

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi, riguardante la tematica del delitto di abuso d'ufficio all'interno degli organi collegiali, ha l'obiettivo di svolgere un'analisi strutturale di come possa conformarsi il delitto di abuso d'ufficio all'interno di organi che, secondo il legislatore sono composti da più individui che rivestono la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

Il fenomeno della collegialità, riscontrabile tanto nel settore privato, tanto nel settore pubblico, risponde alla finalità, che si è posto il legislatore, di risolvere molteplici problematiche relative alle differenti articolazioni delle moderne organizzazioni economiche e sociali alle quali si risponde con un ricorso, da parte delle pubbliche amministrazioni e dei privati, a moduli organizzativi complessi, tendenti ad una capillare distribuzione di competenze e di poteri in capo agli organi collegiali.

Nell'ambito delle organizzazioni complesse la struttura dell'organo collegiale è rilevante soprattutto da un punto di vista interno, in quanto nel momento di approvazione di una delibera le singole volontà delle singole persone fisiche – che costituiscono il collegio – si fondono in un'unica volontà che andrà a costituire quella dell'ente di appartenenza agli “occhi dei soggetti esterni”.

Nella prima parte del presente lavoro di tesi, si andrà a descrivere il delitto di abuso d'ufficio nei suoi tratti caratteristici; l'analisi proseguirà andando ad individuare come sia configurabile o meno la responsabilità penale personale dei componenti degli organi collegiali che operano in seno a società o alla pubblica amministrazione manifestando la volontà dell'ente di appartenenza ed, in particolare, l'imputabilità sul piano psicologico dei reati ad ogni membro dell'organo amministrativo della società; aspetto quest'ultimo, particolarmente problematico e centrale nel dibattito giuridico odierno.

Inserendo in questo lavoro di tesi esperienze personali determinate dalla carica di pubblico ufficiale che lo scrivente ricopre, si sottolinea come nel settore

pubblico, ad esempio, spesso i singoli componenti di organi di governo locale – a causa della mancanza di una specifica competenza professionale – non siano in grado di valutare e ponderare nella loro totalità tutte le implicazioni delle delibere che formalmente concorrono ad approvare e che, in definitiva, finiscono per costituire espressione anche della loro volontà.

Sono riscontrabili a iosa, nella giurisprudenza del nostro paese, procedimenti penali a carico di persone fisiche con cariche elettive, per delibere solo formalmente a loro imputabili.

Oppure, nell'ambito delle amministrazioni di società, l'effettiva collegialità molto spesso non è accompagnata da una discussione approfondita e articolata e si riscontrano fenomeni in cui le decisioni vengono assunte da pochi membri del consiglio e solo formalmente condivise dagli altri amministratori che talvolta accettano le cariche per puro prestigio.

Tutto ciò porta ad una difficoltà, per gli organi inquirenti e decisori, di individuare l'imputazione dell'illecito penale in presenza di un fatto di reato scaturito dall'attività di un organo pluripersonale che rischia di "estendersi" all'intero organo collegiale.

CAPITOLO I: IL DELITTO DI ABUSO D'UFFICIO

SOMMARIO: 1.1. Premessa: il bene giuridico tutelato. – 1.2. L'elemento oggettivo dell'art. 323 c.p. – 1.2.1. La "clausola limitatrice dello svolgimento delle funzioni o del servizio. – 1.2.2. La violazione di norme di legge o di regolamento. – 1.2.3. La violazione dell'obbligo di astensione. – 1.2.4. Il passaggio dell'art. 323 c.p. da reato di pura condotta a reato di evento: la c.d. "doppia ingiustizia". – 1.3. L'elemento soggettivo dell'art. 323 c.p.: da dolo specifico a dolo generico intenzionale.

1.1. Premessa: Il bene giuridico tutelato.

La fattispecie di abuso d'ufficio è stata oggetto, nel corso della sua storia normativa, di due importanti interventi di riforma, ossia quello del 1990 e quello del 1997.

Il primo intervento, con legge n. 86/1990, è dato da ragioni di coordinamento rispetto alla complessiva operazione di riforma avviata con quella disciplina nell'intero settore dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione¹.

Con il secondo intervento di riforma, avutosi con legge n. 234/1997, invece, l'art. 323 c.p. è stato riformulato nei termini attualmente vigenti. Le note caratterizzanti la riforma possono essere, in generale, riassunte in quattro profili

1 M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, 131. In particolare con la revisione della fattispecie si intendevano colmare i "vuoti di tutela" derivanti dall'abrogazione del delitto di peculato per distrazione e di quello di interesse privato in atti di ufficio previsto dall'art. 324c.p. La norma, nella sua nuova formulazione, veniva così ad incriminare «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o per arrecare ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusasse del suo ufficio». E in effetti, da fattispecie residuale quale era stata concepita dal Codice Rocco, la norma cominciò ad assumere un ruolo centrale nel quadro dei reati dei pubblici ufficiali contro la P.A., sino a porsi quale base di riferimento per questi stessi orientamenti giurisprudenziali che prima della riforma avevano fatto vasta ed estensiva applicazione del delitto di peculato. Proprio per questo motivo, iniziarono ad emergere anche i limiti della nuova formulazione, che in effetti appariva inadeguata a selezionare le condotte realmente portatrici di disvalore rilevante: vuoi per la genericità della condotta richiesta («abusare dell'ufficio»), vuoi per l'inadeguatezza del solo dolo specifico a selezionare i fatti davvero dannosi. Per tali ragioni, e dunque allo scopo di incidere in modo più radicale sulla delimitazione della portata incriminatrice della norma, il legislatore intervenne nuovamente sull'art. 323 c.p. con la legge n. 234/1997.

essenziali. In primo luogo, il riferimento testuale all'«abuso» resta nella rubrica, ma scompare dal corpo della disposizione in quanto sostituito da un'indicazione analitica e apparentemente non equivoca dei requisiti di punibilità del fatto. In secondo luogo se, nelle formulazioni precedenti, la condotta di abuso - non meglio definita - era rilevante in quanto solo «finalizzata» a procurare un vantaggio patrimoniale, trattandosi di reato a consumazione anticipata, nell'attuale formulazione rileva proprio il fatto di voler procurare un vantaggio o un danno, i quali vengono a costituire l'evento del reato; inoltre, la condotta viene qualificata necessariamente in termini di violazione di legge o di regolamento ed è solo in questa violazione di doveri, risiede l'abuso. In terzo luogo, scompare la menzione del vantaggio non patrimoniale, talché l'ipotesi di favoritismo non venale non è più punibile perché il fatto non è più preveduto dalla legge come reato, diventando quindi lecita l'attività «clientelare». Infine, l'ultimo profilo, prevede un requisito soggettivo assolutamente inedito costituito dalla intenzionalità della condotta rispetto all'evento, in questo modo si seleziona quindi il coefficiente soggettivo rilevante, limitandolo al solo dolo c.d. intenzionale².

Il perno su cui ruota il diritto penale dell'offesa e che costituisce il supporto stesso del principio di offensività, è l'oggetto giuridico-penale, ovvero il bene d'interesse, individuale o sovraindividuale (collettivo-istituzionale) il quale è tutelato dalla norma incriminatrice. Benché «bene» e «interesse» siano concetti distinti, in quanto il primo indica tutto ciò che è atto a soddisfare una esigenza umana mentre il secondo indica la relazione tra il bene e il soggetto titolare, avente appunto «interesse alla sua tutela», essi vengono ormai usati indifferentemente, esprimendo la stessa realtà sotto due distinti angoli visuali e non essendo, del resto, possibile tutelare l'uno senza tutelare l'altro³.

² A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 248; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Artt. 313-335 bis c.p.) - Commentario sistematico*, Milano, 2013, 351; M. CATENACCI, *op. cit.*, 132; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 29 ss.; R. RAMPIONI, *La riforma dei reati contro la P.A.*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. COPPI, Torino, 1993, 109 ss.

³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Vicenza, 2017, 190 ss.

Il bene giuridico tutelato nell'ambito della fattispecie di abuso d'ufficio, secondo l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, è da identificarsi nel corretto funzionamento della pubblica amministrazione, intesa quale buon andamento e imparzialità della stessa. In particolare il buon andamento viene inteso soprattutto come interesse alla legalità dell'azione amministrativa nell'ambito della funzione o del servizio svolto⁴, bene che verrebbe sicuramente lesa da condotte poste in essere in «violazione di legge o di regolamento» mediante le quali si producano risultati di un danno ingiusto o di un ingiusto danno patrimoniale; buon andamento significa anche e soprattutto voler garantire l'efficienza e l'effettività della funzione pubblica. L'imparzialità impone, dal canto suo, che l'attività amministrativa non sia improntata ad atteggiamenti preferenziali o discriminatori, che, attraverso la violazione di legge o di regolamento in tal senso predisposte oppure attraverso la violazione del dovere di astensione dei soggetti qualificati, rischierebbe di contraddire quella *par condicio civium* la quale deve invece regolare i rapporti tra la pubblica amministrazione ed i singoli con cui essa viene in contatto⁵.

Rispetto a simile impostazione si son venute delineando delle soluzioni parzialmente diverse, tese a valorizzare l'avvenuta trasformazione dell'abuso d'ufficio da reato di mera condotta a reato d'evento. La necessità della verifica di un ingiusto vantaggio patrimoniale per il pubblico agente o per un terzo, ovvero di un danno ingiusto per un terzo, indurrebbero a ritenere che ai beni così individuati quanto meno si affianchi la tutela degli interessi del privato «a non essere turbato nei

⁴ C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2013, 322; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, *op.cit.*, Padova, 1998, 19; già anni prima, in occasione della riforma del 1990, F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la P.A.*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. COPPI, Torino, 1993, 15; l'A. segnalava come «tutelare il buon andamento della p.a. può condurre il legislatore a costruire fattispecie tali da non consentire al giudice un ampio sindacato sulla stessa efficienza e buon andamento della p.a. [...] più esattamente i valori da tutelare avrebbero dovuto essere l'imparzialità della p.a. e la legalità dell'attività amministrativa; su queste basi si doveva costruire una riforma organica».

⁵ Secondo alcuni autori sarebbe esclusivamente il profilo dell'imparzialità ad essere preso in considerazione dalla norma sull'abuso d'ufficio, poiché la condotta, vuoi che si realizzi attraverso la violazione di norme di legge o regolamento, vuoi che si realizzi nella alternativa forma omissiva in caso di mancata astensione del P.U. in conflitto di interessi, richiede comunque il verificarsi di un danno ingiusto o di un ingiusto vantaggio patrimoniale: in questo senso il buon andamento (o legalità dell'azione amministrativa) sarebbe tutelato solo in via intermedia, quale preconditione e garanzia per il bene finale dell'imparzialità, lesa in ogni caso dal verificarsi di uno dei due eventi ingiusti. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 233.

suoi diritti costituzionalmente garantiti»⁶, sicché la fattispecie assumerebbe più che altro la connotazione di reato pluri-offensivo. Questa soluzione comporterebbe d'altronde, quale suo migliore effetto, la possibilità di qualificare il privato quale persona offesa del reato, consentendogli di proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero. L'impostazione non sembra ad ogni modo convincente. A parte le già ricordate perplessità concernenti l'utilità della categoria della pluri-offensività, resta comunque da considerare che – secondo logica stessa della fattispecie – il danno ingiusto rileva sempre e solo perché passi attraverso un comportamento lesivo degli interessi tradizionali dell'amministrazione e solo nei limiti della tutela a questo apprestata⁷.

La fattispecie, oggetto di analisi, sembrerebbe indurre a concludere che il bene tutelato dalla norma sia quello dell'imparzialità della pubblica amministrazione, intesa nel senso, già ricordato, della parità di accesso a risorse e ad oneri di carattere pubblico. In particolare, nell'abuso d'ufficio, la strumentalizzazione a fini di privilegio e/o discriminazione da parte del pubblico ufficiale avviene attraverso una frodolenta deviazione dell'attività pubblica a scopi privati⁸.

1.2. L'elemento oggettivo dell'art. 323 c.p.

Il primo rilievo sulle modifiche strutturali apportate con la riforma del '97 riguarda sicuramente l'inclusione tra i soggetti attivi anche dell'incaricato di pubblico servizio. La primitiva scelta di non annoverare tali soggetti nella fattispecie d'abuso, si è visto, non era supportata da qualche ragione giustificatrice, né i lavori preparatori menzionavano i motivi dell'esclusione e, tuttavia, la Corte Costituzionale, attraverso il "salvacondotto" della ragionevolezza, confermò la

⁶ Cass., Sez. pen. VI, 10 aprile 2008, n. 17642, in www.dejure.it.

⁷ M. CATENACCI, *op. cit.*, 133.

⁸ M. CATENACCI, *op. cit.*, 133.

legittimità di tale regime differenziato⁹. Se, con il tempo, l'ampliarsi della sfera d'intervento della pubblica amministrazione poneva sempre più anche l'incaricato di pubblico servizio in condizione di esercitare poteri suscettibili di abuso, rendendo in parallelo sempre meno digeribile la decisione della Corte, il nuovo contesto normativo di riferimento, che con le modifiche agli artt. 357 e 358 c.p. ridefiniva i contorni delle qualifiche soggettive di p.u. e di i.p.s., accostandole marcatamente¹⁰, rendeva la scelta di equipararle, relativamente al "nuovo" abuso d'ufficio, praticamente obbligata¹¹.

Proseguendo nella sintetica ricostruzione dell'ossatura strutturale dell'abuso d'ufficio, qualche dubbio può insinuarsi e far vacillare la certezza che il vero elemento di novità, quello che tra l'altro permette di ricondurre nel concetto di abuso anche le precedenti condotte di peculato per distrazione e di interesse privato¹², sia rappresentato dalla fattispecie soggettiva, ed in particolare dal dolo specifico. Proseguendo la tradizione instaurata dal codice Rocco, in disaccordo rispetto alle precedenti esperienze preunitarie ed immediatamente post-unitarie, anche il legislatore del 1990 prevede, alternativamente, la finalità di prevaricazione e quella di sfruttamento privatistico dell'ufficio¹³, inserendo però una ulteriore alternativa

⁹ Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.7, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*; la sentenza è stata pubblicata anche in *Giur. cost.*, 1965, 50.

¹⁰ T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, *Riv. it. dir. proc.*, 585-586.

¹¹ Anche se non mancarono discussioni in sede di dibattito parlamentare. In particolare, fu l'allora ministro Vassalli a criticare la modifica, sul rilievo della inopportunità, a fronte di pressanti sollecitazioni rivolte a depenalizzare complessivamente il sistema penale, dell'estensione dell'ambito di applicazione della disposizione in esame. Sulla vicenda in esame, e sui vari "passaggi" alla Camera ed al Senato, P. PISA, *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Aggiornamento IV, voce *Abuso di ufficio*, 3 ss.

¹² A. MANNA, *op. cit.*, 22 ss. Il reato di peculato, soprattutto per ragioni politico-criminali, ha subito notevoli modificazioni con la l. n. 86/1990: è stata limitata la punibilità alla sola condotta consistente nell'"appropriazione" del denaro o di altra cosa mobile e non anche nella "distrazione" degli stessi. In seguito a vari contrasti giurisprudenziali, sembra ormai pacifica la parificazione tra condotte di distrazione (ossia imprimere alla cosa una destinazione differente da quella prevista) ed appropriazione, dato che quest'ultimo elemento ingloba anche la distrazione, dato che il fatto di destinare impropriamente una cosa ad un utilizzo diverso significa esercitare su di essa poteri tipicamente proprietari.

¹³ D'altronde l'aver assunto come bene giuridico quello del buon andamento della pubblica amministrazione, e non solo dell'imparzialità, come avveniva nelle varieguate realtà normative ottocentesche, tendenzialmente conduce il legislatore a costruire anche la nuova fattispecie secondo il modello del pericolo, e non secondo il modello di danno, con tutto ciò che tale scelta comporta, in particolare in ordine al calo di precisione della norma, ed in ordine ad una indiscriminata persecuzione

rappresentata dalla natura patrimoniale o meno del vantaggio perseguito, che può riferirsi, in entrambe le ipotesi, anche al soggetto agente. Nella precedente formulazione tanto il danno quanto il vantaggio dovevano invece essere «altrui». Dal punto di vista sanzionatorio le ipotesi di danno e quella di vantaggio non patrimoniale sono equiparate¹⁴, come previsto all'art. 323, 1° comma c.p., mentre lo sfruttamento affaristico, e quindi il vantaggio patrimoniale, prevede una pena più severa, come previsto all'art. 323, 2° comma c.p.

In tutti questi casi è necessario il particolare requisito di illiceità, poiché tanto il danno quanto il vantaggio devono essere qualificabili come «ingiusti».

Per quanto riguarda la fattispecie dell'abuso d'ufficio, è da escludere, almeno nella formulazione iniziale del 1930, che la materialità della stessa fattispecie consista essenzialmente nell'emanazione dell'atto viziato. Se l'evoluzione giurisprudenziale e dottrina aveva per lungo tempo portato a tale identificazione, richiedendo pur sempre l'emanazione di un atto da valutare secondo i parametri di legittimità del diritto amministrativo, non può non riconoscersi la piena legittimità di quella giurisprudenza e di quella dottrina¹⁵ che a partire dagli '70, cercando di "proteggere" la definizione di abuso da preconcetti ed equivoci interpretativi¹⁶, separando nettamente merito amministrativo ed attività criminosa da un lato, ed accertamento penale e controllo di legittimità dell'atto amministrativo dall'altro, arrivando a concludere che la presenza di vizi di legittimità dell'atto amministrativo non rappresentano più requisiti fondanti dell'incriminazione, ma, al più criteri probatori non esclusivi: questo sia perché, di fatto, un atto amministrativo può mancare del tutto, consistendo in alcuni casi l'abuso in una semplice attività materiale; sia perché, anche in presenza di un atto legittimo, esente da vizi, l'abuso

di comportamenti che potrebbero tranquillamente ricondursi nell'ambito degli illeciti amministrativi o disciplinari. Sul punto v. A. MANNA, *ibidem*, 23-24.

¹⁴ Scelta criticata, ad esempio, da C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, Riv. Foro italiano, 1999, 323, in quanto rispondenti a ratio di tutela completamente diverse.

¹⁵ R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in Riv. it., 1965, 28 ss.; V. PATALANO, *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in Foro pen., 1966, I, 63 ss.

¹⁶ Chiarendo in particolare che l'atto amministrativo illegittimo non completa la disposizione sull'abuso come se questa fosse una norma penale in bianco, ma rappresenta solo una delle possibili modalità realizzative della fattispecie.

può comunque consumarsi, ad esempio, attraverso un esercizio del potere discrezionale formalmente corretto e tuttavia finalizzato al perseguimento (anche) di un interesse privato. In questo senso, anche la giurisprudenza, sostiene che «il giudice può sempre indagare sull'attività vincolata o discrezionale del pubblico ufficiale per accertare se il potere riconosciutogli dalla legge fu esercitato per scopi di pubblico interesse o se il vero motivo, in concreto, fu quello di raggiungere, attraverso l'esercizio del pubblico potere uno scopo privato¹⁷».

L'inversione di tendenza è palese: non è più dall'illegittimità dell'atto che si risale all'abuso, ma è dall'accertamento dell'abuso che si ricava l'illegittimità dell'atto. È opportuno sottolineare questo aspetto: in quanto tale *modus operandi* era perfettamente legittimo, perché da un lato non arrivava comunque a coinvolgere nelle valutazioni del giudice penale il merito amministrativo, «perché se il giudice non può e non deve [...] proporre un diverso apprezzamento dei fini di esclusiva rilevanza pubblicistica e della congruità dei mezzi scelti per raggiungerli, è altrettanto vero che il giudice deve necessariamente valutare se un merito amministrativo sussista davvero»¹⁸, il che è escluso in presenza di uno sfruttamento per fini privatistici dell'ufficio, dall'altro era la stessa formulazione legislativa che richiedendo un vantaggio o un danno «neutri» come finalità dell'abuso, consentiva di ritenerlo realizzato anche nell'ipotesi di adozione di atti formalmente legittimi, ma sui quali insistesse comunque una causa privata.

A questo punto si spiega il motivo per il legislatore del '90 di inserire il requisito dell'ingiustizia del fine perseguito: l'intento è quello di evitare che l'abuso d'ufficio venisse desunto, in caso di atto amministrativo, dalla semplice presenza di uno scopo privato perseguito dall'agente e che si ritornasse, come era accaduto con lo «sciagurato»¹⁹ art. 324 c.p., a procedere nei confronti del pubblico ufficiale ogni qual volta fosse comunque rinvenibile, attraverso «vere e proprie scorrerie nel merito amministrativo»²⁰ un collegamento, in termini di amicizia o di astio, con il

¹⁷ Cass., Sez. pen. IV, 20 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 549 ss.

¹⁸ T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale, op. cit.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 88.

¹⁹ T. PADOVANI, *ibidem*, 89.

²⁰ T. PADOVANI, *ibidem*, 89.

destinatario dell'atto posto in essere, anche quando questo fosse legittimo sotto ogni profilo, ivi compreso quello relativo all'esercizio di un potere discrezionale²¹. L'atto amministrativo, se presente, deve perciò essere un atto viziato, il che riconduce la formulazione dell'abuso d'ufficio entro quel filone ermeneutico sempre proiettato verso la ricerca di solidi agganci cui ancorare i limiti di sindacabilità sull'operato della pubblica amministrazione (limiti che derivano direttamente dalla formulazione legislativa e non già da un astratto paradigma che regolerebbe i rapporti tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione), ed assegna, almeno da questo punto di vista, un punto a favore della modifica, con la quale si è eliminato il rischio di interpretazioni, seppur legittime, tuttavia inopportune dal punto di vista dei rapporti, comunque sempre tesi, tra i due organi dello Stato e si è recuperato un minimo di selettività delle condotte penalmente rilevanti. Proprio per questo motivo, l'ingiustizia del danno o del vantaggio, richiede al giudice un'attenta e rigorosa analisi sul carattere illegittimo del comportamento dell'agente, non rinvenibile automaticamente in presenza di ogni finalizzazione soggettiva dell'ufficio per scopi estranei ai fini istituzionali dell'ente in particolar modo, quanto all'esercizio di attività discrezionale da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, non riscontrabile in caso di semplice coesistenza tra finalità pubblica istituzionale e finalità privata²².

²¹ L'esempio, di fatto, tradisce qual è il vero punto dolente della questione: le preoccupazioni di invadenza del giudice penale nel merito dell'attività amministrativa, dovrebbero, stando ad una corretta ricostruzione dei rapporti tra attività giurisdizionale di accertamento di fatti criminosi ed attività amministrativa, risultare infondata: le attività di indagine del giudice possono spingersi fin dove è necessario, anche al di là dell'apparente legittimità dell'atto, alla ricerca della distorsione funzionale dell'ufficio, senza con ciò invadere le prerogative istituzionali della P.A. Il problema è che riconosciuta la validità di tale ricostruzione, in cui risulta limpida la differenza tra merito amministrativo e merito criminoso, bisogna però poi fare i conti con gli strumenti che vengono affidati al giudice nella ricognizione di tale discriminazione, e cioè le fattispecie criminose, che più si allontaneranno dagli ideali *standard* di offensività e di determinatezza, e più rischieranno di fornire dei grimaldelli attraverso cui risulterà possibile ogni forma di invasione e sconfinamento proprio nell'area di valutazione riservata alla P.A. Sul punto, T. PADOVANI, *ibidem*, 85 ss.

²² Per un approfondimento delle opinioni espresse in dottrina ed in giurisprudenza sul requisito dell'«ingiustizia», P. PISA, *op. cit.*, 13-14.

1.2.1. La “clausola” limitatrice dello svolgimento delle funzioni o del servizio.

Ogni reato è frutto del comportamento umano, e di conseguenza presuppone necessariamente un soggetto che lo compie, il c.d. “soggetto attivo”, che nel codice penale talvolta è denominato “agente”, spesso con il pronome “chi” e “chiunque”.

Ebbene nella fattispecie in esame il riferimento ad una “clausola” limitatrice in “calce” a questo paragrafo non ha una valenza casuale poiché quando si parla del delitto di abuso d’ufficio, ci si riferisce ad un reato c.d. proprio che può essere commesso dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio, ovvero da un soggetto che ricopra una speciale qualifica²³.

In base alla formulazione originaria della nozione di pubblico ufficiale, *ex art.357 c.p.*, si consideravano pubblici ufficiali innanzitutto gli impiegati dello Stato, o di altro ente pubblico, i quali esercitassero (in modo permanente, o anche solo temporaneo) una pubblica funzione (legislativa, amministrativa o giudiziaria); e comunque tutti coloro che svolgessero una pubblica funzione siffatta («permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo»). *Mutatis mutandis*, previsione analoga era contenuta

²³ Più in particolare andando ad analizzare la struttura e la distinzione dei reati in base al soggetto attivo si ravvisa la distinzione in: reati comuni che possono essere commessi da ogni persona, indipendentemente da particolari caratteristiche soggettive (in tale ipotesi di regola la norma fa riferimento a “chiunque”) e reati propri ossia quei reati per i quali la legge richiede una speciale qualità del soggetto attivo. Nel caso del delitto di abuso d’ufficio si fa riferimento agli artt. 357, 358 c.p. tratte da: G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Vicenza, 2017.

Art. 357 c.p.: «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi».

Art. 358 c.p.: «Agli effetti della legge penale, sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per quanto pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale».

nell'art. 358 c.p. quando alla definizione di incaricato di un pubblico servizio, facendosi menzione anziché di una «pubblica funzione» di un «pubblico servizio»²⁴.

Le definizioni di p.u. e i.p.s. originariamente dettate dal codice Rocco sono state oggetto di una serie di critiche. In particolare, esse risultavano poco determinate e, per certi aspetti, quasi tautologiche, in quanto ciò che rilevava era il rapporto di dipendenza tra il soggetto e l'ente pubblico in un'ottica statica e soggettiva e non invece l'attività in concreto svolta²⁵.

Ed infatti, il primo rilievo acritico che può essere svolto, esaminando le nuove formulazioni degli artt. 357 e 358 c.p., riguarda la definitiva consacrazione della teoria funzionale-oggettiva, lì dove non solo è stato eliminato ogni riferimento equivoco a rapporti di impiego o di dipendenza, ma è stato reso manifesto dalla presenza dell'inciso «*a qualunque titolo*» nell'art. 358 c.p.

Si vuole dunque affermare che occorre verificare «in concreto» se l'attività svolta dall'agente, oggettivamente considerata, presenti o meno i tratti caratteristici della pubblica funzione. La stessa Corte Suprema ha affermato che la verifica dell'esercizio della funzione pubblica deve effettuarsi prendendo in considerazione non già la natura dell'attività dell'ente pubblico nel suo complesso, ma avendo

²⁴ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte speciale*, Padova, 2010, 101 ss.

²⁵ Dire che il pubblico ufficiale è persona che esercita una pubblica funzione, e che incaricato di un pubblico servizio è persona che esercita un pubblico servizio, significa all'interprete coordinate piuttosto vaghe. L'unica indicazione sostanziale che ne derivava (nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza più recenti) era che si dovesse fare riferimento al tipo ed alla natura dell'attività svolta dal soggetto, in una dimensione dinamica, e non in un'ottica statica. In altri termini: veniva a perdere di importanza il fatto che il soggetto fosse o meno legato da un rapporto di impiego con un ente pubblico (dato che era anche espressamente menzionato nella definizione). In pratica occorreva appurare se il soggetto (non importa se pubblico dipendente, o privato) esercitasse un'attività qualificabile come pubblica funzione (risultando così pubblico ufficiale), o come pubblico servizio (incaricato di pubblico servizio). Nella prassi, emergevano tuttavia numerose incertezze interpretative, nonché la tendenza a ravvisare con larghezza eccessiva una qualifica soggettiva pubblicistica (in specie, quella di pubblico ufficiale), così dilatando oltre misura l'ambito di applicabilità del c.d. statuto penale della pubblica amministrazione. Nondimeno, alcune conclusioni sembravano sufficientemente condivise e sedimentate. Fra queste, in particolare, l'individuazione di tre sottocategorie di soggetti qualificabili come pubblici ufficiali (nell'esercizio delle relative funzioni pubbliche): in primo luogo coloro che formano, o concorrono a formare, la volontà dell'ente pubblico, o che ne hanno la rappresentanza all'esterno, nei confronti di terzi soggetti (ad esempio il sindaco di un comune); in secondo luogo coloro che sono muniti di poteri autoritativi (ad esempio l'ufficiale di polizia giudiziaria); ed infine coloro i quali sono forniti di poteri certificativi (ad esempio il notaio). Sul punto v. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *ibidem*, 102.

riguardo ai suoi singoli momenti ed alla normativa che regola ciascuno di essi²⁶. Ciò significa non solo che il riferimento soggettivo all'ente pubblico può lasciare impregiudicata la natura pubblicistica o privatistica dell'attività svolta, ma che all'interno della stessa attività di carattere pubblico, e con riferimento ad una stessa categoria di soggetti, potrà applicarsi sia lo statuto penale del pubblico ufficiale sia quello dell'incaricato di pubblico servizio a seconda delle mansioni concretamente svolte.

L'impatto della modifica con la prassi ha dimostrato una scarsa capacità, delle nuove formulazioni degli artt. 357 e 358 c.p., di modificare gli orientamenti della giurisprudenza che, attraverso un atteggiamento prevalentemente "conservatore", ha interpretato quelle norme in una prospettiva di sostanziale continuità e non di rottura con il passato e quindi attraverso un'applicazione in chiave estensiva delle categorie di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio. La motivazione, non certo sempre apprezzabile, è probabilmente legata, da un lato, alla preoccupazione di dover mantenere un controllo penale "forte" in un settore sempre più in preda ad una allarmante e diffusa criminalità politico-amministrativa, dall'altro, alle difficoltà di adeguarsi alle trasformazioni di una p.a. sempre più soggetta a trasformazioni e commistioni di modelli di organizzazione e disciplina, nonché sempre più incline all'attività svolta secondo i parametri normativi di chiara impronta privatistica.

L'art. 357 c.p. attribuisce la qualifica di pubblico ufficiale a coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria²⁷ o amministrativa, ed elimina, rispetto al passato, ogni riferimento al tipo di rapporto intercorrente con lo Stato o con altro ente pubblico (impiego, retribuzione gratuita, volontarietà etc.). Il

²⁶ Cass., Sez. pen. IV, 17 giugno 1995, in CED n. 201948, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1996, 3324.

²⁷ Il testo iniziale, prima della modifica del '92, faceva riferimento alla funzione *giurisdizionale*, che, a rigore, avrebbe potuto espungere dalla categoria dei pubblici ufficiali gli appartenenti al mondo giudiziario che non svolgessero attività qualificabile come giurisdizionale (ad es. i pubblici ministeri); anche se dottrina e giurisprudenza non hanno mai seriamente preso in considerazione tale ipotesi interpretativa, si decise comunque di intervenire attraverso una *errata corrige* normativa (la l. 7 febbraio 1992, n. 181, per eliminare ogni possibile dubbio e per rimarcare che nella categoria rientra non solo chi esercita attività di carattere giurisdizionale, ma anche chi esercita funzioni amministrative ad essa collegate, come i cancellieri, i segretari, i dattilografi, etc. Cass., Sez. pen. IV, 14 settembre 1994, in CED n. 199449, in *Riv. pen.*, 1995, 974).

secondo comma della norma in esame tenta di colmare il vuoto contenutistico della originaria formulazione introducendo alcuni indici e criteri attraverso i quali è possibile tracciare un limite “esterno”, in grado di separare la pubblica funzione amministrativa dalle altre attività prive di rilevanza pubblicistica, ed un limite “interno” che permetta di tracciare una linea di confine con l’ambito del servizio pubblico²⁸.

La delimitazione esterna viene tracciata attraverso un criterio formale di disciplina che riguarda le fonti che regolano l’attività: più precisamente la norma fa riferimento alla necessità che l’attività attraverso cui si esprime la funzione sia disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi.

Il riferimento a norme di diritto pubblico però non ha convinto del tutto la dottrina, non essendo in realtà ancora stata risolta, in sede di teoria generale del diritto, la *vexata quaestio* della distinzione tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato. È forse da condividere l’opinione di chi, pur considerando criticabile la mancanza di criteri discretivi in tal senso, che magari, con maggiore sforzo, il legislatore poteva individuare, dopo aver segnalato come limite quello della disciplina dettata da norme pubbliche, ritiene comunque, poco adatta la sede codicistica per risolvere così ardui dilemmi di teoria generale del reato²⁹.

Per quanto riguarda i parametri e gli indici di riferimento volti a tracciare i limiti interni di rilevanza della funzione amministrativa, è necessario premettere che i criteri selezionati non devono essere considerati in maniera cumulativa, nel senso della necessaria presenza di tutti i suddetti criteri, ma in maniera alternativa, nel senso che è sufficiente la presenza anche di uno solo di essi³⁰.

Il legislatore del ’90 ha “concretizzato” in parametri normativi una serie di criteri (titolarità di poteri certificativi, autoritativi, formativi della volontà della p.a.)

²⁸ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, op. cit., 31 ss.;

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 2013, 170 ss.

²⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., 172.

³⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *ibidem*, 170.

ormai consolidati sia in dottrina che in giurisprudenza, cui si faceva ricorso per cercare di definire la pubblica funzione e di distinguerla dal pubblico servizio.

Il primo criterio distintivo è individuato dall'esplicitazione di attività caratterizzate dalla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o, in maniera più sintetica, dall'esercizio di un potere deliberativo della p.a.: in questo caso potrà considerarsi p.u. chiunque formi o concorra alla formazione o all'esternazione della volontà dell'ente pubblico³¹.

Il secondo è rappresentato dall'esplicazione di un potere autoritativo, cioè di tutte quelle attività che permettono alla p.a. di realizzare i suoi fini mediante veri e propri comandi, rispetto ai quali il privato si trova in una situazione di soggezione. Si tratta dell'attività attraverso cui si esprime il c.d. potere d'imperio, che comprende poteri coercitivi o di contestazione di violazione di leggi, e, più in generale, tutti i poteri che sono espressione di un rapporto di supremazia di carattere pubblico, sia all'esterno che all'interno della stessa p.a. (nel qual caso si tratterà di supremazia gerarchica)³².

Il terzo parametro è rappresentato dall'esplicitazione di poteri certificativi, ossia il potere di rappresentare come certa una determinata situazione sottoposta alla cognizione del pubblico agente; ci si riferisce dunque a tutte quelle attività dotate di una peculiare efficacia probatoria (attività di certificazione, vidimazione, attestazione, documentazione etc.) che, lungi dall'essere delle mere dichiarazioni di scienza, rappresentano veri e propri atti di volontà della p.a. Non è necessario, tuttavia, che tale attività si identifichi con un "potere certificativo fidefaciente" che ricomprenderebbe soli gli atti facenti fede fino a querela di falso. Sul punto la

³¹ F. ANTOLISEI a cura di C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano, 2016, 284. Così ad esempio, la categoria di p.u., all'interno della vastissima categoria degli impiegati pubblici, spetterà ai dirigenti, ai c.d. funzionari di concetto – segretari amministrativi, ragionieri, ingegneri – restandone esclusi i c.d. impiegati d'ordine – archivisti, segretari, schedaristi – a meno che non siano direttamente a contatto con il pubblico – i c.d. servizi "di sportello".

³² F. ANTOLISEI a cura di C.F. GROSSO, *ibidem*, 285. Saranno dunque p.u. gli agenti della forza pubblica, le guardie giurate che esplicano funzioni di polizia, i capitani di nave, lo stesso cittadino che procede all'arresto in flagranza di reato ai sensi dell'art. 383 c.p.p., i controllori delle ferrovie o della aziende tramviarie, impiegati autorizzati ad eseguire verifiche ed accertare violazioni di legge.

giurisprudenza ha ribadito che il potere certificativo è comprensivo di tutte quelle attività cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, "quale che ne sia il grado"³³.

Rispetto alla funzione legislativa non si pongono particolari problemi definitivi, essendo tale, l'attività diretta alla produzione di quel provvedimento normativo che si chiama "legge"³⁴.

Scarsamente problematica, anche a seguito delle modifiche avutesi con la legge n. 181 del 1992, risulta anche l'individuazione dei soggetti cui è attribuita la funzione giudiziaria: la stessa ricomprenderà sia la funzione giurisdizionale propriamente detta, sia quella requirente, sia quella amministrativa a queste ultime collegate³⁵.

Anche l'art. 358 c.p., come rimodellato dalla riforma del '90, ha abbandonato il criterio soggettivo del rapporto di impiego o di pertinenza all'ente pubblico, ricollegandosi, per l'individuazione dell'incaricato di pubblico servizio, al criterio funzionale-oggettivo della natura in concreto svolta dal soggetto agente: ancora una volta, quindi, tanto il pubblico impiegato quanto il privato, che di fatto presta un pubblico servizio, potranno rivestire la qualifica soggettiva indicata.

Tutti gli altri possibili indici di riferimento (inquadramento burocratico nella struttura della persona giuridica pubblica, natura temporanea o permanente

³³ Cass., Sez. un., 11 luglio 1992, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1992, 2718. Rientreranno nella categoria dei p.u., quindi, i notai, gli agenti di cambio, i mediatori autorizzati, i sanitari, e tutti coloro che, nel processo, fanno attestazioni destinate alla prova, come testimoni, periti, interpreti, etc.

³⁴ Nel nostro ordinamento sono investiti di funzione legislativa i parlamentari (Senatori e Deputati, ex artt. 70 e 117 Cost.) ed i consiglieri regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano (art. 117 Cost.); in particolari casi anche i membri del Governo (artt. 76,77 e 78 Cost.), cui vanno aggiunti anche i membri della Commissione e del Parlamento europeo (art. 117 Cost.; art. 322-bis c.p.); la tematica si intreccia, tra l'altro, con quella del principio di non responsabilità per i voti e le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni (art. 68 comma 1 Cost.), del principio della parzialità nella rappresentanza degli interessi politici e della prerogativa di decidere il proprio trattamento economico, circostanze tutte che renderanno scarsamente adattabile lo statuto penale della p.a. ai membri del parlamento, ma che non esclude del tutto la loro responsabilità, in particolar modo rispetto alla configurabilità dei delitti di corruzione, soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge sul finanziamento ai partiti. Sul punto V. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 174.

³⁵ Saranno i p.u. i magistrati appartenenti all'ordinamento giudiziario ma anche i privati che partecipano temporaneamente alla funzione in parola, come i giurati della Corte d'Assise ed i giudici onorari. Sul particolare statuto dei giudici della Corte Costituzionale, G. FIANDACA, E. MUSCO, *ibidem*, 174.

dell'attività, presenza o meno di retribuzione) sono dunque assolutamente irrilevanti in tal senso.

Proprio l'esclusività di tale criterio, permette di condividere più quell'orientamento, diffuso in passato ma ancora oggi presente, che cerca di rinvenire la qualifica pubblicistica in base ad elementi sintomatici (come ad esempio le finalità di interesse pubblico perseguite dall'ente), onde poter affermare la qualificazione come servizio pubblico di ogni attività legata da un nesso di strumentalità e complementarietà con le finalità di interesse collettivo perseguite dall'ente³⁶. Come è stato giustamente rilevato, anche con riferimento a tali attività, ciò che conta non è la strumentalità della mansione rispetto all'area del pubblico servizio, ma la sola disciplina cui essa è assoggettata³⁷.

Anche l'art. 358 c.p., si preoccupa di individuare dei confini in grado di tracciare il perimetro di rilevanza della attività svolta attraverso il consueto limite esterno rappresentato dal dato positivo della riconducibilità a norme di diritto pubblico o ad atti autoritativi come fonti di disciplina dell'attività stessa, ed attraverso i limiti interni rappresentati dai due requisiti negativi che permettono di tracciare un limite superiore, in grado di distinguere il servizio pubblico dalla funzione pubblica, ed un limite inferiore, per distinguere il pubblico servizio dallo svolgimento di semplici mansioni d'ordine e dalla prestazione meramente materiale.

Per quanto riguarda i limiti interni, il legislatore si limita semplicemente ad affermare che il pubblico servizio si caratterizza per la mancanza dei poteri tipici della pubblica funzione: ciò significa che i criteri segnalati dall'art. 357 c.p., i quali devono intendersi in senso alternativo e non cumulativo, non devono essere presenti affinché si possa parlare di pubblico servizio. Non solo, dunque, devono mancare poteri autoritativi e certificativi, ma in nessun modo l'attività di cui all'art. 358 c.p. deve contribuire alla formazione ed alla manifestazione della volontà della p.a.

³⁶ Cass., Sez. pen. IV, 13 dicembre 1996, IMPERATORE, in *Riv. pen.*, 1997, 429; ID., 13 febbraio 1995, PROVINI, in *Guida al dir.*, 1995 n. 14, 45.

³⁷ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., 44.

Nell'ambito del servizio pubblico, viceversa, il soggetto agente, pur operando nell'ambito di una disciplina pubblicistica, agisce sempre in proprio mediante atti ed attività a lui direttamente ascrivibili e non imputabili alla p.a. (si pensi, ad esempio, alle attività svolte in regime di concessione)³⁸.

Il limite inferiore viene ricavato ancora una volta in via residuale: si afferma che l'incaricato di pubblico servizio, cioè, non deve svolgere semplici attività materiali ma deve svolgere comunque una funzione di concetto che gli attribuisca un qualche autonomo potere decisionale, sia pure in maniera ridotta rispetto al p.u.³⁹.

1.2.2. La violazione di norme di legge o di regolamento.

La condotta costitutiva del reato in esame consiste in un abuso realizzato "in violazione di norma di legge o di regolamento" ovvero in un abuso consistente nell' "omessa osservanza di un obbligo di astensione"⁴⁰.

Iniziando l'analisi dalla formula "in violazione di norma di legge o di regolamento", si pone subito in evidenza la *ratio* della norma: l'accento posto sulla violazione di legge (o di regolamento) tende ad evitare che l'abuso punibile venga sostanzialmente identificato – così come è spesso avvenuto – col semplice eccesso o sviamento di potere; col ben noto rischio di uno sconfinamento del controllo penale in forme di indebito sindacato sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione e di una conseguente eccessiva estensione dell'area della punibilità⁴¹.

³⁸ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., 44; S. VINCIGUERRA, *Profili penalistici del servizio pubblico*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 30, il quale peraltro, rileva come l'esercizio di poteri autoritativi e/o certificativi implica sempre la formazione e/o la manifestazione della volontà pubblica; così come non vi può essere esercizio di poteri deliberativi senza il contestuale svolgimento di poteri autoritativi e/o certificativi.

³⁹ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., 45.

⁴⁰ A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, 720.

⁴¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., 251.

Nella prassi giurisprudenziale formatasi sotto la disciplina previgente, l'abuso di ufficio è stato infatti per lo più ravvisato in qualsiasi forma di strumentalizzazione dell'ufficio per finalità non consentite. A sua volta, la strumentalizzazione del potere tendeva però ad essere genericamente stemperata nel perseguimento, da parte del soggetto pubblico, di finalità extra-istituzionali. Da questo punto di vista, si sosteneva che l'abuso comportasse sempre uno sviamento di potere dalla causa tipica per il quale il potere stesso è stato attribuito. Ed inoltre si soleva aggiungere che il vizio di violazione di legge – ove ravvisabile – costituisse di regola il “sintomo” della condotta abusiva; mentre il nucleo forte dell'illiceità penale della condotta stessa era sempre rappresentato dallo sviamento di potere⁴².

Stante siffatto orientamento, l'abuso di ufficio finiva, nella sostanza, col coincidere pressoché interamente col vizio di eccesso o sviamento di potere. La linea di demarcazione tra illiceità amministrativa e illiceità penale rimaneva, così, affidata ad un dato labile e di problematico accertamento processuale: cioè la finalità di vantaggio o di danno, nella forma del dolo specifico, doveva accompagnare l'eccesso di potere perché il fatto risultasse punibile⁴³.

Ma, siccome nella stragrande maggioranza dei casi era possibile presumere che all'eccesso di potere si accompagnasse una qualche finalità, sia pure indiretta, di vantaggio per il pubblico ufficiale o per soggetti terzi, ecco che il discrimine tra illecito penale e illecito amministrativo tendeva a divenire impercettibile, con conseguente eccessiva estensione dell'area della punibilità.

Nelle intenzioni del legislatore del '97, l'ancoraggio della condotta di abuso alla violazione di espresse norme di legge (o regolamento) dovrebbe, dunque, servire a poggiare il reato in esame su un fondamento più sicuro e dai contorni meno incerti: vi sarà rilevanza penale dell'abuso soltanto nella misura in cui il giudice accerti che esiste una precisa norma legislativa o regolamentare, della cui violazione il pubblico

⁴² Cass., Sez. pen. IV, 16 giugno 1995, in *Riv. pen.*, 1995, 1329; Cass., Sez. pen. IV, 15 dicembre 1994, in *Mass. dec. pen.*, 1995, fasc. 1, 87.

⁴³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 251.

funzionario può essere chiamato a rispondere; diversamente, cioè in assenza della violazione di puntuali norme, il reato non sarà configurabile⁴⁴.

Ora, non si può negare che questa rinnovata concezione dell'abuso punibile appaia, in linea di principio, più rispettosa del valore della certezza giuridica. Ma è pur vero che questo maggiore rispetto della certezza comporti "costi", che rappresentano il lato debole della modifica legislativa della fattispecie di abuso.

A ben vedere, la "violazione di legge", quale requisito oggi caratterizzante l'abuso punibile, richiama la categoria amministrativistica della violazione di legge quale vizio tipico (allo stesso modo dell' "eccesso di potere") dell'atto amministrativo: com'è noto, tale vizio ha una portata molto ampia, che abbraccia vizi attinenti al soggetto, vizi del contenuto, della forma e del procedimento.

È da ritenere che la violazione di legge mantenga confini non meno ampi, sul piano concettuale, anche come elemento costitutivo del delitto di abuso d'ufficio. Ma, se così fosse la menzione espressa della violazione di legge tra i requisiti della fattispecie incriminatrice può dar luogo ad una sorta di paradosso sul piano interpretativo: nel senso che la vigente formulazione del reato – al di là delle intenzioni del legislatore del '97 – può risultare, sotto alcuni aspetti, eccessivamente estensiva⁴⁵.

Ponendo la sola violazione di legge (o di regolamento) quale presupposto dell'abuso punibile, senza distinguere quale tra le leggi (o i regolamenti) debba essere il possibile oggetto di violazione, vi è in realtà il rischio di far leva, in alcuni casi, su un concetto di illegittimità formale, identificabile con la mera irregolarità, pervenendosi così a soluzioni più formalistiche di quelle prima consentite dalla

⁴⁴ In giurisprudenza si è precisato che la condotta del soggetto pubblico rileva in presenza di una semplice condizione: che contrasti con norme specificamente mirate ad inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi annettere rilevanza, al riguardo, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio) e che dette norme presentino i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento (Cass., Sez. pen. IV, 24 settembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, 121). Si è, inoltre, chiarito che la violazione di norme di legge aventi carattere procedurale non è idonea a determinare la violazione di legge rilevante *ex art. 323 c.p.* (Cass. 1 marzo 1999).

⁴⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 252.

valorizzazione dell'eccesso di potere⁴⁶. Infatti, come la stessa giurisprudenza ha sostenuto sotto la previgente disciplina dell'abuso, la violazione di norme legislative (o regolamenti) potrebbe di per sé non essere sufficiente a integrare gli estremi di un abuso funzionale meritevole di punizione.

Inoltre, per effetto della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, sono da ascrivere alla violazione di legge non poche figure prima riconducibili all'eccesso di potere: si tratta di ipotesi come la mancanza di motivazione o motivazione insufficiente del provvedimento che oggi contravvengono a precise prescrizioni normative, con la conseguenza che si traducono in vizi di illegittimità formale alcuni dei più importanti casi di vizi di illegittimità sostanziale.

Per altro verso, l'espressione "violazione di norme di legge", considerata nella sua estrema genericità, potrebbe di per sé consentire interpretazioni così late da includervi anche norme generalissime o di principio, a cominciare dallo stesso art. 97 della Costituzione: se ciò avvenisse, il magistrato penale si sentirebbe autorizzato a sindacare, sotto il profilo della violazione di legge (costituzionale), la corrispondenza del comportamento del pubblico funzionario ai principi del buon andamento e dell'imparzialità, col risultato possibile di dilatare il campo della rilevanza penale entro confini forse ancora più estesi di quelli precedenti⁴⁷.

⁴⁶ G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio*, *Questione giustizia*, 1995, 319; nello stesso senso A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 106; O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in www.Foro.it, 2000, 140; G. GIAMMONA, *Una decisione interessante in tema di abuso di ufficio e di ordinanze di necessità e urgenza in materia di rifiuti*, *ibidem*, 487; M. GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 186; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione delle norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, *op.cit.*, in *Cass. pen.*, 1998, 2335; A. BELFIORE, *Concorso universitario, abuso d'ufficio e limiti al sindacato penale*, in www.Foro.it, 1999, II; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in www.Foro.it, 1998, II, 258.

⁴⁷ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio: tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 5 ss.; in giurisprudenza nel senso del testo Cass., Sez. pen. IV, 8 maggio 2003, CED, Cass., n. 226707, per la quale la norma di cui al primo comma dell'art. 97 della Costituzione, per cui i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, sicché tali principi per il carattere generale che li distingue non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 c.p. Ma si veda nello stesso senso Cass., Sez. pen. IV, 18 febbraio 2009, in www.dejure.it.

Un tale risultato peraltro si verificherebbe quasi certamente se ci si spingesse ancora oltre: se cioè la giurisprudenza facesse proprio quell'orientamento della dottrina amministrativa⁴⁸ che – muovendo dalla valorizzazione della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo – finisce, in realtà, con l'includere nel vizio di legittimità per violazione di legge (appunto, della legge predetta) persino l'eventuale inadeguatezza del mezzo utilizzato dal pubblico ufficiale per conseguire l'obiettivo dell'azione amministrativa, sotto i profili della economicità e dell'efficacia.

E dunque ciò finirebbe con il consentire al giudice penale, disposto a seguire un tale orientamento, controlli ancora più penetranti, ai limiti o entro lo spazio del sindacato di merito, sotto lo scudo tranquillizzante del vizio di legittimità per violazione di legge.

Sotto altri aspetti non meno significativi, invece, l'attuale versione dell'abuso può risultare eccessivamente restrittiva o comunque poco compatibile con i caratteri funzionali di una pubblica amministrazione moderna.

Come è stato osservato⁴⁹, l'ancoraggio della norma penale al generico contrasto con norme di legge o regolamento trascura in realtà il fatto che oggi l'amministrazione «*non è più relegata nella sfera del già deciso dalla legge, ma implica scelte, da una parte tra più interpretazioni astrattamente possibili e dall'altra tra diversi modi di comporre e bilanciare molteplici interessi pubblici coinvolti nella decisione. Inoltre, nell'effettuare queste scelte la conformità alla norma giuridica non è più l'esclusivo parametro di riferimento, ma esso viene affiancato da altri criteri, ed in particolare da quelli di economicità e di efficacia*»⁵⁰.

In questo modo, la limitazione dell'abuso punibile alla sola violazione di legge (o di altra disposizione scritta) può apparire soluzione riduttiva potenzialmente foriera di vuoti di tutela penale: nondimeno, la pretesa di continuare a sottoporre a controllo penale abusi che eventualmente si annidino nelle complesse scelte

⁴⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, op. cit.*, 254.

⁴⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *ibidem*, 254.

⁵⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *ibidem*, 255.

discrezionali del pubblico amministratore, ripropone per altro verso il problema della indebita sovrapposizione tra sindacato penale e merito politico-amministrativo. In quest'ultimo senso appare significativa quella giurisprudenza per la quale il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico sistematico di una norma di legge, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno svolgimento della funzione o del servizio che oltrepassi ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio⁵¹.

In sintesi, la prima forma di condotta abusiva di cui all'art. 323 c.p., si ricollega alla "violazione di norme di legge o di regolamento". Tale espressione, per certo, non risolve ogni problema, dal momento che non è offerta alcuna individuazione sui possibili contenuti di dette fonti, ma vale senza dubbio a chiarire che il comportamento tenuto dal pubblico agente può assumere rilevanza solo se contrario a regole scritte positivamente (pre-)fissate⁵².

Dunque, dovrà trattarsi di norme che dispongono regole attinenti al concreto esercizio della funzione o del servizio, regole dal contenuto delimitato e puntuale, non anche di principi e direttive generali cui deve ispirarsi e conformarsi l'azione amministrativa⁵³. L'esigenza della tassatività impone che la norma violata, sia essa legislativa o regolamentare, abbia uno specifico contenuto precettivo tale da consentire di cogliere con chiarezza il discrimine che essa traccia fra lecito ed illecito⁵⁴.

⁵¹ Cass., Sez. pen. IV, 16 maggio 2010, in www.dejure.it.

⁵² A. FIORELLA, *op. cit.*, 721.

⁵³ In tal senso non è suscettiva di integrare violazione di legge la non conformità ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost., ovvero all'art. 111, comma 2, Cost. *Contra*, Cass., Sez. pen. VI, 20 gennaio 2009, G. RIGOLDI, in *Cass. pen.*, 2010, 1406, secondo cui "integra la violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, l'inosservanza da parte del giudice del principio di imparzialità"; Cass., Sez. pen. VI, 12 febbraio 2008, SASSARA, *Cass. pen.*, 2009, 1025, per la quale "in tema di abuso d'ufficio", il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della p.a., per la parte in cui riguarda l'attività dei pubblici funzionari, poiché esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi".

⁵⁴ S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 261. Per la irrilevanza della violazione di una "circolare" vedere Cass., Sez. pen. VI, 14 aprile 2010, M. A, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 810.

La fattispecie incriminatrice, che così formulata cessa di descrivere un abuso “innominato” per configurare un abuso “tipico”, non offre pertanto tutela agli “atti discrezionali” ed all’ “eccesso di potere”⁵⁵. Il giudice quindi non potrà più valutare il merito della discrezionalità amministrativa come ravvisare il fatto-reato nell’uso del potere per un fine diverso da quello previsto.

La sufficiente determinatezza (e la storia normativa) dell’art. 323 c.p. porta ad escludere l’irragionevolezza della scelta operata dal legislatore per pretesi vuoti di tutela⁵⁶.

Se il termine “legge” non solleva questioni problematiche, appare opportuno chiarire che per “regolamento” deve intendersi la fonte *sub*-primaria adottata tramite un *iter* legislativamente disciplinato e formalizzata con la qualifica espressa di regolamento; ovvero un regolamento emanato in base ad una potestà normativa attribuita dalla legge, ossia una fonte di formazione secondaria tipica della pubblica amministrazione⁵⁷.

Qualche obiezione potrebbero comunque sorgere sotto il profilo di un rigoroso rispetto del principio di riserva di legge in materia penale: nel senso che la nuova fattispecie di abuso è costruita in modo tale da ammettere che una fonte normativa secondaria, come appunto il regolamento, concorra alla descrizione dell’illecito penale per la determinazione di elementi significativi del fatto punibile⁵⁸.

⁵⁵ M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell’abuso di ufficio in relazione all’eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 879 ss.

⁵⁶ Cass., Sez. pen. VI, 25 settembre 2009, in *Guida dir.*, 2010, n.2, Dossier, 88.

⁵⁷ Dunque, ad esempio, le circolari ed i provvedimenti amministrativi (atti generali, di programmazione o di pianificazione) non potranno essere ricompresi nella nozione di regolamento. In tal senso si è espressa la Corte costituzionale con la sent. 15-28 dicembre 1998, n. 447, in *Cass. pen.*, 1999, 1373: “E’ inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 323 c.p., come sostituito dall’art. 1 della l. 16 luglio 1997, n. 234, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui, a seguito della modifica normativa, non assoggettata a pena condotte riprovevoli dal punto di vista sociale e lesive dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (la Corte ha osservato che, a norma dell’art. 25 comma 2 Cost., solo il legislatore può nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilite qualità e quantità delle relative pene edittali)”.

⁵⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, op. cit.*, 255.

1.2.3. La violazione dell'obbligo di astensione.

L'altra possibile forma di realizzazione dell'abuso d'ufficio consiste nella violazione del dovere di astensione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti, vale a dire in quelle situazioni, tipizzate dalla norma incriminatrice attraverso un generale richiamo al c.d. conflitto di interessi o indirettamente attraverso il rimando ad altre fonti normative che espressamente prevedono altri casi di incompatibilità, in cui vengono a crearsi indebite interferenze tra l'esercizio del potere pubblico, condizionato, nel fine, al rispetto del buon andamento e nelle modalità al rispetto dell'imparzialità, e interessi privati dell'agente, in grado di inibire il corretto soddisfacimento degli interessi della pubblica amministrazione⁵⁹.

Poiché il reato è strutturato come reato di evento, non sarà sufficiente la semplice violazione del dovere di astensione da parte del pubblico agente, essendo invece necessario che tale condotta cagioni effettivamente l'uno o l'altro degli eventi presi di mira dall'incriminazione, e che dunque il comportamento in contrasto con il dovere di astensione procuri dal punto di vista causale un ingiusto vantaggio patrimoniale a favore dell'agente o di un terzo, ovvero un ingiusto danno, anche non patrimoniale, ad altri.

La tematica relativa al dovere di astensione non è assolutamente nuova, essendo stata già ampiamente dibattuta sia sotto la vigenza del vecchio interesse privato in atti di ufficio, che ne rappresentava anzi proprio la *sedes materiae* elettiva, ed in seguito alla riforma del '90, a proposito dell'abuso d'ufficio, che, secondo l'opinione prevalente, avallata dalla giurisprudenza, aveva "assorbito" almeno le condotte più significative prima rilevanti ai sensi dell'art. 323 c.p.

Una rapida cronistoria della giurisprudenza relativa a tali forme di concretizzazione dell'interesse privato prima, dell'abuso d'ufficio poi, vede in un primo momento, sotto la vigenza dell'art. 324 c.p., dunque, diffondersi la

⁵⁹ F. ANTOLISEI a cura di C.F. GROSSO, *op. cit.*, 335 ss.