più specifico elaborate o implementate dai singoli enti, come i codici di comportamento e i piani triennali anticorruzione. Queste misure sono accompagnate alla previsione di una responsabilità dirigenziale, disciplinare e per danno erariale del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, nell'ipotesi di commissione di un reato di “corruzione” all'interno dell'amministrazione – salvo che egli provi di aver predisposto il piano prima della commissione del fatto e di aver vigilato sul suo funzionamento e sulla sua osservanza – e in ipotesi di ripetute violazioni delle misure di prevenzione contenute nel piano, e all'inflizione di sanzioni amministrative ai responsabili dell'ente in ipotesi di omessa adozione del piano<sup>197</sup>. In una posizione intermedia, ma sempre più strategica, si colloca l'ANAC. Al livello nazionale di articolazione delle strategie di prevenzione della corruzione contenute nella legge e nel Piano Nazionale Anticorruzione, di competenza dell'*Authority*, si affianca quello decentrato, che fa capo alle singole pubbliche amministrazioni chiamate ad adottare un piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza – o, se si tratta di altri enti, misure preventive integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – individuando i campi di azione dell'ente più esposti ai rischi di corruzione e approntando specifiche misure di minimizzazione di tali rischi<sup>198</sup>. I singoli piani, che si con-

---

<sup>197</sup> R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, cit., 1507 ss.

<sup>198</sup> V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, cit., 730 s.

formano a quello nazionale, possono riprendere e arricchire alcune previsioni di legge e stabilire obblighi sanzionabili in via disciplinare<sup>199</sup>.

In conclusione sul punto, ci sembra ragionevole ritenere che, in un quadro complesso come quello descritto, vi siano oggi molti più strumenti per poter intercettare e sanzionare, *in primis* in via disciplinare, le condotte abusive dei pubblici agenti, che in passato hanno fatto fatica a emergere senza l'intervento della giustizia penale.

Anche per questa ragione al diritto penale potrebbe essere riservato un ruolo leggermente più circoscritto.

### *5.2. Ai confini dell'abuso d'ufficio: tra peculato e turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente*

Prima di tornare, concludendo, sul tema dell'abuso d'ufficio, ci sembra importante dedicare un po' di spazio a questioni che si pongono ai confini dell'art. 323 c.p., ma che in realtà sono significative per comprendere la portata di alcune conseguenze che deriverebbero dalla delimitazione o abrogazione del reato e sono utili, quindi, per operare delle scelte consapevoli. Ci limiteremo a due esempi – attinenti al rapporto dell'abuso d'ufficio con il peculato e al rapporto del primo con i reati di turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente – che ci sembrano emblematici della necessità di non dare per scontata l'irrinunciabilità dell'abuso d'ufficio, soprattutto rispetto a un intervento che potrebbe coinvolgere anche altre fattispecie.

Abbiamo ricordato che, almeno secondo la volontà del legislatore, nell'abuso d'ufficio dovrebbero essere confluite le condotte che, prima della riforma del 1990, rientravano nel peculato per distrazione, sempre che la distrazione avvenga in violazione di una previsione di legge o di regolamento<sup>200</sup>. Per le condotte distrattive in cui non si possa ravvisare

---

<sup>199</sup> A. PERTICI, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, cit., 19.

<sup>200</sup> R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1137; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, 702 s.; M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 102.

la violazione predetta, invece, non dovrebbero configurarsi conseguenze penali.

Così, secondo una parte della dottrina, vista la minor gravità dell'art. 323 c.p., solo il peculato per appropriazione sarebbe rimasto come serio presidio sanzionatorio del patrimonio della P.A.; un presidio che tuttavia finisce paradossalmente per colpire con maggior facilità i pubblici agenti privi di significativi poteri di gestione, che hanno la disponibilità materiale della cosa o del denaro pubblico (come un cassiere o un custode). Visto che il concetto di appropriazione implica non solo un trasferimento di elementi patrimoniali, ma anche un modo particolare di trasferimento – ossia l'interversione del possesso a favore dell'agente, facendo propria la cosa –, nelle ipotesi di arbitraria violazione del vincolo di destinazione dei beni amministrati a beneficio di un terzo, senza che, appunto, l'agente li faccia propri<sup>201</sup>, si può configurare solo l'abuso d'ufficio, che finisce per essere commesso da chi esercita comunque incisivi poteri giuridici di disposizione dei beni altrui e ne abusi<sup>202</sup>.

Era illusorio pensare, tuttavia, che la cancellazione della distrazione dal reato di peculato non avrebbe finito per influire sui contenuti di tipicità della condotta di appropriazione nell'ambito dell'art. 314 c.p.<sup>203</sup>, facendoli alla fine in gran parte coincidere con quelli della nozione di appropriazione della fattispecie di appropriazione indebita<sup>204</sup>. Una parte della dottrina, del resto, aveva subito offerto una diversa lettura per la

---

<sup>201</sup> Cfr. L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., 200; N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, 2755 ss.

<sup>202</sup> L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 286.

<sup>203</sup> F.C. PALAZZO, E. TARQUINI, voce *Peculato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 4, Roma, 1995.

<sup>204</sup> Cfr. V. MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 293 s., il quale ritiene che non vi siano più ostacoli «ad affermare la possibilità di appropriarsi di un bene per volgerlo a vantaggio altrui», quando il soggetto utilizza il bene a favore di altri in modi non consentiti dal titolo del possesso, esercitando facoltà esclusive del proprietario e in mancanza di una seria intenzione di restituirlo senza avergli cagionato un pregiudizio funzionale socialmente apprezzabile. Sul discusso rapporto tra appropriazione e distrazione, cfr. M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, cit., 103 ss.

quale l'abuso non sarebbe stato sempre erede del peculato per distrazione e i fatti già rilevanti a titolo di peculato per distrazione – o almeno una parte di essi – sarebbero confluiti nel peculato per appropriazione<sup>205</sup>. Anche senza arrivare ad affermare che la distrazione è solo una forma di appropriazione, ci sembra corretto sostenere che l'appropriazione può essere realizzata anche mediante distrazione, in caso di rottura del vincolo di destinazione imposto alla cosa, se il bene viene impiegato a vantaggio proprio o di un terzo esercitando facoltà esclusive del proprietario e contro il suo interesse<sup>206</sup>. Qualche dubbio può forse residuare nei casi di impiego del denaro o della cosa per uno scopo che non rientra nei fini istituzionali dell'ente di appartenenza, ma che è pur sempre pubblico – visto che non mancano opinioni per le quali si potrebbero ricondurre all'appropriazione solo le forme di distrazione a esclusiva finalità privata<sup>207</sup> – ma la scarsa afferrabilità della generica nozione di

---

<sup>205</sup> A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1395 riteneva che la distrazione fosse (all)ora ricompresa nell'appropriazione e pertanto nell'art. 314 c.p., dato che il soggetto che devia la cosa da una finalità a un'altra si comporta come se ne sia il proprietario. La distrazione era semplicemente una delle possibili forme di manifestazione dell'appropriazione. Cfr. G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 63 nonché, con dei distinguo, G. FORNASARI, *Peculato*, cit., 119 s. Per una riflessione sui “pericolosi” esiti della riforma del 2020, con riferimento al peculato per distrazione cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11 s.

<sup>206</sup> S. TORDINI CAGLI, *Peculato e malversazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, 341; R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, cit., 1141 ss. *Contra* V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 212, che non riesce a comprendere il motivo per il quale il legislatore, pur volendo continuare a punire il peculato per distrazione, avrebbe abolito la corrispondente precisa fattispecie, già presente nell'ordinamento, per devolverne la materia all'ipotesi del peculato per appropriazione.

<sup>207</sup> A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, cit., 707; 715; G. FORNASARI, *Peculato*, cit., 119. Anche la Corte cost., 13 novembre 1991, n. 448 in <https://www.giurcost.org/decisioni/1991/0448s-91.html>, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 215 c.p. militare di pace, ha affermato – nelle premesse della decisione – che i casi di destinazione indebita di risorse pubbliche al di fuori dei fini istituzionali dell'ente, in quanto comportante un'illecita utilizzazione dei poteri di ufficio (e quindi un “abuso”) e mirante a procurare all'agente o a terzi un vantaggio (o un danno) qualificabile come “ingiusto”, dovessero integrare – secondo la più accreditata dottrina – il delitto di abuso d'ufficio. Già prima del 1990 si ipotizzava di li-



interesse pubblico (e di finalità pubblica) ancora una volta non ci sembra che possa giocare a favore di queste opinioni<sup>208</sup>. Gli scopi istituzionali dell'ente – o, più precisamente, uno qualsiasi di essi –, invece, sono più facili da individuare *ex ante*, senza indebite incursioni nella sfera riservata alla P.A., non riguardando una specifica attività o potere, ma, più in generale, le attribuzioni o la sfera di competenza dell'istituzione.

La giurisprudenza non è rimasta indifferente a questa proposta interpretativa dell'art. 314 c.p. È così arrivata col tempo a qualificare sempre più spesso come peculato per appropriazione gli atti di disposizione del denaro nella disponibilità dell'intraneo<sup>209</sup> per finalità esclusi-

---

mitare il peculato per distrazione a quello commesso «a profitto privato, proprio o altrui», di carattere patrimoniale. Questo al fine di sottrarre alla pena del peculato la destinazione della cosa a una finalità pubblica, anche se diversa da quelle statutarie dell'ente e anche se coesistente con una finalità di profitto privato: A. PAGLIARO, *Relazione introduttiva*, cit., 7 s. e F.C. PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma*, cit., 233 ss. È interessante ricordare che con d.P.R. 20 maggio 1970, n. 283 si concesse l'amnistia «per il delitto di cui all'art. 314 del codice penale, quando, esclusa la ipotesi di appropriazione, risulti che la distrazione del denaro o altra cosa mobile sia stata compiuta per finalità non estranee a quelle della pubblica amministrazione» (art. 5 c. 1 lett. c).

<sup>208</sup> S. VINCIGUERRA, “Distrazione” e peculato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1051, nel contestare l'opinione per la quale la distrazione verrebbe meno in ipotesi di destinazione a un fine, qualsiasi, di pubblica utilità, sottolinea come una sovrapposizione degli interventi al di fuori delle sfere di competenza degli enti proprietari dei mezzi pubblici aprirebbe la strada al caos amministrativo. A pag. 1047 offre alcuni esempi, distinguendo il caso del sindaco che non destina a beneficenza il denaro contenuto nell'apposito fondo, da quello del sindaco che distoglie il denaro dai fini istituzionali del Comune e da quello del sindaco che lo distoglie da qualsiasi altra pubblica utilità.

<sup>209</sup> Su questo aspetto si è soffermata di recente Cass., 2 marzo 2021, n. 40595, in [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1651827758\\_cassazione-2021-40595-rimborsi-spese-consiglieri-regionali-peculato.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1651827758_cassazione-2021-40595-rimborsi-spese-consiglieri-regionali-peculato.pdf) (6 maggio 2022), per negare la configurabilità del peculato in assenza di una disponibilità diretta e immediata del denaro. Cfr. in particolare N.M. MAIELLO, *Peculato e rimborsi dei consiglieri regionali: la Cassazione ribadisce la funzione di garanzia della legge penale*, in *Sist. pen.*, 5, 2022, 35 ss. Nello stesso senso non potrebbe essere qualificata come appropriazione la condotta di chi consegua un rimborso di spese per il quale era intervenuta l'autorizzazione dall'ente erogatore.

vamente private ed estranee ai fini istituzionali dell'ente<sup>210</sup>. La ragione si coglie proprio nel fatto che il pubblico agente, in questi casi, pone in essere delle condotte che hanno un disvalore del tutto analogo a quello delle condotte appropriate che integrano il delitto di peculato<sup>211</sup> – l'agente che sottrae la cosa alla disponibilità del proprietario per volgerla a profitto altrui si comporta verso la cosa come se fosse propria<sup>212</sup> –

---

<sup>210</sup> Cass., 23 settembre 2020, n. 27910, in *CED Cassazione penale 2020*: «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 spesa 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 copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali (fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna per peculato del presidente di un'azienda pubblica, rilevando che l'accertata violazione della normativa per la scelta della ditta appaltatrice e la mancata osservanza delle norme di contabilità, in assenza della prova della non corrispondenza dell'importo erogato al valore delle opere realizzate, avrebbero potuto integrare al più il reato di abuso di ufficio)». Come ricorda C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 293, nt. 66, durante l'iter parlamentare di approvazione della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge "Spazzacorrotti"), la Camera aveva approvato un emendamento poi decaduto con il quale si prospettava l'introduzione di una nuova ipotesi di abuso d'ufficio distrattivo, che presentava delle criticità – alla luce della giurisprudenza appena citata e comunque del fatto che si puniva ingiustificatamente l'autore del reato in modo più tenue del peculato –, in ipotesi di «appropriazione mediante distrazione di somme di denaro o di altra cosa mobile altrui delle quali ha il possesso o comunque la autonoma disponibilità per ragione del suo ufficio, nell'ambito di un procedimento disciplinato da legge o regolamento che appartenga alla sua competenza».

<sup>211</sup> M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, cit., 109 s.

<sup>212</sup> Cfr. Cass., 17 luglio 2013, n. 1247, in *Cass. pen.*, 2014, 4158: «Nel delitto di peculato il concetto di "appropriazione" comprende anche la condotta di "distrazione" in quanto imprimere alla cosa una destinazione diversa da quella consentita dal titolo del possesso significa esercitare su di essa poteri tipicamente proprietari e, quindi, impadronirsene (fattispecie in cui la Corte ha riquilibrato come peculato la condotta di pubblici amministratori che, invece di investire le risorse di cui avevano la disponibilità per le finalità pubbliche istituzionalmente previste, le avevano impiegate per acquistare, in violazione di norme di legge e di statuto, quote di fondi speculativi)».

e, prima ancora, nella stessa capacità estensiva della nozione di appropriazione.

Lo stravolgimento della connessione funzionale incide sul sistema organizzativo, privando di ogni legittimazione la spendita della somma di cui il pubblico funzionario abbia la disponibilità<sup>213</sup>. Tuttavia, se la violazione delle regole contabili sulla destinazione del denaro soddisfa indebiti interessi privati, ma sono al contempo realizzati interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, si configura l'abuso d'ufficio<sup>214</sup>. In termini parzialmente coincidenti, l'abuso d'ufficio è stato ravvisato in ipotesi di distrazione di un bene per il proprio vantaggio con suo uso indebito perché volto a finalità diverse da quelle specificamente previste, ma comunque riconducibili al ruolo istituzionale svolto, mentre il peculato è stato riconosciuto in ipotesi di utilizzazione del bene pubblico per interesse esclusivamente per-

---

<sup>213</sup> Cass., 14 maggio 2009, n. 23066, in *Dejure*: «Integra il delitto di peculato l'utilizzazione di denaro pubblico accreditato su un capitolo di bilancio intestato a "spese riservate", quando non si dia una giustificazione certa e puntuale del suo impiego per finalità strettamente corrispondenti alle specifiche attribuzioni e competenze istituzionali del soggetto che ne dispone, tenuto conto delle norme generali della contabilità pubblica, ovvero di quelle specificamente previste dalla legge (nella fattispecie, relativa a prelievi effettuati dai presidenti di una regione su fondi riservati accreditati in un capitolo del bilancio regionale, la S.C. ha qualificato il fatto come peculato e non come abuso d'ufficio, precisando che quest'ultimo è configurabile nel solo in caso in cui la spesa avvenga per finalità diverse da quelle specificamente previste, ma riconducibili comunque alle attribuzioni proprie del ruolo istituzionale svolto)». Contro questo meccanismo di accertamento presuntivo cfr. tuttavia Cass., 9 aprile 2019, n. 21166, in *CED Cassazione penale 2019*, secondo la quale «non è configurabile il delitto di peculato nel caso di inadeguatezza o incompletezza dei giustificativi contabili relativi a spese di rappresentanza del Comune, che non permettano di riferire gli esborsi a finalità istituzionali dell'ente, gravando sull'accusa l'onere della prova dell'appropriazione del denaro pubblico e della sua destinazione a finalità privatistiche».

<sup>214</sup> Sul tema del rapporto tra i due reati, vedi anche: Cass., 7 giugno 2018, n. 37768, in *Dejure*; Cass., 22 giugno 2017, n. 41768, in *Dejure*. M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 522 ricorda che è stato qualificato come peculato per appropriazione l'utilizzo dei fondi attribuiti ai gruppi consiliari regionali per scopi estranei alle attività istituzionali dei gruppi o il rimborso per spese sostenute per finalità estranee al mandato.

sonale, non giustificata da finalità corrispondenti alle attribuzioni e competenze istituzionali del soggetto agente, o

comunque per finalità che, seppur genericamente di interesse pubblico, non siano espressamente riconducibili alle attribuzioni e competenze della specifica funzione istituzionale svolta ma a quelle di altre funzioni, attribuite a soggetti pubblici distinti<sup>215</sup>.

La soluzione trovata dalla giurisprudenza ci sembra condivisibile. Sebbene il quadro non sia sempre omogeneo e possano effettivamente residuare dei dubbi in merito alla portata della sovrapposizione tra la condotta appropriativa e quella distrattiva quando sono in gioco finalità pubbliche – una portata che il legislatore potrebbe forse definitivamente chiarire riferendo l’appropriazione anche a condotte di disposizione dei beni a finalità incompatibili con le attribuzioni istituzionali dell’ente<sup>216</sup> – ci sembra chiaro che può dirsi ormai molto avanzato il percorso giurisprudenziale di riassorbimento di varie ipotesi di distrazione nell’ambito del peculato<sup>217</sup>.

È stato qualificato come abuso d’ufficio, per esempio, il prelievo di somme dal fondo detenuti da parte del funzionario preposto, allo scopo di usarle come anticipo per il pagamento di una missione fuori sede per conto dell’ufficio<sup>218</sup>, mentre è stata qualificata come peculato la condotta del direttore generale di una società, incaricata dello svolgimento di un pubblico servizio, il quale aveva utilizzato denaro dell’ente per lo svolgimento di attività di ricerca i cui proventi – brevetti e prototipo di un macchinario industriale – erano rimasti nell’esclusiva titolarità di soggetti privati, e non invece dell’ente che aveva finanziato la ricerca<sup>219</sup>.

Nel primo caso, a differenza del secondo, assistiamo a un utilizzo delle risorse pubbliche che è solo formalmente irregolare, in assenza di

---

<sup>215</sup> Cfr. Cass., 2 marzo 2016, n. 12658, in *Dejure*.

<sup>216</sup> Già M. GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, 402, ben prima della riforma del 1990, prendeva posizione chiarendo come la distrazione fosse penalmente rilevante a titolo di peculato, allorché si concretasse in un indirizzo della cosa o del denaro a fini totalmente estranei a quelli istituzionali dell’ente.

<sup>217</sup> M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 20.

<sup>218</sup> Cass., 13 marzo 2009, n. 14978, in *CED Cassazione penale 2009*.

<sup>219</sup> Cass., 23 gennaio 2018, n. 19484, in *CED Cassazione penale 2018*.

danno patrimoniale alla P.A., quando il peculato tutela invece il patrimonio della P.A., bene giuridico – più afferrabile di quello dell'imparzialità e del buon andamento – che rappresenta un punto di riferimento decisivo per l'interprete.

All'esito di questo percorso giurisprudenziale, tuttavia, la domanda che ci sembra importante porgersi è se le condotte “distrattive” oggi ancora ricomprese nell'abuso d'ufficio – come, per esempio, gli atti di disposizione del denaro pubblico per uno scopo che pur rientra nei fini istituzionali dell'ente di appartenenza e, più precisamente, gli atti che sono funzionali alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, nell'ambito del quale il soggetto pubblico opera – meritino di continuare a essere sanzionate penalmente.

Non troppo diverso, del resto, è il discorso che si può fare per le condotte di chi utilizzi il fax o il telefono dell'ufficio per motivi privati o comunque di chi utilizzi un bene indebitamente e momentaneamente, senza provocarne la perdita e comunque senza impedire alla pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini; condotte che vengono fatte rientrare nell'abuso d'ufficio in luogo del peculato o del peculato d'uso proprio quando non è ravvisabile un apprezzabile pregiudizio patrimoniale a danno dell'ente o di terzi<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> M. GAMBARELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 100; ID., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 154. Come ben rileva S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 271, nt. 81 «perché l'esiguità del valore che esclude il peculato non può escludere anche l'abuso d'ufficio?». Sull'utilizzo del fax o del computer a fini privati cfr. Cass., 9 aprile 2008, n. 31688, in *CED Cassazione penale 2008*; Cass., 26 aprile 2016, n. 22800, in *CED Cassazione penale 2016*. Come ricorda M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 15, però, la Cassazione ha rilevato che anche l'uso della macchina di servizio, quando non sia momentaneo e la macchina non sia immediatamente restituita, configura il reato di peculato, perché è stato impedito alla pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini (la macchina è stata sottratta alla disponibilità della P.A.) (Cass. 31 marzo 2016, n. 13038 in *Dejure*).

Veniamo ora a soffermarci brevemente sulla materia dei pubblici appalti, che senza dubbio rappresenta un settore di primaria importanza nella lotta alla corruzione in senso ampio. Abbiamo già ricordato infatti che l'abuso d'ufficio ha rappresentato, anche se solo in qualche occasione, un comodo "paracadute" venuto in soccorso della magistratura in ipotesi di turbative di procedure valutative non competitive per cui non poteva operare l'art. 353 c.p. o l'art. 353-bis c.p.<sup>221</sup>.

Dal canto loro, l'art. 353 c.p. e l'art. 353-bis c.p. – due disposizioni che rivestono un ruolo centrale per la tutela degli interessi che fanno capo all'amministrazione – anche grazie alla loro ampia formulazione hanno spesso assunto nel settore degli appalti pubblici il ruolo di norme civetta, in grado di consentire al P.M. di scoprire reati più gravi all'interno della P.A.<sup>222</sup>.

Come ha affermato la Corte costituzionale, «l'osservanza delle prescrizioni comunitarie e interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri»<sup>223</sup>. La tutela della libera concorrenza, e quindi dell'esigenza di una reale contesa tra le parti e di una libera formazione delle offerte, è infatti funzionale all'acquisizione del bene o del servizio al prezzo e alle condizioni più vantaggiose per l'amministrazione: essa «impegna

---

<sup>221</sup> Nella nozione di gara, ex art. 353 c.p., rientra anche quella "informale", "esplosiva" o "di consultazione"; detto altrimenti, qualsiasi competizione di cui i *competitors* siano reciprocamente consapevoli che si svolga secondo uno schema concorsuale: V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 15 s; F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 670; F.P. BISCEGLIA, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale. Trattato giuridico. Tomo I*, cit., 2215. Cfr. Cass., 31 ottobre 1995, n. 4741, in *Cass. pen.*, 1997, 2722. Critica sul punto è la posizione di V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 22 ss.

<sup>222</sup> G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 4.

<sup>223</sup> Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in <https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=401>.

in maniera diretta la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione»<sup>224</sup>.

Con riferimento ai reati di turbativa, si parla spesso di protezione della libera concorrenza – e quindi della libertà di partecipazione alla gara e della libertà, per chi vi partecipa, di influenzarne l'esito – come protezione del processo di formazione dell'offerta più vantaggiosa per la P.A. e quindi di un mero bene strumentale<sup>225</sup>. Il buon andamento, infatti, non deve essere effettivamente pregiudicato perché il reato si consumi.

Se il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), diretto a presidiare la selezione del contraente con la pubblica amministrazione, è rimasto invariato, nella sua formulazione, dall'entrata in vigore del codice, il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis c.p.) è stato introdotto nel 2010, con la l. 13 agosto 2010, n. 136, art. 10, anticipando la tutela penale alla fase antecedente alla gara per punire le condotte di chi

con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente.

La fattispecie è concepita al fine di punire le condotte di chi, per esempio, con la collusione con la stazione appaltante, miri a far redigere “bandi-fotografia”.

Anche prima della riforma del 2010 si era affermato che la turbativa poteva concretarsi fuori dalla gara, nel corso del procedimento che porta a essa<sup>226</sup>. La riforma, tuttavia, si è premurata di arginare i possibili vuoti di tutela che discendevano dalla lettura per cui il reato di turbata

---

<sup>224</sup> R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 66. Cfr. A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021, 45. V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., 88 ss. ritiene invece più corretta la ricostruzione della turbativa d'asta come delitto contro l'economia pubblica.

<sup>225</sup> N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 35.

<sup>226</sup> Cass., 10 maggio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 956.

libertà degli incanti non sarebbe stato configurabile nei casi in cui alla commissione di una delle condotte non avesse fatto seguito la pubblicazione del bando di gara e quindi il formale avvio della procedura selettiva<sup>227</sup>.

In alcune occasioni la giurisprudenza ha affermato che l'art. 353 c.p., che nella sua forma aggravata può essere commesso da colui che svolge una funzione essenziale nel procedimento amministrativo relativo (in quanto preposto agli incanti o alle licitazioni)<sup>228</sup>, e quindi che ricopre la qualifica pubblicistica, può concorrere con l'abuso d'ufficio in quanto le due disposizioni tutelano interessi differenti e non sono in rapporto di specialità tra loro<sup>229</sup>. L'ultimo argomento ci sembra condivisibile<sup>230</sup>, il primo meno. Abbiamo ricordato che la turbata libertà degli incanti tutela la libertà di concorrenza per tutelare gli interessi della P.A. Come è stato ben chiarito, l'art. 353 c. 2 c.p. descrive un fatto più ricco di disvalore giuridico, all'interno del quale l'abuso si può inserire quale modalità particolare di manipolazione di una gara pubblica, e l'oggettività giuridica tutelata dall'art. 323 c.p. riceve una completa protezione da parte della prima norma, che si pone anch'essa al servizio del buon andamento<sup>231</sup>.

Nella prospettiva di un'eventuale rinuncia all'abuso d'ufficio, ancora più interessante ci sembra tuttavia l'orientamento giurisprudenziale che ha visto escludere dall'ambito applicativo dell'art. 353-*bis* c.p. – lasciando la porta aperta alla sola applicazione dell'art. 323 c.p. – le

---

<sup>227</sup> A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, cit., 108.

<sup>228</sup> Circa la nozione di preposto, la giurisprudenza ha chiarito che la stessa va riferita a tutti coloro che svolgono funzioni nell'intero percorso procedimentale: Cass., 29 maggio 2018, n. 40890, in *Dejure*.

<sup>229</sup> Cass., 10 maggio 1996, cit., 957. *Contra* Cass., 28 aprile 1999, n. 9387, in *Riv. pen.*, 1999, 863, dove si afferma che «è di tutta evidenza che, nel caso in esame, la condotta *contra legem* tenuta dal pubblico ufficiale preposto alla gara e quindi nell'esercizio delle sue funzioni si è inserita nel procedimento relativo alla gara medesima e ha integrato il concorso, con altri soggetti privati, nel reato di cui all'art. 353 c. 2 c.p., che è più grave di quello di cui all'art. 323 c.p., con la conseguenza che quest'ultimo perde autonomia e rimane assorbito nel primo».

<sup>230</sup> Nello stesso senso N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 233.

<sup>231</sup> *Ivi*, 242 s.



ipotesi di affidamento diretto, allorquando la decisione di procedervi sia stata essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte a evitare la gara, come per esempio dell'artata configurazione di una situazione di urgenza<sup>232</sup>. La questione che si pone è se il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia configurabile anche quando la condotta perturbatrice non sia finalizzata a inquinare lo sviluppo di una procedura selettiva, ma a evitare la gara e a consentire l'affidamento diretto in assenza delle condizioni previste dalla legge.

Di recente, la Corte – superando l'orientamento che aveva ricompreso nell'art. 353-*bis* c.p., attraverso un richiamo alla *eadem ratio* per colmare un vuoto di tutela, anche i casi in cui l'affidamento diretto era stato utilizzato in maniera distorta per eludere l'indizione della gara – ha aderito a un indirizzo formatosi con riferimento all'art. 353 c.p. e sviluppatosi anche con riguardo al reato di cui all'art. 353-*bis* c.p.

Indirizzo, quest'ultimo, secondo il quale anche la trattativa privata, se anticipata da una qualsiasi fase di preselezione competitiva delle ditte con cui contrarre, acquisterebbe l'attitudine a essere ricondotta, in presenza di azioni perturbatrici, a queste fattispecie, mentre i reati da ultimo citati non sarebbero configurabili nei casi in cui non si debba sviluppare la libera attività di concorrenza; in cui non si ravvisi – detto in altri termini – almeno un segmento procedimentale di valutazione concorsuale<sup>233</sup>.

Con riferimento più specifico all'art. 353-*bis* c.p. – secondo questo orientamento della Cassazione – la condotta di turbamento dovrebbe innestarsi in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva (la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione), mentre una tale condotta, non finalizzata a

---

<sup>232</sup> Cass., 28 ottobre 2021, n. 5536, in *Dejure*. In senso conforme, tra le altre: Cass., 27 gennaio 2022, n. 7264, in *Dejure*; Cass., 21 gennaio 2016, n. 8044, in *CED Cassazione penale 2016*. In senso contrario: Cass., 22 ottobre 2019, n. 1016, in *CED Cassazione penale 2020*; Cass., 16 febbraio 2017, n. 13431 in *CED Cassazione penale 2017*.

<sup>233</sup> Cfr. G. ALBERTI, *La scelta illegittima dell'affidamento diretto in luogo della gara non integra il delitto di turbata libertà di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p.*, in [https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alberti-affidamento-diretto-in-luogo-di-gara-non-integra-turbata-liberta-353bis#\\_finref3](https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alberti-affidamento-diretto-in-luogo-di-gara-non-integra-turbata-liberta-353bis#_finref3) (22 luglio 2022), par. 5.

inquinare il contenuto del bando, ma volta a impedire la gara attraverso un illegittimo affidamento diretto dei lavori, sarebbe esterna rispetto al perimetro testuale della norma. Non sarebbe sufficiente l'esistenza di una deliberazione a contrarre, qualora la stessa non preveda l'espletamento di una gara.

Un'interpretazione volta a ricomprendere nell'ambito di tale fattispecie una condotta perturbatrice che non sia diretta a inquinare il contenuto del bando si tradurrebbe, secondo la Corte, in un illegittimo procedimento analogico in *malam partem*.

Il problema fondamentale che pongono questi arresti è quello di riuscire a capire che cosa si possa intendere con l'espressione "o di altro atto equipollente", che si affianca, nella disposizione del reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, al termine "bando".

L'espressione, infatti, non è univoca, mancando un criterio di confronto tra i due termini, e, come si è affermato, entrambi gli orientamenti sopra citati possono essere compatibili con la *ratio* di anticipazione della tutela propria della fattispecie in esame<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> Così C. CANTISANI, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *La legislazione penale*, 2022 (28 aprile 2022), 25 s. Come evidenzia V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 15, l'ampiezza del lemma "turbamento" facilita le letture arretrate. Cfr. anche A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, cit., 82 e N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 189. Si può ricordare che, con riferimento all'art. 353 c.p., la Cassazione ha affermato che «quello di turbata libertà degli incanti è reato di pericolo e si configura non soltanto nel caso di danno effettivo, ma anche in quello di danno mediato e potenziale, senza cioè che occorra l'effettivo conseguimento del risultato perseguito, essendo integrato in tutti i suoi elementi costitutivi per il solo fatto che – come nella fattispecie è accaduto – gli accordi collusivi fossero capaci di influenzare l'andamento della gara» (Cass., 11 marzo 2013, n. 12821, in *CED Cassazione penale 2013*). Come ha rilevato la Cassazione, lo scambio di informazioni tra più imprese prima dello svolgimento della gara, avvenuto al fine di predeterminarne l'esito, sebbene avesse inciso in misura modesta sul calcolo delle medie per l'individuazione dell'aggiudicatario e non fosse idoneo a dare garanzie assolute sul risultato, aveva alterato concretamente il confronto delle offerte e influenzato la regolarità della competizione. Con riferimento all'art. 353-bis c.p., invece, cfr. Cass., 5 aprile 2018, n. 29267, in *CED Cassazione penale 2018*: «Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di

Non si può dare del tutto per scontato così che con l'interpretazione più ampia e più datata si versi realmente in un'ipotesi di analogia *in malam partem*, perché non si può escludere che l'alterazione del contenuto di un bando possa essere intesa anche come sua totale soppressione. Alla nozione di “altro atto equipollente” può essere ricondotto l'atto alternativo al bando adottato per la scelta del contraente e quindi anche quello che statuisce l'affidamento diretto<sup>235</sup>.

Ancora più significativo ci sembra tuttavia evidenziare come l'offesa al bene tutelato si possa configurare altresì quando «venga meno in radice la possibilità stessa che il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità per gli appalti pubblici subisca un nocimento»<sup>236</sup> e che una condotta come quella che ha dato origine alla vicenda giurisprudenziale narrata sia meritevole di essere sanzionata penalmente insieme alle condotte pacificamente riconducibili all'art. 353-*bis* c.p.

Da qui, allora, il legislatore dovrebbe ripartire, per interpolare il testo dell'art. 353-*bis* c.p. chiarendo senza ambiguità che la norma non riguarda soltanto le ipotesi di “inquinamento” volto a condizionare la gara, e quindi le modalità di scelta del contraente, ma anche quelle di “inquinamento del procedimento” finalizzato a “evitare la gara”.

È questa una soluzione decisamente preferibile rispetto a quella di provare a colmare le lacune di tutela che si aprono con interpretazioni come quella descritta – senza dubbio mosse dal condivisibile intento di rispettare pienamente il principio di tassatività – ricorrendo, una volta ancora, al reato di abuso d'ufficio, che, pur nella sua vocazione espansiva, richiede di accertare altresì che la condotta ingiusta abbia cagionato l'evento ingiusto.

---

poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente».

<sup>235</sup> Nello stesso senso V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, cit., 16, nt. 75. V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1242 s. ritiene invece che si versi in un'ipotesi di analogia *in malam partem*, pur ammantata sotto le vesti candide della *ratio legis*.

<sup>236</sup> Così Cass., 28 ottobre 2021, n. 5536, par. 3.2.

### 5.3. *Intervenire di nuovo sul testo dell'art. 323 c.p. o affrontare l'horror vacui per ricostruire?*

#### 5.3.1. *I possibili interventi sul testo dell'art. 323 c.p., i rischi connessi e la prospettiva di una soluzione abrogativa*

Come abbiamo chiarito nella ricognizione dei dati normativi positivi, un'interpretazione rigorosa della norma, nella sua versione attuale, già potrebbe limitare a pochi casi la contestazione dell'abuso d'ufficio ed eliminare indebite incursioni della magistratura nell'attività della P.A.

Non si dovrebbe attendere la fine delle indagini per l'archiviazione o addirittura lo svolgimento del processo penale per il proscioglimento. Molte denunce per violazione dell'art. 323 c.p. non dovrebbero neppure essere iscritte nel relativo registro ai sensi dell'art. 335 c.p.p.<sup>237</sup>.

Quest'esito, però, non è certo e ciò non solo per la descritta tendenza della giurisprudenza a vanificare gli sforzi riformistici del legislatore, quanto anche per alcune incertezze che sono ancora legate agli elementi strutturali della fattispecie.

Se si volesse così conservare l'abuso d'ufficio nel sistema penale – in considerazione della sua «versatilità normativa»<sup>238</sup> idonea a farne lo strumento ideale a subentrare in tutti i casi in cui non sia possibile una diversa qualificazione giuridica della vicenda – ci sarebbe spazio per intervenire nuovamente sulla sua formulazione<sup>239</sup>.

Per garantire un risultato di maggior tassatività, il legislatore dovrebbe operare alcune precisazioni, utili a svolgere un'efficace azione

---

<sup>237</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 137.

<sup>238</sup> F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, cit., 47.

<sup>239</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 21 s. ritiene invece preferibile l'indicazione di mere ragioni credibili per l'una o per l'altra interpretazione della disposizione.

di selezione del tipo<sup>240</sup>, chiedendo espressamente che l'evento concretizzi il rischio che la norma violata mira a prevenire<sup>241</sup>.

La riforma del 2020, infatti, si è concentrata esclusivamente sul disvalore di azione e ha perso l'occasione di essere più precisa sul nesso di causalità normativa che deve legare la condotta all'evento ingiusto, rischiando ancora di «indurre a punire l'inosservanza di regole di condotta puramente formali o di natura meramente procedimentale»<sup>242</sup>. Le scelte amministrative danneggiano o avvantaggiano molto spesso qualcuno e, se manca un serio criterio selettivo degli eventi rilevanti, l'elemento dell'evento finisce per perdere di molto il suo significato, facilitando il confezionamento *ex post* dell'imputazione.

Prendendo spunto dalla proposta di riforma Castaldo-Naddeo si potrebbe così pensare proprio all'inserimento del “nesso di rischio”. Esso potrebbe essere utile a non “disperdere” il requisito della “doppia ingiustizia”, imponendo uno specifico onere di motivazione in ordine alla rilevanza della violazione rispetto al risultato ingiusto<sup>243</sup>.

Per non arretrare sul fronte del rispetto del principio di tassatività/determinatezza, si dovrebbe continuare a fare a meno delle nozioni di “abuso” o di “atto arbitrario”, dai confini sfuggenti e che si prestano a una declinazione meramente soggettivistica, come abbiamo visto.

Si potrebbe circoscrivere invece – e soprattutto – il concetto di evento “ingiusto”, che è presente nell'art. 323 c.p. Come è stato ben rilevato, se il fatto tipico sbiadisce perché lo si fonda su elementi ambigui e su

---

<sup>240</sup> Riteniamo preferibili alcune precisazioni puntuali rispetto a norme “interpretative” di ampia portata come quelle delineate da: S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 201, il quale ha proposto, per esempio, di inserire un comma volto a precisare che «non integrano il reato di abuso d'ufficio la violazione di legge indiretta e mediata, quella che consiste nella violazione di principi giuridici, di principi costituzionali, di eccesso di potere e di norme procedimentali e formali. L'intenzionalità del dolo non può essere desunta dagli altri elementi costitutivi della fattispecie penale astratta, ma deve essere oggetto di prova diretta».

<sup>241</sup> F. COPPOLA, *Il processo “alle intenzioni” per abuso d'ufficio*, cit., 258.

<sup>242</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 14. Cfr., sul punto, anche M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, cit., 17 ss.

<sup>243</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 36.

caratteristiche di «antigiuridicità sfumate e labili (le qualifiche di illiceità speciali: “ingiusto”, “indebitamente”, etc.) o su meri contrassegni soggettivistici (il mero abuso della qualità)» anche il tema probatorio si contrae pericolosamente, aprendosi a ricostruzioni presuntive o a percorsi intuizionistici<sup>244</sup>.

Quanto al requisito dell'ingiustizia dell'evento – che non riesce a operare come sicuro limite restrittivo<sup>245</sup>, ma che comunque merita di essere mantenuto, anche per contribuire a selezionare le violazioni di legge rilevanti –, si dovrebbe precisare che è ingiusto solo il vantaggio o il danno precluso da una norma di legge. Questo al fine di evitare che il giudice penale trovi nuove occasioni di indebita interferenza nelle valutazioni discrezionali che spettano alla P.A.

Pur consapevoli della scarsa sensibilità che la giurisprudenza in qualche occasione mostra nei confronti della “colpevolezza”<sup>246</sup>, il legislatore potrebbe, infine, rafforzare la struttura del dolo.

Prendendo in qualche modo spunto dal delitto di calunnia, vi è chi ha proposto di richiedere che il funzionario agisca per cagionare un danno o un vantaggio “che egli sa essere ingiusto”<sup>247</sup>. Una soluzione, questa, che è stata adottata nel codice penale spagnolo, all'art. 404, per quanto riguarda l'ipotesi della prevaricazione amministrativa<sup>248</sup>.

La proposta è interessante e merita di essere seriamente considerata per entrambe le ipotesi di abuso d'ufficio che conosciamo, anche se il reato già richiede l'accertamento del dolo intenzionale dell'evento ingiusto.

<sup>244</sup> V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1146.

<sup>245</sup> G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 311.

<sup>246</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 30.

<sup>247</sup> A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, cit., 503. Questa proposta era stata formulata anche dalla Commissione Morbidelli con riferimento a tutte le fattispecie da questa delineate. Nello stesso senso: M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 927 ss.

<sup>248</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *L'abuso d'ufficio: la costruzione della figura criminosa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, cit., 464 s. Sul punto cfr. il par. 4.2 di questo capitolo.

Non meno importante è la questione riferita all'ingiustizia della condotta, rispetto alla quale ci si potrebbe erroneamente accontentare di una *culpa iuris*, con esclusione del rimprovero solo in ipotesi di errore inevitabile<sup>249</sup>.

Proprio per contribuire a evitare questo risultato si potrebbe inserire nella fattispecie un requisito di consapevolezza da riferire anche all'illeceità della condotta e, più nel dettaglio, si potrebbe richiedere esplicitamente una consapevole inosservanza della regola di legge che disciplina l'esercizio della funzione amministrativa<sup>250</sup> o l'obbligo di astensione diverso da quello prescritto dall'art. 323 c.p. Certo, questa interpolazione non sarebbe necessaria se l'art. 47 c. 3 c.p. venisse applicato dalla giurisprudenza in tutte le sue potenzialità, grazie a un'interpretazione fondata sulla natura di elemento normativo non integratore del precetto (dell'abuso d'ufficio) della violazione di legge e dell'obbligo di astensione "negli altri casi prescritti", ma si impone nei fatti alla luce della giurisprudenza che ha sostanzialmente abrogato l'ultimo comma dell'art. 47<sup>251</sup>.

Riflettendo in modo disincantato sui loro possibili effetti – anche alla luce dell'esperienza maturata con il diritto vivente successivo alle riforme del 1997 e del 2020 –, gli interventi di stabilizzazione del tipo che abbiamo ipotizzato fino a ora non ci sembrano tuttavia decisivi.

---

<sup>249</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 32.

<sup>250</sup> A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 346.

<sup>251</sup> A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 16. A pagg. 32 ss. egli si sofferma sulla discussione sui rapporti tra art. 5 e art. 47 c. 3 c.p. propendendo per un'interpretazione della violazione di legge nell'abuso d'ufficio come elemento normativo attinente al fatto del reato di abuso. L'Autore ritiene tuttavia che non sia necessario mettere mano al testo di legge, essendo sufficiente la disciplina in vigore. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 928, nt. 118, invece, sottolinea che, con l'intervento sul testo, dall'errore sulle norme di diritto amministrativo discenderebbe non solo l'esclusione del dolo, bensì, più in radice, della stessa tipicità, in quanto mancherebbe un requisito strutturale della fattispecie. Sulla problematicità del rapporto tra art. 5 c.p. e art. 47 c. 3 c.p. cfr. già A. MELCHIONDA, *Colpevolezza ed errore nell'attuale sistema del diritto penale tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1988, 589.

Da un lato abbiamo l'impressione che, forse anche in conseguenza di ciò che il reato ha sempre rappresentato – un presidio contro la strumentalizzazione dell'attività pubblica a fini privati<sup>252</sup> –, una fattispecie generale di abuso d'ufficio si presti in quanto tale, semplicemente perché esiste nel sistema e nonostante i più convinti sforzi di tipizzazione, alle incursioni della giurisprudenza nella sfera riservata alla P.A.

Dall'altro lato, dobbiamo osservare che – a meno che non si assista nel tempo a una progressiva maggior definizione per via legislativa dei doveri gravanti su pubblici agenti, con una riduzione pesante dell'attività discrezionale<sup>253</sup> – con questi interventi (che dovrebbero sottrarre alla giurisdizione penale in modo ancora più netto il controllo sulla discrezionalità) il reato dovrebbe essere applicato in casi davvero eccezionali. Si lascerebbe spazio di fatto al solo sindacato sulla vincolatezza nell'*an* e nel *quid* o comunque sugli abusi che si sostanziano in violazioni di disposizioni “sostanziali”, che riguardano la fase decisoria di composizione degli interessi materiali oggetto della valutazione. La conseguenza di questa riduzione dell'ambito applicativo della norma, quindi, potrebbe essere effettivamente quella di rendere non punibili – per ragioni legate a esigenze di determinatezza e tassatività, che noi consideriamo insopprimibili – fatti che tuttavia taluno ha definito addirittura più allarmanti o più offensivi del bene giuridico del buon andamento dell'amministrazione di quelli ancora sussumibili nella fattispecie riforma-

---

<sup>252</sup> Come ricorda S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 861, però, un generico sfruttamento dell'ufficio per scopi estranei a esso è una condotta priva di tassatività sufficiente, connotata più dall'intenzione che dal fatto e come tale inutilizzabile per descrivere una fattispecie in modo adeguato.

<sup>253</sup> A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, cit., 187 si chiede se la soluzione delle questioni connesse alla fuga dalle responsabilità non debba essere individuata proprio nel rafforzamento della responsabilità *ex ante*, con la tipizzazione dei doveri gravanti su amministratori e funzionari. In una prospettiva diversa, F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit., 22 s. propone una riorganizzazione delle fonti che valorizzi le norme necessariamente disciplinanti il servizio o la funzione pubblica, la cui violazione sarebbe sempre potenzialmente in grado di attivare l'abuso d'ufficio.



ta<sup>254</sup>. Fatti allarmanti perché posti in essere nel momento in cui la P.A. è chiamata a operare una delicata attività di ponderazione degli interessi in gioco.

Gli argomenti a favore di un'interpretazione restrittiva della nuova disposizione non sarebbero insuperabili; al contrario, la nuova disposizione sarebbe censurabile per contrasto con il canone della ragionevolezza.

Le conseguenze di ulteriori interventi di stabilizzazione del tipo lungo il solco tracciato dalle più recenti riforme – che, lo ribadiamo, una rigorosa interpretazione del dato normativo esistente potrebbe rendere superflui – ci sembrano insomma ben poco incoraggianti, rendendo preferibile piuttosto una soluzione radicale. Se, anche per gli effetti negativi che si producono sul piano della conoscibilità del precetto, non ci si vuole rassegnare, come noi, all'idea dell'inevitabilità delle incursioni del giudice penale nella sfera riservata alla P.A. – idea fatta propria invece da alcuni autori, senza limiti, quando alludono al “merito criminoso” o, solo con qualche riserva, quando alludono alla necessità di evitare di garantire una tutela troppo debole<sup>255</sup> – l'abrogazione dell'art. 323 c.p. si rivela come l'unica scelta ragionevole<sup>256</sup>: si può fare a meno di

---

<sup>254</sup> Così si esprime M. RICCIARELLI, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 21 riferendosi peraltro al testo uscito dalla riforma del 2020. Anche 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*, cit., 97 ritiene che solo attraverso il controllo della discrezionalità ci sia spazio per perseguire davvero gli abusi d'ufficio. Per M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 117 un campo applicativo dell'abuso d'ufficio limitato all'attività vincolata sarebbe del tutto residuale e di scarso valore. Cfr. anche F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., 1615 ss., il quale mette in guardia dai possibili rischi di illegittimità costituzionale di una scelta che porti a sanzionare fatti meno gravemente offensivi del bene del buon andamento, lasciando esenti da pena quelli più gravi.

<sup>255</sup> Cfr. A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 161; S. SEMINARA, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 526.

<sup>256</sup> Oltre alla dottrina indicata in questo capitolo, nt. 149, cfr. più di recente L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, cit., 126; L. STORTONI, *Intervento*, cit., 117 ss.; S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, cit., 373; A. NISCO, *La riforma del-*

un reato dal campo applicativo “problematicamente” molto ridotto, ma la cui permanenza nel sistema potrebbe comunque facilitare di fatto le pur “illegittime” incursioni della magistratura penale nell’operato discrezionale dell’amministrazione pubblica<sup>257</sup>.

### 5.3.2. *Gli interventi da accompagnare all’abrogazione dell’abuso d’ufficio*

Come abbiamo già precisato, del resto, l’abrogazione – un’«onesta resa all’unica conclusione possibile»<sup>258</sup> – andrebbe inserita in un progetto più ampio.

---

*l’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 12; B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso d’ufficio e l’abolito criminis parziale*, cit., par. 4; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell’abuso d’ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 16 (in modo più netto rispetto a quanto espresso precedentemente). Su questa ipotesi – formulata anche prima, e subito dopo, la riforma del 1997 – si era già soffermata: A. MERLI, *Sindacato penale sull’attività amministrativa e abuso d’ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., 51. Come ricordano anche A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull’abuso d’ufficio*, cit., 1405, nt. 2 e M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell’abuso d’ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell’art. 323 c.p.*, cit., 98 una proposta in tal senso era stata presentata anche dall’on. Novelli alla Camera dei Deputati, il 16 maggio 1996 (Atto Camera n. 924: [http://leg13.camera.it/chiosco.asp?content=/\\_dati/leg13/lavori/stampati/sk1000/frontesp/0924.htm](http://leg13.camera.it/chiosco.asp?content=/_dati/leg13/lavori/stampati/sk1000/frontesp/0924.htm)). Cfr. altresì A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, cit., 30. Prudente, per il momento, è la posizione di F. COPPOLA, *Il processo “alle intenzioni” per abuso d’ufficio*, cit., 258, che propone degli interventi di precisazione della norma «in attesa di tempi migliori in cui non sarà più necessario (minacciare di) punire l’amministratore pubblico per infedeltà alle regole del gioco».

<sup>257</sup> A tale riguardo, non secondario, peraltro, ci sembra il dato relativo alla quantità di iniziative giudiziarie che si ripercuotono drammaticamente sulla vita delle persone, anche se poi non esitano in una sentenza di condanna. Abbiamo già illustrato quanto l’analisi empirica ci mostri un palese divario quantitativo tra il numero di procedimenti penali attivati in materia di abuso d’ufficio e quello delle condanne. Sul punto si sofferma anche L. STORTONI, *Intervento*, cit., 120. Gli studi della Commissione presieduta dal prof. Castaldo hanno accertato che meno dell’1% dei procedimenti aperti per abuso d’ufficio si conclude con condanne irrevocabili. Cfr. in A.R. CASTALDO, *Introduzione. Una riforma incompleta?*, cit., 2 i dati relativi al periodo 2012-2017: a fronte di 38.000 procedimenti aperti per abuso d’ufficio, si sono avute solo 316 condanne con sentenza irrevocabile.

<sup>258</sup> L. STORTONI, *Intervento*, cit., 117.

La P.A. che conosciamo oggi è diversa da quella del secolo scorso, per quanto attiene, per esempio, alle misure preventive e ai presidi anticorruzione che devono essere attivati. Guardando al futuro, tuttavia, per rispondere efficacemente agli abusi, si potrebbe insistere ulteriormente sul potenziamento delle misure extrapenali di supporto, con un rafforzamento dei controlli interni e delle misure sanzionatorie patrimoniali e disciplinari, che dovrebbero essere caratterizzate da prontezza e da capacità afflittiva<sup>259</sup>. Per prevenire gli abusi, poi, si dovrebbe insistere ancora sulla semplificazione e trasparenza dei processi decisionali, sul diritto di accesso dei cittadini e si dovrebbero ridurre le aree di discrezionalità amministrativa<sup>260</sup>.

Sul piano penale, invece – ferma l'idea per la quale l'opzione più radicale non deve essere identificata con quella di arretrare per tale via lo spazio di rilevanza penale fino al punto di non vietare (e sanzionare) in via generalizzata il fatto di utilizzare il potere pubblico per conseguire primariamente degli scopi privati<sup>261</sup> –, all'abrogazione dovrebbero accompagnarsi alcuni interventi correttivi, seppure circoscritti.

Partiamo tuttavia da una considerazione ampiamente condivisa anche dopo la riforma del 2020. Alcuni vuoti di tutela lasciati dall'abrogazione dell'art. 323 c.p. verrebbero colmati dalla riespansione di altre fattispecie di reato, purché di regola non si tratti di fattispecie più gravi, rispetto alle quali l'abuso d'ufficio non avrebbe potuto imporsi neppure prima in conseguenza della presenza nella disposizione della clausola “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”. Una nuova reinterpretazione in chiave espansiva di fattispecie più gravi, che in linea di

---

<sup>259</sup> L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, cit., 126. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14 evidenzia che il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso. A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 12 propone di introdurre uno o più illeciti amministrativi, che potrebbero rispondere «a parametri più duttili di quelli ai quali sottostà (o dovrebbe sottostare) il reato, rivelandosi idonei a recepire, in una certa misura, rinvii a fonti sublegislative, norme di principio, clausole generali e anticipazioni di tutela».

<sup>260</sup> Cfr. A. SPENA, *Il “turpe mercato”. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., 551, nella prospettiva di ricostruire la fiducia nella P.A.

<sup>261</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 15 s.

principio non si può escludere, andrebbe contrastata se strumentale e lesiva della tipicità.

Come è stato rilevato, una riforma che vada a incidere su questa materia può generare un'immagine diversa da quella che ci si potrebbe attendere<sup>262</sup> a un primo sguardo.

Il contributo più importante in questo senso dovrebbe venire dall'art. 328 c.p. Le condotte di rifiuto od omissive non più riconducibili al più grave abuso d'ufficio potrebbero essere riattrate nella fattispecie di rifiuto o omissione di atti d'ufficio, che consentirebbe di sanzionare i casi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio rifiutino indebitamente un atto doveroso o rimangano inerti, mentre avrebbero dovuto agire, procurando intenzionalmente un vantaggio patrimoniale o arrecando un danno ingiusto<sup>263</sup>. L'attività vincolata della P.A. verrebbe presidiata in misura importante, ma anche quella discrezionale (nelle modalità esecutive o temporali) potrebbe essere presa in considerazione, quando il funzionario non si attivi per fornire almeno una risposta.

Sugli altri vuoti di tutela penale che si verrebbero a creare, sollecitando l'intervento del legislatore, ci sembra opportuno operare delle distinzioni, per evitare di ricadere nella tentazione di elaborare fattispecie che, seppure più precise, rimangono comunque a spettro troppo ampio, come quelle disegnate dalla Commissione Morbidelli.

Una proposta interessante che è stata formulata in questa direzione ci sembra quella di andare a individuare dei settori particolarmente sensibili dell'agire della P.A., nei quali un controllo del giudice penale meriterebbe di essere garantito con fattispecie che possano coprire qualche vuoto lasciato dall'abuso d'ufficio. In questi settori – sempre suscettibili di integrazione – rientrerebbero quello degli appalti pubblici, quello dei concorsi e quello giudiziario<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> *Ivi*, 15.

<sup>263</sup> F. COPPOLA, *Spazi applicativi vecchi e nuovi per la fattispecie di abuso d'ufficio riformata. Cenni comparativi con l'ordinamento inglese*, cit., 137.

<sup>264</sup> G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, cit., 213 s.; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 16 affermano che se la soluzione abolizionista ha alcune frecce nel suo

Quando si riflette sulla strumentalizzazione dei poteri a fini privati, i primi due ambiti – appalti e concorsi – sono, senza dubbio, i più delicati e quindi quelli in cui è forse più difficile pensare di poter fare a meno del “paracadute” offerto dall’art. 323 c.p.

Ci siamo già soffermati sulla materia degli appalti pubblici, evidenziando tuttavia come essa sia ben presidiata dall’art. 353 c.p. e dall’art. 353-*bis* c.p., due fattispecie che hanno spesso assunto il ruolo di norme civetta, in grado di consentire al P.M. di scoprire anche altri delitti all’interno della P.A.<sup>265</sup>.

Questi reati a condotta vincolata – che attraverso la tutela della libera concorrenza tutelano indirettamente i beni del buon andamento e dell’imparzialità della P.A. –, peraltro, hanno il vantaggio di non richiedere l’accertamento del nesso di causalità della condotta abusiva, che si esprima in violenze, minacce, promesse, doni, collusioni o altri mezzi fraudolenti, con un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusto; un accertamento che tanti problemi pone in caso di attività discrezionale e che viene sostituito da un più agevole accertamento del nesso con l’impedimento o turbamento della gara o con l’allontanamento degli offerenti oppure con il turbamento del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente. Una possibile lacuna lasciata da queste disposizioni, che – a maggior ragione se si vuole proporre l’abrogazione dell’art. 323 c.p. – riteniamo importante colmare, ci sembra tuttavia quella che attiene alle ipotesi di affidamento diretto, quando la decisione di procedervi sia stata essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte a evitare la gara. Il legislatore – oltre a pensare a un opportuno aggiornamento delle procedure espressamente con-

---

arco, rischia tuttavia di sguarnire di tutela alcuni settori sensibili dell’agire della P.A., in cui è necessaria una forma di tutela avanzata. Secondo gli Autori, tra questi settori rientra la materia degli appalti e quella giudiziaria.

<sup>265</sup> G. SALCUNI, *Abuso d’ufficio ed eccesso di potere: “fine di un amore tormentato”?*, cit., 4. Come rileva L. COLANGELO, *Le peculiarità del sistema italiano della prevenzione della corruzione nelle gare di appalto alla prova di principi europolitari. Un problema di “enigmistica giuridica”?*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 175, il sistema degli appalti è caratterizzato da un elevato tasso di criminalità diffusa.

siderate dall'art. 353 c.p., al fine di tener conto dell'evoluzione della normativa amministrativa – dovrebbe interpolare il testo dell'art. 353-bis c.p. chiarendo una volta per tutte che la norma non riguarda soltanto le ipotesi di “inquinamento” volto a condizionare la gara, e quindi le modalità di scelta del contraente, ma anche quelle di “inquinamento” del procedimento finalizzato a “evitare la gara”.

La materia dei concorsi pubblici, invece, non è presidiata da disposizioni penali specifiche e presenta ulteriori peculiarità. L'opinione prevalente è rimasta quella per cui i giudizi tecnico-discrezionali, che la caratterizzano, sono molto affini al giudizio di puro merito, riservato alla pubblica amministrazione; nel merito vengono ricomprese, oltre alle valutazioni di opportunità, anche quelle che attengono al margine di opinabilità che residua dall'applicazione di regole tecniche<sup>266</sup>. Questa lettura non può essere messa in discussione dal giudice penale.

Gli spazi di intervento di quest'ultimo si devono quindi ritagliare tenendo conto delle caratteristiche dell'attività considerata.

Di fronte a procedure di concorso pubblico, condizionate dalla volontà dei commissari di favorire uno dei candidati facendo ricorso, per esempio, a condotte elusive dell'anonimato, alla comunicazione anticipata delle tracce delle prove o delle domande o, con collusioni, a bandi costruiti *ad hoc* pensando alle caratteristiche del candidato, la fattispecie di abuso d'ufficio si rivela spesso inadeguata<sup>267</sup>. Se si considera l'ostacolo costituito dall'accertamento dell'ingiustizia dell'evento, non riteniamo che sarebbe sufficiente inserire in una fattispecie modellata sull'art. 323 c.p. un opportuno riferimento espresso alla violazione delle disposizioni contenute nei bandi di concorso, rendendole pacificamente rilevanti ai fini della configurabilità dell'elemento oggettivo<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 163 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 304 s.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 129.

<sup>267</sup> Per alcuni esempi di gestione illecita di pubblici concorsi cfr. E. BURZIO, *Procedure di concorso “addomesticate” e abuso in atti d'ufficio*, cit., 735 ss.

<sup>268</sup> Come abbiamo già anticipato, questa soluzione potrebbe essere adottata invece nella materia urbanistica ed edilizia, dove potrebbe continuare a esistere un abuso d'ufficio in ipotesi di attività interamente vincolate, in relazione alle quali la disciplina potrebbe/dovrebbe rinvenirsi anche in fonti subordinate alla legge.

Vi è tuttavia una disposizione costituzionale (art. 97 c. 4 Cost.), che richiede che l'accesso agli impieghi nella P.A. avvenga per pubblico concorso, la quale può essere letta, ancora una volta, anche in rapporto strumentale con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Non riteniamo che questo interesse strumentale abbia un rilievo minore rispetto all'interesse alla libera concorrenza che entra in gioco in ipotesi di contratti pubblici.

La dottrina fa spesso riferimento ai tentativi operati dalla magistratura di ricorrere – con non poche forzature – all'art. 353 c.p. o all'art. 353-*bis* c.p. in ipotesi di procedure concorsuali che siano state turbate dai commissari, con collusioni o mezzi fraudolenti, per favorire un candidato, o in ipotesi di bandi o di altri atti equipollenti – sempre relativi a concorsi – che siano stati alterati al fine di condizionare le modalità di scelta dei candidati<sup>269</sup>. Questi tentativi devono esser contrastati, in quanto il concetto di pubblici incanti non può essere esteso alla materia dei concorsi.

Piuttosto che introdurre una fattispecie che per certi aspetti ricordi l'art. 323 c.p., precedente alla riforma del 1997, e quindi a dolo specifico, ma caratterizzata dalla mera violazione di norme di legge o del bando – che finirebbe per presentare problemi, in termini di determinatezza e di scarsa selettività del dolo specifico, non dissimili da quelli che hanno dato origine alla riforma del 1997 –, riteniamo preferibile che il legislatore penale intervenga in materia seguendo la traccia segnata dai reati di cui agli artt. 353 c.p. e 353-*bis* c.p., la cui condotta presenta dei tratti caratteristici meglio definiti.

Si può pensare di introdurre una fattispecie di turbata libertà di un pubblico concorso, che si estenda anche alla fase prodromica di redazione del bando.

---

<sup>269</sup> L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, cit., 173; M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precepto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 5 s.

Non si vede del resto per quale ragione le manipolazioni commesse all'interno dei pubblici concorsi, pur foriere di danni per la P.A., debbano esser trattate diversamente dalle turbative realizzate nelle gare<sup>270</sup>.

Per quanto riguarda la materia giudiziaria – che abbiamo toccato solo marginalmente –, il tema si fa, per certi versi, ancora più delicato. La tutela contro gli abusi di giudici e pubblici ministeri, apprestata dall'art. 323 c.p., ci sembra più apparente che reale, visto che – per rimanere fermi agli aspetti tecnici – essa si scontra irrimediabilmente, ancora una volta, con lo scoglio dell'accertamento del nesso di causalità, che lega la condotta ingiusta all'evento ingiusto, e più in particolare dell'accertamento della pacifica contrarietà al diritto che dovrebbe caratterizzare quest'ultimo, come abbiamo potuto constatare nei pochi precedenti pubblicati in materia<sup>271</sup>. Il reato di abuso d'ufficio, che sarebbe stato concepito in origine proprio per reprimere i soprusi dei magistrati, viene applicato qui con parsimonia<sup>272</sup>.

Anche in Germania, del resto, dove la fattispecie di “perversione del diritto” cui al § 339 StGB – riservata alle decisioni ingiuste pronunciate dai giudici, dai funzionari e dagli arbitri a vantaggio o a svantaggio di una delle parti – è costruita in modo diverso, questa forma di abuso presenta dei grossi problemi sul fronte della tassatività e finisce per essere applicata raramente, anche tenuto conto del contesto generale di incertezza del diritto entro il quale questi pubblici ufficiali si trovano a operare<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> Cfr. N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 233.

<sup>271</sup> Cfr. Cass., 14 dicembre 1998, n. 1687, cit., 348; Cass., 14 aprile 2021, 26429, cit.

<sup>272</sup> Come già ricordato, per A. GARGANI, *L'“abuso innominato d'autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 1243 proprio l'equiparazione tra la finalità di prevaricazione e quella volta a produrre un vantaggio per il terzo, nell'ambito del Codice Rocco, deve considerarsi una delle cause della degenerazione della fattispecie dell'abuso in atti d'ufficio; il reato d'abuso, dalla struttura a maglie larghe, era concepito per reprimere soprattutto i soprusi dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, nell'esercizio dei loro poteri coercitivi, e come tale avrebbe dovuto continuare a essere concepito, secondo l'insegnamento liberale di Carrara.

<sup>273</sup> Cfr., sul punto, il par. 4.3 di questo capitolo.



Fermi gli altri reati contro la P.A., in cui tra i soggetti attivi rientrano anche i magistrati, e ferma la necessità della fattispecie di corruzione in atti giudiziari che già conosciamo, quindi, riteniamo preferibile che altri strumenti di responsabilizzazione della magistratura vengano ricercati al di fuori del diritto penale.

Se pensiamo alla materia dei concorsi, degli appalti o, per certi aspetti, anche alla materia giudiziaria, non possiamo non constatare che gli atti prevaricatori costituiscono spesso solo una diversa faccia della stessa medaglia a cui sono riconducibili gli atti di favoritismo, in quanto il danno per un soggetto (un candidato o la parte di una causa) è solo lo strumento attraverso il quale si procura un vantaggio patrimoniale a un altro soggetto, o si accompagna al vantaggio. In queste ipotesi, danno e vantaggio sono intrinsecamente legati tra loro e le prevaricazioni non richiedono una considerazione autonoma, ponendo problemi che abbiamo già considerato.

Non è però sempre così e proprio sul tema dell'abuso mediante prevaricazione si soffermano spesso le critiche più dure che vengono formulate contro l'ipotesi dell'abolizione dell'art. 323 c.p., o comunque le critiche che intendono riscoprire il legame genetico della fattispecie con i suoi antenati contenuti nei codici penali ottocenteschi, che la concepivano come strumento di difesa del privato cittadino dalle prevaricazioni dell'autorità pubblica<sup>274</sup>. Anche a tale proposito, però, è bene ricordare che la P.A. ha subito una profonda trasformazione nel tempo, che ci rende molto più difficile identificare «ruoli e funzioni riconducibili allo stereotipo tradizionale del singolo funzionario tracotante e prevaricatore»<sup>275</sup>; allo stesso tempo – e soprattutto – non possiamo dimenticare che i fatti gravi di prevaricazione già rientrano con sicurezza sotto altre fat-

---

<sup>274</sup> Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 15 che, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla Commissione Morbidelli, propone di scorporare l'abuso prevaricatore da quello affaristico.

<sup>275</sup> G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., 73.

tispecie, come l'arresto illegale o la concussione, in ipotesi di esteriorizzazione di una condotta intimidatoria<sup>276</sup>.

Casi di prevaricazione come quello di un carabiniere che aveva imposto a delle cittadine extracomunitarie l'obbligo di esibizione dei documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere l'arrivo della pattuglia dei carabinieri solo per finalità ritorsive e vessatorie, pur meritevoli di sanzione disciplinare, non ci sembrano di gravità tale da richiedere necessariamente una risposta penalistica<sup>277</sup>. Non diverso – sempre che naturalmente non si possa configurare, per esempio, un sequestro di persona – è il discorso che si può fare per il vigile urbano che, potendo (e dovendo) procedere alla contestazione sul posto, vi aveva invece provveduto solo nei propri uffici<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> L'osservazione si deve ad A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1409, che non a caso proponeva di punire la prevaricazione – caratterizzata dalla presenza di una clausola di sussidiarietà che la rendeva una fattispecie totalmente residuale – solo con la pena pecuniaria. Interessante espressione del rapporto che si instaura tra l'abuso d'ufficio e fattispecie ben più gravi – anche se qui la dimensione della prevaricazione è legata, e in quale modo soggiace, a quella del favoritismo – è la sentenza Cass., 10 marzo 2015, n. 22526, *CED Cassazione penale 2015*, relativa al noto caso “Berlusconi-Ruby”, dove l'accusa di concussione era stata mossa dalla Procura di Milano per la richiesta – rivolta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, per telefono, nel cuore della notte, dall'allora Presidente del Consiglio – di rilasciare la minorenne Ruby, fermata poche ore prima perché accusata di furto; richiesta motivata col pretesto di ragioni diplomatiche – ancorate a un inesistente rapporto di parentela con l'allora Presidente egiziano – e in realtà volta a occultare attività di prostituzione realizzate presso la residenza dell'ex Presidente del Consiglio. La sentenza di conferma dell'assoluzione pronunciata dalla Corte d'Appello di Milano – che aveva escluso che nel caso di specie l'ex Presidente del Consiglio avesse richiesto la liberazione di Ruby con una vera e propria minaccia – si sofferma solo in conclusione sull'abuso d'ufficio, escludendolo in quanto mancavano comunque, nel caso di specie, gli elementi dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto, necessari, dopo la riforma del 1997, per integrare un abuso d'ufficio penalmente rilevante.

<sup>277</sup> Cass., 5 luglio 2001, n. 35597, in *CED Cassazione penale 2001*. *Contra* M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 95.

<sup>278</sup> Cass., 4 febbraio 2003, n. 9970, cit., 2345. Cfr. Cass., 18 agosto 2022, n. 34390, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/niff/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=/.20220916/snpn@sF0@a2022@n34390@tS.clean.pdf>, invece, con riferimento a un caso in cui sono stati ritenuti integrati sia l'abuso d'ufficio sia il sequestro di persona a fronte della sottoposizione a procedura di fotosegnalamento di una perso-

Per quanto concerne invece i casi di comportamenti vessatori connessi a un rapporto lavorativo, una risposta – anche penale – dovrebbe essere eventualmente offerta in modo trasversale dal sistema e non certo solo nel contesto del pubblico impiego<sup>279</sup>.

Se pensiamo alla prevaricazione, i vuoti di tutela penale, che si aprirebbero in ipotesi di abrogazione dell'art. 323 c.p., quindi, o non ci sembrano meritevoli di essere colmati o comunque non ci sembrano meritevoli di essere colmati con un reato proprio, erede dell'abuso d'ufficio.

### *5.3.3. L'abuso d'ufficio per omessa astensione e il conflitto di interessi del pubblico agente*

Una specifica riflessione conclusiva la richiede l'abuso d'ufficio per omessa astensione – o in situazioni di conflitto di interessi – partendo dal legame che taluno ha colto tra l'art. 323 c.p. e la fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Tra le proposte di riforma dell'abuso d'ufficio che sono state formulate alla fine degli anni Novanta, ve ne sono alcune che hanno posto l'attenzione sulla necessità di rafforzare la tutela del patrimonio della P.A. – indebolita dall'abrogazione del peculato per distrazione – ricorrendo a una nuova fattispecie: una sorta di malversazione ai danni dello

---

na, che, pur avendo esibito i propri documenti e pur essendo personalmente conosciuta dagli agenti, visto che condivideva con loro il medesimo contesto lavorativo, era stata accompagnata con auto di servizio presso la stazione della Polfer e lì trattenuta per più di due ore.

<sup>279</sup> Per un caso di abuso d'ufficio in questo contesto cfr. Cass., 14 giugno 2012, n. 41215, cit.: «In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dalla inosservanza del dovere di collaborazione del pubblico dipendente con tutti coloro che operano nella medesima struttura amministrativa, che trae fondamento dall'art. 13 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (fattispecie relativa a primario ospedaliero che aveva posto in essere comportamenti di vessazione ed emarginazione di medici del suo reparto, in un contesto di gestione autoritaria e baronale)». Tali condotte, in particolare, erano consistite principalmente nell'impedire a un medico di prestare attività chirurgica. Cfr., altresì, Cass., 28 novembre 1994, cit., 801.

Stato commessa dal pubblico agente<sup>280</sup> o, come era stata definita in dottrina, di “infedeltà patrimoniale”; reato, quest’ultimo, che allora non compariva nel nostro ordinamento, né come fattispecie generale – a differenza dell’ordinamento tedesco<sup>281</sup> – né, ancora, come fattispecie propria del diritto societario.

In un successivo studio più approfondito, però, quest’ultima intuizione è stata ampiamente sviluppata e si è posta l’attenzione sull’opportunità di utilizzare il conflitto di interessi come criterio generale di selezione della condotta di abuso<sup>282</sup>. L’art. 323 c.p. dovrebbe reprimere solo le ipotesi caratterizzate da una situazione di conflitto di interessi in senso sostanziale, sul modello dell’infedeltà patrimoniale nel frattempo introdotta dalla riforma dei reati societari (d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61), una fattispecie che non sarebbe stata messa in discussione sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza<sup>283</sup>.

Si potrebbe individuare il disvalore comune di condotta dei reati di infedeltà, sia patrimoniale sia pubblica, nell’agire in una situazione di conflitto di interessi, visto che esso esprime la prevalenza dell’interesse

<sup>280</sup> L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull’abuso d’ufficio*, cit., 350 ss., per esempio, proponeva di introdurre una fattispecie di “Malversazione del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio”, che – pur arricchita dalla presenza del danno per la pubblica amministrazione – faceva ricorso a formule che abbiamo già criticato per la loro indeterminazione: «il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che procura a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale ingiusto, con danno per la pubblica amministrazione, mediante l’esercizio arbitrario della funzione o del servizio o il loro sviamento dalla causa tipica ovvero la grave violazione dei doveri a essi inerenti, è punito con la reclusione da due a cinque anni» (corsivo nostro). Cfr. altresì L. PICOTTI, *Sulla riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., 301 ss.

<sup>281</sup> A. MANNA, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d’ufficio*, cit., 31 s. L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, cit., 4, definisce l’infedeltà patrimoniale, in termini generali, come «impiego di beni affidati all’altrui gestione in contrasto oggettivo con l’interesse del titolare e in funzione del perseguimento di scopi direttamente od indirettamente riferibili alla sfera di interessi dell’amministratore». A pag. 26 egli ritiene comunque di dover scartare l’ipotesi di una riconsiderazione unitaria del fenomeno dell’infedeltà patrimoniale, che offuschi i confini tra pubblico e privato.

<sup>282</sup> A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, cit., 174 ss.

<sup>283</sup> A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., 17.

privato su quello del rappresentato o della P.A. Secondo questa proposta dottrinale, i nuovi reati di prevaricazione, favoritismo e sfruttamento privato dell'ufficio (per riprendere la tripartizione delineata dalla Commissione Morbidelli) andrebbero modellati sul medesimo paradigma sul quale è costruito il delitto di infedeltà patrimoniale dopo la riforma dei reati societari. Il riferimento alla "situazione di conflitto d'interessi", da inserire nelle fattispecie come presupposto della condotta, risulterebbe molto più afferrabile di un inciso che valorizzi la violazione di norme di legge<sup>284</sup>.

Nell'ambito dell'art. 2634 c.c. – reato introdotto per completare la tutela della gestione sociale con una fattispecie volta a incriminare l'infedeltà patrimoniale<sup>285</sup> – il conflitto di interessi ha un ruolo rilevante, ma non esaurisce gli elementi tipici dell'offesa, orientati a una tutela patrimonialistica della società: è richiesto un fine di ingiusto profitto o altro vantaggio e un pregnante danno patrimoniale alla società intenzionalmente cagionato<sup>286</sup>. Il conflitto di interessi rappresenta solo un criterio "preselettivo" di tipizzazione della condotta abusiva<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 185.

<sup>285</sup> V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 479 ss. sottolinea la profonda differenza esistente sotto questo profilo con l'*Untreue*, una fattispecie generale collocata nel contesto codicistico tedesco dei reati contro il patrimonio e non nella normativa dedicata alle società. Egli ritiene che la rubrica dell'art. 2634 c.c. sia fuorviante, in quanto non si fa riferimento alle sole offese patrimoniali che si realizzano in ambito societario.

<sup>286</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 922. V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., 486 afferma che la parificazione, nel dolo specifico, dell'ingiusto profitto ad altro vantaggio «incrina il carattere esclusivamente patrimoniale dell'offesa al centro del reato»: al di là del danno patrimoniale intenzionalmente causato alla società, «il vero oggetto di tutela è quel dovere oggettivo di correttezza, che non deve portare l'amministratore a strumentalizzare l'ufficio per fini privati ed estranei all'oggetto sociale». *Contra* A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 158.

<sup>287</sup> In questi termini si esprime L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., 461, con riferimento all'infedeltà patrimoniale.

Per tornare alle proposte che riguardano l'abuso d'ufficio, se la necessità di rafforzare la tutela del patrimonio della P.A. – un bene dalle significative potenzialità critiche ed ermeneutiche – dipende dall'abolizione del peculato per distrazione, essa non ci sembra così urgente.

Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, che si sono formati in materia di peculato, sono sul punto già piuttosto incisivi. Abbiamo visto che l'appropriazione può configurarsi anche nelle ipotesi più significative di distrazione, lasciando alle condotte distrattive uno spazio circoscritto nell'ambito dell'abuso d'ufficio.

Per stabilizzare il precetto si potrebbe introdurre nell'art. 314 c.p. una precisazione in merito alla condotta appropriativa, che dovrebbe comprendere anche la condotta di destinazione di beni (denaro o cosa mobile altrui) a finalità del tutto incompatibili con le attribuzioni istituzionali dell'ente, ma l'intervento non ci sembra imprescindibile. Piuttosto, se venisse a mancare l'abuso d'ufficio, si potrebbe invece estendere l'oggetto materiale del peculato alle energie lavorative o alla manodopera retribuita dall'ente pubblico<sup>288</sup>.

Da un'altra prospettiva, se – come ha proposto di fare la dottrina nello studio citato, valorizzando il conflitto di interessi, peraltro in senso “fattuale” e non “normativo”<sup>289</sup> – ci si allontanasse da una dimensione strettamente patrimonialistica (della pubblica amministrazione), richiedendo un generico danno o profitto, per tutelare soltanto, almeno in via immediata, i beni dell'imparzialità e del buon andamento, le criticità sul fronte della tassatività/determinatezza non verrebbero meno, in quanto il riferimento al conflitto di interessi assumerebbe un significato ancora troppo ampio<sup>290</sup> e l'evento, privo del requisito dell'ingiustizia, non esplicherebbe una significativa efficacia selettiva<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Cass., 1 ottobre 2020, n. 37074, in *Dejure* ha qualificato infatti come abuso d'ufficio – e non peculato – la condotta del pubblico ufficiale che si avvale delle prestazioni di dipendenti pubblici per finalità private; prestazioni che non possono essere qualificate come denaro o cosa mobile altrui.

<sup>289</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 169 ss.

<sup>290</sup> A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 118.

<sup>291</sup> A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 177 s., nel richiedere che il reato mantenga la sua struttura di reato di evento, dubita che il

Come è stato ben chiarito, esportare il concetto di conflitto di interessi dal diritto societario a quello dei delitti contro la P.A. potrebbe prestarsi a confusioni concettuali ma, soprattutto, visto che la P.A. agisce quasi sempre in presenza di una molteplicità di interessi in potenziale conflitto tra loro (conflitto “fisiologico”), potrebbe essere difficile per il giudice penale riuscire a districarsi tra questi, individuando il necessario presupposto dell'abuso<sup>292</sup>.

Fermo il fatto che ci sembra colgano nel segno piuttosto le osservazioni di coloro che ritengono imprescindibile che l'obbligo di astensione sia espressamente previsto dalla legge<sup>293</sup> – almeno per evitare che i presupposti dell'obbligo si annidino «nella pletora di protocolli e linee guida anticorruzione, che hanno invaso l'attività amministrativa»<sup>294</sup> – dobbiamo prima di tutto chiederci ancora una volta, specificamente, se abbia senso mantenere in vita almeno una fattispecie di abuso che valorizzi l'omessa astensione legata al conflitto di interessi e caratterizzata dalla presenza di un evento ingiusto.

Certo, con l'introduzione del nesso di rischio anche in questo contesto si potrebbe forse garantire che non risponda penalmente colui che, per esempio, ha agito a discapito dell'interesse conflittuale di cui è portatore.

---

requisito dell'ingiustizia dell'evento abbia ancora senso. Senza questo requisito, però, l'evento di danno o di vantaggio non esplicherebbe una significativa efficacia selettiva, se si considera che l'attività di ponderazione degli interessi che caratterizza la moderna amministrazione produce frequenti risultati favorevoli per taluni cittadini e sfavorevoli per gli altri. Vi è il rischio che si arrivi all'estremo di affermare la responsabilità di colui che non astenendosi, quando avrebbe dovuto farlo, ha tuttavia agito in un contesto di attività vincolata, procurando un vantaggio o arrecando un danno, ma rispettando la legge.

<sup>292</sup> Sul punto cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, cit., 922 s.

<sup>293</sup> N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, cit., 18. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 267 e S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 293 richiedono previsioni legislative o regolamentari.

<sup>294</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 9.

Il quesito in merito all'opportunità di conservare la fattispecie continua tuttavia a farci propendere per una risposta negativa, quanto meno a fronte della consapevolezza che abbiamo acquisito in merito ai limiti insuperabili – nell'accertamento della causazione dell'evento ingiusto da parte di coloro che operano in una situazione di conflitto di interessi – che incontra spesso l'autorità giurisdizionale, se non vuole ingerirsi nell'attività riservata alla P.A.

Le informazioni che abbiamo raccolto nell'analisi del diritto amministrativo ci hanno mostrato altresì che manca con frequenza una chiara delimitazione dell'insieme delle relazioni rilevanti per il sorgere di situazioni di conflitto d'interesse, ma, soprattutto, che non si rinvengono indicazioni in merito alla possibilità di attribuire o meno rilevanza alla violazione dell'obbligo di astensione a seconda degli effetti prodotti in concreto. La ragione "pratica" – che non è certo priva di significato anche in ambito penale – è sempre la stessa: in contesti di discrezionalità può risultare assai arduo valutare in che misura la scelta del funzionario sia stata influenzata da interessi in conflitto o sia stata inquinata da un interesse estraneo riferibile al pubblico agente<sup>295</sup>.

Se è condivisibile, allora, l'osservazione per la quale l'operato di chi si trova in una situazione di conflitto di interessi può essere tacciato di almeno sospetta parzialità, a essa si potrebbe rispondere solo con una fattispecie (magari contravvenzionale) che presenti qualche elemento di affinità con il reato di presa illegale di interessi, che abbiamo analizzato nell'ordinamento francese (art. 432-12 c.p.), e che si rivolga al pubblico agente che adotti o partecipi all'adozione di un atto in relazione al quale sussiste un concreto e attuale interesse, suo o di un prossimo congiunto, in conflitto con quello pubblico<sup>296</sup>. Per garantire una maggior aderenza

---

<sup>295</sup> Cfr. sul punto S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit., 671 ss.

<sup>296</sup> Una proposta di delitto di "Conflitto di interessi", dai confini piuttosto ampi – ma limitata all'attività discrezionale e che per questa ragione riterremmo perfezionabile –, è stata formulata da S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, cit., 861: «è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire venti milioni il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che adotta o partecipa all'adozione di un atto discrezionale del proprio ufficio o servizio verso il quale sussiste un concreto e attuale interesse, suo o di un prossimo congiunto ovvero di



della fattispecie alla dimensione dell'offensività, si dovrebbe prevedere una clausola di esclusione della tipicità chiamata a operare in presenza di un atto vincolato, quando sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato<sup>297</sup>.

Nemmeno questa soluzione ci sembra tuttavia auspicabile. Sul piano della determinatezza, la nozione di conflitto di interessi, come abbiamo precisato, ha confini ampi ed evanescenti, non delimitando gli interessi e le relazioni rilevanti e risentendo della difficile afferrabilità della nozione di interesse pubblico. Sul piano dell'offensività, invece, anticipare alla soglia del pericolo la tutela penale, rinunciando a un evento di danno, porterebbe a sopravvalutare la dimensione astratta dell'imparzialità a discapito di quella del buon andamento – e quindi di efficienza ed efficacia – della P.A. Nel programma costituzionale, invece, le due dimensioni sono complementari e danno forma a un principio unitario, che nasce dal loro bilanciamento<sup>298</sup>.

Riprendendo, per concludere, il tema della sussidiarietà, non ci sembra che la risposta penale al mero conflitto di interessi del pubblico agente si imponga necessariamente, essendo già garantita un'ampia tutela su molti fronti, *in primis* quello amministrativo.

La strada preferibile da percorrere, anche con riferimento all'abuso d'ufficio per omessa astensione, rimane quella della sua abrogazione, senza correttivi penali specifici – diversi da quelli già descritti –, eventualmente da accompagnare a un potenziamento sul punto della responsabilità disciplinare.

---

persone o imprese per le quali svolge o ha svolto negli ultimi tre anni attività di sorveglianza, amministrazione, liquidazione ovvero di lavoro autonomo o subordinato». La fattispecie presenta degli elementi di affinità con l'art. 2631 c.c., come disciplinato nel codice civile del 1942, che incriminava il conflitto di interessi e che ha costituito la fattispecie avamposto dell'infedeltà patrimoniale: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 142.

<sup>297</sup> La norma, condividendone le ragioni di fondo, ricorderebbe l'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>298</sup> Così R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 100 s. Sull'importanza di questo aspetto cfr. G. GRECO, *Conclusioni*, cit., 102.



## BIBLIOGRAFIA

- ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 743 ss.
- ALBERICO A., *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 4, 2021, 5 ss.
- ALBERTI G., *La scelta illegittima dell'affidamento diretto in luogo della gara non integra il delitto di turbata libertà di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p.*, in [https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alberti-affidamento-diretto-in-luogo-di-gara-non-integra-turbata-liberta-353bis#\\_fnref3](https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alberti-affidamento-diretto-in-luogo-di-gara-non-integra-turbata-liberta-353bis#_fnref3) (22 luglio 2022)
- ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale - I*, II ed., Milano, 2021
- ALTEN K., *Amtsmissbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs*, Göttingen, 2012
- AMATO A., *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al diritto*, 34-35, 2020, 30 ss.
- APRILE E., *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, 441 ss.
- BALLINI B., *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2021 (10 agosto 2020)
- BARLETTA F., CAPPELLINI A., *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *La legislazione penale*, 2021 (18 giugno 2021)
- BARONE G., voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989
- BARRETTA L.U., *La prevenzione della corruzione attraverso la valorizzazione della cultura etica: i codici di comportamento dei pubblici dipendenti*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Torino, 2019, 247 ss.
- BARTOLI R., *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1507 ss.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1137 ss.

- BARTOLI R., *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/bartoli-legalita-penale-regole-ermeneutiche-analogia-mutamento-sfavorevole> (28 giugno 2022)
- BENUSSI C., *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato. Tomo II*, V ed., Milano, 2021, 913 ss.
- BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione. Tomo I. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II ed., Padova, 2013
- BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986
- BETTIOL G., *In tema di interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 633 ss.
- BEVILACQUA B., *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, vol. II, Padova, 2003, 845 ss.
- BIANCHI D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021
- BISCEGLIA F.P., *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale. Trattato giuridico. Tomo I*, Torino, 2022, 2209 ss.
- BONDI A., *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed. riv. agg., Torino, 2008, 3 ss.
- BONGIOVANNI G., *Diritto penale e interpretazione: tra principio di legalità e diritto giurisprudenziale*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, Bari, 2019, 43 ss.
- BONINI S., *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016
- BORSARI R., *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 9, 2021, 43 ss.
- BORSARI R., *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012
- BRICOLA F., *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985 ss.

- BRICOLA F., *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 13 ss.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.
- BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 563 ss.
- BRICOLA F., voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 ss.
- BURZIO E., *Procedure di concorso "addomesticate" e abuso in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 735 ss.
- CACCIAVILLANI I., *Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione*, in *Giur. merito*, 1999, 1142 ss.
- CADOPPI A., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto" . Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Indice Pen.*, 2015, 569 ss.
- CAMAIONI S., *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 1997, 1938 ss.
- CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *La legislazione penale*, 2022 (28 aprile 2022)
- CARDI E., COGNETTI S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 341 ss.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Tomo II*, VI ed., Milano, 2011
- CARMONA A., *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1843 ss.
- CARRÀ M., *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 153 ss.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, III ed., Lucca, 1875
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013
- CASSATELLA A., *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153 ss.
- CASSESE S., *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, V, 1992, 243 ss.

- CASTALDO A.R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989
- CASTALDO A.R., *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, XV ss.
- CASTALDO A.R., *Introduzione. Una riforma incompleta?*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 1 ss.
- CASTALDO A.R., *La riforma del 2020*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 67 ss.
- CATENACCI M., *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 131 ss.
- CATENACCI M., *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 5 ss.
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993
- CERQUA L.D., *L'obiettivo su... l'"abuso d'ufficio"*, in *Indice Pen.*, 1998, 44 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, VII ed., ristampa agg., Torino, 2021
- CIAGLIA G., *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento oggettivo*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 29 ss.
- CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2019
- COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996
- CODINI E., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008
- COLANGELO L., *Le peculiarità del sistema italiano della prevenzione della corruzione nelle gare di appalto alla prova di principi eurounitari. Un problema di "enigmistica giuridica"?*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Torino, 2019, 175 ss.
- CONSULICH F., *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 665 ss.
- CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979

- CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, 79 ss.
- CONTENTO G., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 207 ss.
- CONTIERI E., voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 187 ss.
- COPPOLA F., *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Archivio Penale*, 2, 2020 (18 giugno 2020)
- COPPOLA F., *Il processo "alle intenzioni" per abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 247 ss.
- COPPOLA F., *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'*, in *Diritto pen. cont.*, 4, 2017, 35 ss.
- COPPOLA F., *Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 162 ss.
- COPPOLA F., *Spazi applicativi vecchi e nuovi per la fattispecie di abuso d'ufficio riformata. Cenni comparativi con l'ordinamento inglese*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 129 ss.
- CORILAND S., *Responsabilité pénale des personnes publiques*, Paris, 2019
- CORNACCHIA L., *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021
- CRISMANI A., *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1702-la-discrezionalità-amministrativa-nel-reato-di-abuso-d-ufficio-note-su-cass-pen-sez-vi-8-gennaio-2021-n-442>
- CUDIA C., *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153 ss.
- CUDIA C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 63 ss.
- CUPELLI C., *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1030 ss.

- CUPELLI C., *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2020, 273 ss.
- CUPELLI C., *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, 15 ss.
- D'ALBERTI M., *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 89 ss.
- D'AVIRRO A., *L'abuso di ufficio*, IV ed., Milano, 2021
- DE BELLIS M., *Abuso d'ufficio e concorso pubblico: la formulazione di un bando di concorso in modo tale da assicurare l'aggiudicazione del posto a un candidato non comporta necessariamente la commissione di reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 3452 ss.
- DE BELLIS M., *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia preceettiva ai fini del reato di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2009, 1027 ss.
- DE BERNARDO G., *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento soggettivo*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 53 ss.
- DE FELICE S., *Performance della Pubblica Amministrazione e possibili riforme dei reati della Pubblica Amministrazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 7 ss.
- DE FRANCESCO G., *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 53 ss.
- DE LUCIA L., *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 99 ss.
- DE VITA A., *Il caso "De Magistris - Why not": non convince la configurazione del dolo intenzionale. Equivoci e contraddizioni su dolo di condotta e dolo d'evento nell'abuso d'ufficio*, in [https://archiviodpc.dirittopenaleuom.org/upload/1413455515DE%20VITA\\_2014a.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuom.org/upload/1413455515DE%20VITA_2014a.pdf) (23 ottobre 2014)
- DELGADO SANCHO C.D., *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, a Coruña, 2019
- DELLA BELLA A., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno*



BIBLIOGRAFIA

- Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” Milano, 18-19 novembre 2019*, Milano, 2020, 157 ss.
- DELLA RAGIONE L., *L’abuso d’ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell’abuso d’ufficio*, Torino, 2021, 105 ss.
- DI FEDERICO G., *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (7 ottobre 2021)
- DI GIOVINE O., *Concessione edilizia illegittima e abuso d’ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.*, II, 2000, 140 ss.
- DI MARTINO A., *Abuso d’ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed. riv. agg., Torino, 2008, 242 ss.
- DI VETTA G., *L’abuso di ufficio: cronaca di un “ritorno”*, in *Criminalia*, 2016, 399 ss.
- DINACCI F.R., *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alla libertà delle forme probatorie e all’imprevedibilità della decisione*, in *Archivio Penale*, 1, 2022 (3 maggio 2022)
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006
- DONINI M., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 25 ss.
- DONINI M., *Osservazioni sulla proposta “Castaldo-Naddeo” di riforma dell’art. 323 c.p. La ricerca di un’ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell’espansione penalistica*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018, 94 ss.
- DONINI M., *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Archivio Penale*, 2, 2020 (22 agosto 2020)
- EISELE J., *Strafrecht. Besonderer Teil II. Eigentumsdelikte un Vermögensdelikte*, 6° Aufl., Stuttgart, 2021
- EUSEBI L., *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/eusebi-covid-rifondazione-giustizia-penale> (13 gennaio 2021)
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giust.*, 4, 2016, 13 ss.

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, VI ed., Bologna, 2021, 246 ss.
- FIANDACA G., *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Questione giust.*, 1996, 308 ss.
- FIGLIORE S., *Abuso d'ufficio*, in S. FIGLIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2021, 275 ss.
- FIGLIORE S., *Introduzione*, in S. FIGLIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2021, 1 ss.
- FIGLIOLA A., *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come "spauracchio"?*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 108 ss.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68° Aufl., München, 2021
- FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997
- FORNASARI G., *Delitti di corruzione*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed. riv. agg., Torino, 2008, 192 ss.
- FORNASARI G., *Peculato*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed. riv. agg., Torino, 2008, 113 ss.
- 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, 682 ss.
- FRANCHINI C., *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. I. Introduzione al tema*, Padova, 1998
- FREGO LUPPI S.A., *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss.
- FREUND C., *Rechtsbeugung durch Verletzung übergesetzlichen Rechts*, Berlin, 2006
- GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990
- GALLO E., *Aperto il dibattito sul delitto di "abuso d'ufficio"*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 271 ss.
- GALLO M., *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, 399 ss.
- GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 2335 ss.

- GAMBARDELLA M., *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d’ufficio*, Pisa, 2021, 81 ss.
- GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002
- GAMBARDELLA M., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 742 ss.
- GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sist. pen.*, 7, 2020, 133 ss.
- GAMBARDELLA M., *Tre disegni di legge in materia di abuso d’ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, in *disCrimen*, 2021 (11 novembre 2021)
- GAMBUTI A., *Abuso d’ufficio e sviamento di potere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 723 ss.
- GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.
- GARGANI A., *L’“abuso innominato d’autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1224 ss.
- 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 <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-abuso-dufficio-decreto-semplificazioni-commento-abolizione-del-reato> (17 luglio 2020)
- GATTA G.L., *La riforma del 2020*, in B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d’ufficio*, Pisa, 2021, 65 ss.
- GATTA G.L., *Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/riforma-dellabuso-dufficio-note-metodologiche-per-laccertamento-della-parziale-abolitio-criminis> (2 dicembre 2020)
- GENTILE D., *La tormentata storia dell’abuso d’ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistematiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018, 139 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939

- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE, II ed., Milano, 2000
- GONZÁLES CUSSAC J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, II ed., Valencia, 1997
- GRASSO G., *Il nuovo abuso d'ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5, 2021
- GRECO G., *Conclusioni*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporti con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, 2019, 99 ss.
- GROSSO C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, V, 1999, 329 ss.
- GROSSO C.F., *L'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 319 ss.
- GROSSO C.F., *L'abuso innominato di ufficio*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte Speciale*, vol. I, Torino, 1984, 241 ss.
- GROSSO C.F., *L'interesse privato in atti d'ufficio*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte Speciale*, vol. I, Torino, 1984, 228 ss.
- HAVA GARCÍA E., *Los delitos de prevaricación*, Cizur Menor, 2019
- HEINE G., HECKER B., §339 StGB, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30<sup>o</sup> Aufl., München, 2019, 3251 ss.
- HUMPHERSON P., *Paper on the English and Welsh Common Law Offence of Misconduct in Public Office*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 88 ss.
- INFANTE E., *L'abuso d'ufficio anche in chiave di possibile riforma*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale. Trattato giuridico. Tomo I*, Torino, 2022, 1935 ss.
- INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Volume 2. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 295 ss.
- INFANTINI F., voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988
- INSOLERA G., *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza. Relazione al Convegno di Studi e VII Premio Internazionale Silvia Sandano in onore del Prof. Marcello Gallo - Roma, 25 ottobre 2013*, in <https://archiviodpc.diritopenaleuomo.org/d/2646-dogmatica-e-orientamento-della-giurisprudenza> (18 novembre 2013), 6 ss.

- INSOLERA G., *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 ss.
- INSOLERA G., *Quod non fecerunt barberini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020*, n. 76, in *disCrimen*, 2020 (31 luglio 2020)
- KERN R., *Die Rechtsbeugung durch Verletzung formellen Rechts*, München, 2010
- KINDHÄUSER U., BÖSE M., *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 11° Aufl., Baden-Baden, 2021
- KINDHÄUSER U., HILGENDORF E., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9° Aufl., Baden-Baden, 2022
- LA GRECA G., *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, II, 1998, 381 ss.
- LA ROSA E., *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"?*, in *Giur. it.*, 2021, 1459 ss.
- LA SPINA P., *Questioni in tema di nuovo abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1999, 309 ss.
- LANDOLFI A., *Brevi riflessioni de iure condito e de iure condendo*, in *Giur. merito*, 1998, 1094 ss.
- LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci e ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1050 ss.
- LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998
- LEOTTA C.D., *La corruzione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2020, 173 ss.
- LI VECCHI R., *Art. 323 c.p.: una norma ancora in cerca di una sua identità*, in *Riv. pen.*, 1998, 129 ss.
- LÓPEZ BENÍTEZ M., *Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos*, in *Documentación Administrativa*, 5, 2018, 166 ss.
- LOSAPPIO G., ADUASIO S., *Blowin' in the... whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul c.d. whistleblowing*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5375-blowin-in-thewhistle-il-primorapportodellanac-sul-cd-whistleblowing> (8 maggio 2017)
- LOSAPPIO G., *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, 168 ss.
- LUCIBELLO P.M., *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994

- MADIA N., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012
- MAIELLO N.M., *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, 2755 ss.
- MAIELLO N.M., *Peculato e rimborsi dei consiglieri regionali: la Cassazione ribadisce la funzione di garanzia della legge penale*, in *Sist. pen.*, 5, 2022, 35 ss.
- MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020
- MANES V., *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1202 ss.
- MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, II, 1998, 390 ss.
- MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.
- MANES V., *L'abuso d'ufficio nel nuovo codice penale spagnolo*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1441 ss.
- MANES V., *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 924 ss.
- MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1233 ss.
- MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004
- MANNA A., *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (4 maggio 2021)
- MANNA A., *Luci e ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Indice Pen.*, 1998, 13 ss.
- MANNA A., *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1201 ss.
- MANNA A., SALCUNI G., *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *La legislazione penale*, 2020 (17 dicembre 2020)
- MANNUCCI G., *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 97 ss.
- MANTOVANI M.O., *La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l'art. 318 e l'art. 319 c.p.*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA,

BIBLIOGRAFIA

- A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 665 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1913
- MANZIONE D., *Brevi considerazioni sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 151 ss.
- MARINI L., *Le procedure amministrative e contabili e il controllo del giudice penale*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 257 ss.
- MASSARO A., *Determinatezza della norma e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020
- MASSI S., *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Archivio Penale*, 1, 2019 (5 febbraio 2019)
- 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, 1763 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2015, 283 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo I*, II ed., Milano, 2003, 797 ss.
- MATTARELLA B.G., *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo I*, II ed., Milano, 2003, 699 ss.
- MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, 699 ss.
- MAZZINI G., *Alcune annotazioni sul delitto di abuso di ufficio: il danno ingiusto, il dolo, la clausola di riserva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 789 ss.
- MAZZONE A., *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 707 ss.
- MELCHIONDA A., *Colpevolezza ed errore nell'attuale sistema del diritto penale tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1988, 583 ss.
- MELCHIONDA A., *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (28 settembre 2021)
- MERLI A., *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (2 agosto 2021)
- MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012

- MERLO A., *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019
- MERLO A., *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, 33 ss.
- MERLO A., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/merlo-abuso-ufficio-scudo-cristallo> (1 marzo 2021)
- MERLO A., *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 2021, 231 ss.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, 114 ss.
- MILITELLO V., *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 275 ss.
- MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 471 ss.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988
- MODUGNO F., MANETTI M., voce *Eccesso di potere. II. Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988
- MODUGNO F., voce *Eccesso di potere. I. Profili generali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988
- MONGILLO V., *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derivate emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 966 ss.
- MONGILLO V., *La strategia anticorruzione del legislatore penale dalla legge "Severino" alla "Spazzacorrotti"*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 799 ss.
- MORBIDELLI G., *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 19 ss.
- MORGANTE G., *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002
- MORMANDO V., *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999
- MORONE A.F., *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021
- MUSCO E., *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, in *Indice Pen.*, 2001, 1023 ss.
- NADDEO M., *Abuso d'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 della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 31 ss.



- NADDEO M., FERRARA V., *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, in *Rassegna Arma Carabinieri*, 4, 2019, 35 ss.
- NADDEO M., *I limiti della tutela penale nell'“abuso d'ufficio”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 232 ss.
- NADDEO M., *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*, 2020 (10 agosto 2020)
- NADDEO M., *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Archivio Penale*, 1, 2021 (19 febbraio 2021)
- NICOSIA F.M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa “non discrezionale”*, Napoli, 1991
- NIGRO M., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V, 1983, 249 ss.
- NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/nisco-riforma-del-labuso-dufficio-un-dilemma-legislativo-insoluto-ma-non-insolubile> (20 novembre 2020)
- NISCO A., *Profili teorici e sviluppi recenti del principio di determinatezza*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, Bari, 2019, 65 ss.
- ONIDA V., *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 669 ss.
- PADOVANI T., *L. 16/7/1997 n. 234 - Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale - Commento all'art. 1 - Modifica dell'art. 323 del codice penale*, in *La legislazione penale*, 1997, 741 ss.
- PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76 ss.
- PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato d'ufficio e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 133 ss.
- PADOVANI T., *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *Indice Pen.*, 2017, 998 ss.
- PADOVANI T., *Una riforma imperfetta*, in B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, 121 ss.
- PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2020

- PAGELLA C., *Abuso d'ufficio e violazione di norme regolamentari: la Cassazione delinea i limiti di ammissibilità dello schema della "eterointegrazione"*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-33240-abuso-ufficio-violazione-regolamento-eterointegrazione> (9 dicembre 2021)
- PAGELLA C., *Abuso d'ufficio: la Cassazione ribadisce la sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di principio*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-23794-abuso-ufficio-cassazione-ribadisce-sopravvenuta-irrilevanza-penale-della-violazione-di-norme-di-principio> (15 luglio 2022)
- PAGELLA C., *Abuso d'ufficio: una nuova riforma? Guida alla lettura dei disegni di legge Ostellari, Parrini, e Santangelo*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/abuso-ufficio-disegni-di-legge-ostellari-parrini-santangelo?out=print> (10 dicembre 2021)
- PAGELLA C., *La Cassazione "sui margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-8057-2021-abuso-ufficio-discrezionalita> (16 aprile 2021)
- PAGELLA C., *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio a opera del "decreto semplificazioni"*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-442-cassazione-abuso-ufficio-abolitio-criminis-decreto-semplificazioni> (19 maggio 2021)
- PAGLIARO A., *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1405 ss.
- PAGLIARO A., *L'abuso d'ufficio: la costruzione della figura criminosa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 459 ss.
- PAGLIARO A., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 106 ss.
- PAGLIARO A., *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1394 ss.
- PAGLIARO A., *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 501 ss.
- PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, X ed., Milano, 2008, 269 ss.
- PAGLIARO A., *Relazione introduttiva*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, 1 ss.
- PALAZZO F.C., *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 195 ss.

- PALAZZO F.C., *Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 447 ss.
- PALAZZO F.C., *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1610 ss.
- PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815 ss.
- PALAZZO F.C., *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 623 ss.
- PALAZZO F.C., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3, 2016, 4 ss.
- PALAZZO F.C., TARQUINI E., voce *Peculato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995
- PARISI N., *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019*, Milano, 2020, 3 ss.
- PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 879 ss.
- PARODI GIUSINO M., *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 7-8, 2021, 71 ss.
- PARODI GIUSINO M., *Osservazioni sulle nuove fattispecie di abuso d'ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, 185 ss.
- PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 349 ss.
- PELISSERO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 401 ss.
- PELISSERO M., *I delitti di corruzione*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 245 ss.
- PELISSERO M., *I delitti di peculato*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 85 ss.
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.

- PERIN A., *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in M. DONINI (dir. da), *Enciclopedia del diritto. I tematici. II-2021. Reato colposo*, Milano, 2021, 283 ss.
- PERIN A., *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *La legislazione penale*, 2020 (23 ottobre 2020)
- PERONGINI S., *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020.
- PERONGINI S., *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 13 ss.
- PERTICI A., *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Torino, 2019, 3 ss.
- PICARDI A., GUIDA F., *L'abuso d'ufficio. Ambivalente fattispecie tra genericità dell'addebito, a perimetro delineato dal diritto vivente, e "paura della firma"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, 154 ss.
- PICOTTI L., *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 347 ss.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico nel "nuovo" abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 265 ss.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993
- PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 283 ss.
- PINELLI F., *Riflessioni sul reato dell'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 122 ss.
- PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990
- PISA P., voce *Abuso d'ufficio (Postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1998
- PISA P., voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995
- PISANI N., *L'abuso d'ufficio*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, 257 ss.

- PISANI N., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'epoca della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9 ss.
- POLICE A., *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 41 ss.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997
- PRETE F., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2408-il-sindacato-del-giudice-penale-sugli-atti-amministrativi-nell-abuso-d-ufficio-e-nei-reati-edilizi> (20 settembre 2013)
- PREZIOSI S., *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 128 ss.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, 401 ss.
- PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss.
- RAMPIONI R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984
- RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 108 ss.
- RAMPIONI R., *La tormentata parabola della fattispecie di abuso di ufficio. Le interpretazioni-applicazioni demolitive del nuovo tipo legale. Il nodo gordiano del c.d. sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in <https://dirittodidifesa.eu/la-tormentata-parabola-storica-della-fattispecie-di-abuso-di-ufficio-le-interpretazioni-applicazioni-demolitiv-del-nuovo-tipo-legale-il-nodo-gordiano-del-cd-sindacato-del-giudice-penale-sull/> (16 maggio 2022)
- REA A., *Whistleblowing: l'analisi del dato statistico e lo stato dell'arte*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 5 ss.
- RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 22° Aufl., München, 2021
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557
- RENNA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IX*, Milano, 2016, 800 ss.
- RICCIARELLI M., *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Archivio Penale*, 2, 2021 (24 settembre 2021)

- RIZ R., *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 875 ss.
- RIZZO C., *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *federalismi.it*, 14, 2021 (2 giugno 2021), 164 ss.
- ROMANO B., *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso d'ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11, 2021
- ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2021 (19 gennaio 2021)
- ROMANO B., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in ID. (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, 5 ss.
- ROMANO B., *Nozioni introduttive*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2020, 3 ss.
- ROMANO M., *Abuso d'ufficio*, in ID., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019, 349 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. Vol. I*, III ed., Milano, 2004
- ROMANO M., *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1314 ss.
- ROMANO M., *Pre-Art. 314*, in ID., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019, 1 ss.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2020
- RUGGIERO G., *Abuso d'ufficio*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 345 ss.
- RUGGIERO G., *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (13 settembre 2021)
- SALCUNI G., *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, in *Archivio Penale*, 3, 2021 (15 novembre 2021)
- SALCUNI G., *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019
- SALVI G., *Le ragioni costituzionali dell'ordinamento disciplinare dei magistrati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 433 ss.
- SANTANGELO I.A., *L'abuso d'ufficio*, in *Giur. merito*, 2003, 1021 ss.
- SATTA A., *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 5 ss.

- SCALIA V., *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020
- SCEVI P., *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdiction*, Torino, 2022
- SCOLETTA M., *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 444 ss.
- SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 191 ss.
- SEMINARA S., *Artt. 323-324 c.p.*, in T. PADOVANI (coordinato da), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 226 ss.
- SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 562 ss.
- SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251 ss.
- SEMINARA S., *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 519 ss.
- SENZANI D., *Misure di prevenzione della corruzione, discrezionalità e prassi amministrativa*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anti-corruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 41 ss.
- SESSA A., *Efficienza nella amministrazione pubblica e controllo penale: fondamento e limiti della prognosi privilegiata statale*, in A.R. CASTALDO, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 143 ss.
- SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006
- SICILIANO F., *Abuso dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. Pen.*, 1994, 573 ss.
- SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014
- SIRANI A., *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1139 ss.
- SORACE D., *Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, in ID. (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, I ss.
- SORDI B., *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 31 ss.

- SPENA A., *Il “turpe mercato”. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003
- STILE A.M., CUPELLI C., *Abuso d’ufficio*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 35 ss.
- STORTONI L., *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018, 117 ss.
- STORTONI L., *L’abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976
- STORTONI L., *Un ringraziamento, un ricordo e un pensiero*, in *Indice Pen.*, 2017, 1018 ss.
- TANDA P., *Abuso d’ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2119 ss.
- TESAURO A., *La riforma dell’art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, 258 ss.
- TESAURO A., *Violazione di legge e abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002
- TONOLETTI B., *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 77 ss.
- TORCHIA L., *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporti con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, 2019, 71 ss.
- TORDINI CAGLI S., *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2021 (25 febbraio 2021)
- TORDINI CAGLI S., *Peculato e malversazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, 334 ss.
- TORRICELLI S., *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in ID. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 1 ss.
- TRAVI A., *La responsabilità penale dei pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso d’ufficio*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 447 ss.
- UBIALI M.C., *Abuso d’ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l’archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Regione Lombardia Attilio Fontana*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/abuso-ufficio-atti-discrezionali-pubblica-amministrazione-archiviazione-fontana> (21 maggio 2020)



BIBLIOGRAFIA

- UBIALI M.C., *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, 2020
- VALENTINI V., *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Archivio Penale*, 3, 2018 (18 settembre 2018)
- VALENTINI V., *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2020 (14 settembre 2020)
- VALENTINI V., *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *disCrimen*, 2021 (2 gennaio 2021)
- VALLINI A., *L'abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 257 ss.
- VICICONTE G., *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2021, 50 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017
- VINCIGUERRA S., "Distrazione" e peculato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1032 ss.
- VINCIGUERRA S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008
- VINCIGUERRA S., *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 858 ss.
- VINCIGUERRA S., *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Foro it.*, V, 2020, 368 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- ZANNOTTI R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2004, 1819 ss.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubb.*, 1924, 281 ss., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.



## COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

### UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)

11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)

12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)

13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)

14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)

15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)

16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)

17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)

18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)

19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)

20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)

21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)

22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)

23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)
24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu pubblico* - ALVISE SCHIAVON (2019)
25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)
26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)
27. *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* - STEFANIA ROSSI (2020)
28. *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata* - DAVIDE STRAZZARI (2020)
29. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio* - ANDREA PERIN (2020)
30. *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto* - PAOLA WIDMANN (2020)
31. *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo* - ANDREA MAGLIARI (2020)
32. *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale* - FRANCESCA OLIOSI (2020)
33. *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica* - PAOLO GUARDA (2021)
34. *La postergazione legale dei crediti. L'incentivazione delle condotte finanziarie virtuose di fronte alla crisi* - DANILO GALLETTI (2021)

35. *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo. Un'indagine di diritto comparato dell'economia* - GIANMATTEO SABATINO (2022)

36. *Studi sul diritto pubblico nell'età della Riforma* - LUCIA BIANCHIN (2022)

37. *(In)visibile bodies: disability, sexuality and fundamental rights* - CARLA MARIA REALE (2022)

38. *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa* - ELENA MATTEVI (2022)