

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMA PENALE INTEGRATO E
PROCESSO

CICLO XX

TESI

IL DELITTO DI ABUSO DI UFFICIO

Relatore

Ch.mo Prof.

VINCENZO PATALANO

Dottorando di
ricerca

dott.

FABRIZIO
RIPPA

Coordinatore del corso di dottorato

Ch.mo prof.

VINCENZO PATALANO

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

INDICE

INTRODUZIONE

CAP I – EVOLUZIONE STORICA DELLA FATTISPECIE DI ABUSO D’UFFICIO: DALL’ANCIEN REGIME AL CODICE PENALE DEL ‘30

PREMESSA – IL PERIODO ASSOLUTISTICO

DAL PERIODO RIVOLUZIONARIO ALLE PRIME CODIFICAZIONI

L’ART. 175 DEL CODICE PENALE ZANARDELLI (1889)

LA FATTISPECIE DI ABUSO DI UFFICIO NELL’IMPIANTO CODICISTICO DEL ‘30

CAP II – LA RIFORMA DEI DELITTI CONTRO LA P.A. DEL 1990 ED IL “NUOVO” ABUSO D’UFFICIO

LA RIFORMA NOVELLISTICA DEL 1990

IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL’ATTIVITA’ AMMINISTRATIVA

L’ABUSO D’UFFICIO NELLA VERSIONE DEL ’90: PROFILI SISTEMATICI

SEGUE: LA STRUTTURA DELL'ART. 323 C.P.

CAP III – L'ATTUALE DISCIPLINA DELL'ABUSO D'UFFICIO

PREMESSA – I LAVORI PARLAMENTARI

LA FATTISPECIE OGGETTIVA:

- IL BENE GIURIDICO
- IL SOGGETTO ATTIVO: PREMESSA – LA RIFORMA DEL '90
- IL PUBBLICO UFFICIALE
- L'INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO
- IL SOGGETTO PASSIVO
- LA CONDOTTA MATERIALE: PREMESSA
- IL PRESUPPOSTO DELLA CONDOTTA
- LA CONDOTTA
- LA PRIMA FORMA DI CONDOTTA TIPICA: LA VIOLAZIONE DI NORME DI LEGGE O REGOLAMENTO
- SEGUE: LA VIOLAZIONE DI NORME DI LEGGE
- SEGUE: LA VIOLAZIONE DI NORME DI REGOLAMENTO
- LE FONTI ESCLUSE DAL DETTATO DELL'ART. 323 C.P.
- LA SECONDA FORMA DI CONDOTTA TIPICA: LA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE
- L'EVENTO

LA FATTISPECIE SOGGETTIVA

- PREMESSA: DOLO GENERICO

- DOLO INTENZIONALE
- LA RILEVANZA DELL'ERRORE

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

- TENTATIVO
- CONCORSO DI PERSONE NEL REATO
- LE CIRCOSTANZE

CONCORSO DI REATI E CONCORSO DI NORME

LE SANZIONI

INTRODUZIONE

Il delitto di abuso d'ufficio è previsto e disciplinato dall'art. 323 c.p., inserito nel capo I, titolo II, libro II del codice penale Rocco, capo relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (capo I, artt. 314 – 335 *bis* c.p.), a sua volta incluso nel complessivo sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, l'intero titolo II, che comprende, oltre alle già citate disposizioni, quelle concernenti i delitti dei privati contro la p.a. (capo II, artt. 336 – 356 c.p.) ed una serie di disposizioni comuni ai suddetti capi, che si preoccupano di definire, anche ai fini di tutte quelle fattispecie, comunque rintracciabili nel complesso della legislazione penale, caratterizzate dalla presenza di un particolare soggetto qualificato, in veste attiva o passiva (ai fini della descrizione normativa del fatto nei suoi elementi essenziali o dell'applicabilità di una circostanza aggravante), le nozioni di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.), di incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.), di persona esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.).

La norma in esame è, nella sua attuale formulazione, il risultato di una stratificata e travagliata vicenda legislativa che muove dalla generale esigenza di ristrutturazione dell'intero sistema dei delitti contro la p.a. (riorganizzazione, peraltro, attuata con notevole ritardo dal legislatore repubblicano), dato l'irrimediabile "rigetto", da parte del nuovo "organismo" di riferimento, di un corpo oramai avulso, ideato e concretato in norme in periodo di congerie politica e ideologica assolutamente incompatibile con l'attuale assetto istituzionale; esigenza tradottasi nella riforma attuata con la l. 26 aprile 1990, n.86, con cui venivano modificate numerose disposizioni relative alla classe dei delitti contro la P.A., riforma che non era riuscita, tuttavia, proprio a proposito dell'abuso d'ufficio, a colmare da un lato le incertezze interpretative e le oscillazioni applicative derivanti da una carente descrizione normativa del fatto, assolutamente in deficit rispetto agli oramai imperativi, ma già da tempo segnalati come cogenti, canoni di precisione e determinatezza, dall'altro a tradurre in termini giuridici, attraverso una selettiva individuazione e caratterizzazione degli elementi costituenti la fattispecie in esame, quegli obiettivi di politica criminale, posti in generale a base della riforma del titolo II, e tesi, nell'ottica di un mutamento di

vedute circa l'assetto della P.A. nel quadro costituzionale di riferimento, ad un completo riassetto dei rapporti tra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa, nel senso soprattutto del restringimento dell'area di influenza e di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa, in particolare quando caratterizzata da scelte discrezionali; rendendo dunque necessario una successiva attività novellatrice da parte del legislatore, a distanza di pochi anni dalla riforma, coll'intento di riparare all'infruttuoso tentativo del '90.

A seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 l. 16 luglio 1997, n. 234, l'art. 323 c.p. dispone oggi che "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità".

Uno sguardo d'insieme della fattispecie, superficiale ma non privo di possibilità di rilievi, consente immediatamente di riconoscere lo sforzo effettuato dal legislatore nel cercare di adattare la riformata figura delittuosa ai canoni costituzionali che dovrebbero governare le attività di corretta individuazione, selezione e descrizione delle condotte meritevoli di sanzione penale, con particolare riferimento ai principi di determinatezza, per ciò che attiene il profilo formale, quello di offensività sotto l'aspetto sostanziale. Obiettivo perseguito attraverso una tecnica di redazione minuziosa e dettagliata, ricca di elementi che contribuiscono alla specificazione delle condotte punibili sia sotto il profilo oggettivo, utilizzando il modello c.d. a "forma vincolata", che descrive con dovizia di particolari condotta, presupposti ed evento materiale, sia sotto il versante soggettivo, con l'indicazione di una specifica forma di dolo, quello intenzionale, necessario ai fini della tipicità. Ovviamente la scelta del materiale normativo risulta intimamente connesso con l'intento di inverare quegli scopi di politica criminale che sono stati alla base delle successive riforme, in particolare

quello di dotare lo statuto penale della p.a. di un soddisfacente grado di aderenza rispetto ai mutamenti di orizzonte della stessa funzione amministrativa, delle relazioni intercorrenti tra i vari organi e poteri pubblici attraverso cui si esprimono le modalità di esercizio delle principali funzioni di un moderno stato sociale, dei rapporti tra la pubblica amministrazione ed i singoli con cui essa viene in contatto.

Una analisi accorta, quanto meno da un punto di vista metodologico, del delitto in esame non può prescindere da almeno tre canali di approfondimento: è indiscutibile, *in primis*, il valore di una ricognizione, al limite anche solo didascalica, dei precedenti storici, sia a livello di figure criminose più o meno sovrapponibili all'attuale abuso d'ufficio, sia dei precedenti sistemi normativi in cui tali reati si inserivano, ai fini di una ricostruzione che tenga conto degli sviluppi dottrinari e giurisprudenziali in materia, ed i cui attuali risultati si pongono ora in linea di continuità e sviluppo ora in linea di superamento o contraddizione rispetto a precedenti elaborazioni, risultando comunque debitori di tale eredità storica e di tale *humus* di cultura ed esperienza. E se per approfondire l'indagine di una qualunque figura delittuosa tale metodica risulta sempre indicata, nello specifico caso dell'abuso d'ufficio tale particolare esigenza appare amplificata dalla circostanza del susseguirsi di due modifiche legislative realizzate nel solo periodo di vigenza del codice attualmente in vigore.

In secondo luogo risulta inevitabile una dettagliata analisi della fattispecie nella sua attuale formulazione, sia attraverso uno "svisceramento" di ogni sua particella costitutiva (un approccio di tipo "modulare"), sia attraverso una disamina che tenga conto del significato complessivo e delle interazioni che conseguono dall'incontro dei singoli elementi nella struttura complessiva dell'illecito; senza trascurare, allargando l'orizzonte di riferimento, né il profilo sistematico, per l'ovvia necessità di inserire ogni fattispecie in un preciso contesto normativo, contesto che può evidentemente condizionare in maniera pregnante l'analisi ad oggetto ed il relativo risultato elaborativo; né, nell'ottica di una prospettiva teleologica, quale sia il significato funzionale (intimamente connesso con quello dogmatico) dei singoli elementi costitutivi e della complessiva ipotesi delittuosa

esaminata, e dunque quali siano gli obiettivi di politica criminale raggiunti o, eventualmente, ancora da raggiungere *de iure condendo*.

Il terzo ed ultimo profilo attiene alle necessarie interrelazioni che, postulato un ordinamento giuridico improntato al canone dell'unità e della non contraddittorietà, secondo la sua tendenziale, o addirittura ontologica logicità, vengono a stabilirsi tra i vari settori dell'ordinamento stesso, quelli del diritto penale e del diritto amministrativo in particolare, e che induce ad approfondire quegli aspetti, derivanti dalla dottrina amministrativistica, che le figure delittuose, implicitamente od esplicitamente, richiamano e che possono risultare utili per effettuarne una corretta esegesi. In ultima analisi è dalla stessa concezione di Pubblica Amministrazione e dallo sviluppo che questa ha ricevuto, soprattutto negli ultimi tre lustri (in realtà andrebbe analizzato il mutevole susseguirsi delle varie configurazioni che la Pubblica Amministrazione ha subito a partire fin dalla sua nascita nel contesto liberal-ottocentesco) che possono ricavarsi informazioni utili per l'interprete e lo studioso di diritto penale, soprattutto se oggetto del cimento di analisi è rappresentato proprio da quella fattispecie, l'abuso d'ufficio, che nella maniera più diretta (almeno a partire dalla riforma del '90) è in grado di influire sull'esercizio delle attività in cui si sostanzia l'amministrazione pubblica, attraverso il sindacato ed il controllo sugli atti che di quella attività rappresentano la concreta attuazione e che rappresentano il presupposto normativo delle condotte abusive prese in considerazione dalla norma penale.

CAP I

EVOLUZIONE STORICA DELLA FATTISPECIE DI ABUSO D'UFFICIO: DALL'ANCIEN RÉGIME AL CODICE PENALE DEL '30

PREMESSA. IL PERIODO ASSOLUTISTICO.

I delitti contro la pubblica amministrazione, per il loro naturale ed intimo rapporto di connessione con il tipo di ordinamento in cui si inseriscono e con la struttura che un organismo statale, proprio attraverso l'ordinamento di cui si dota, assume in un determinato momento storico, sicuramente non rientrano in quel "nucleo" costante del Diritto penale¹, quel complesso di delitti, cioè, da sempre presente in ogni sistema punitivo, indipendente da valutazioni contingenti di carattere politico ed indifferente rispetto ai presupposti economico-sociali di una società (delitti contro la vita; delitti contro il patrimonio); rientrano a pieno titolo, ne rappresentano forse il paradigma, invece, in quel novero di variabili storiche, fortemente condizionate dalla particolare fisionomia che assumono il contenuto e l'organizzazione di un dato potere statale (assolutistico, liberale, democratico), e che dipende sia dall'assetto che si realizza tra i vari organi attraverso cui tale potere viene esercitato (separazione dei poteri, struttura verticale oppure orizzontale della tripartizione), sia dai rapporti tra il potere, largamente inteso, ed i singoli individui che formano la compagine sociale di riferimento (stato di diritto, stato sociale di diritto).

Da qui una prima, ovvia considerazione: una ricerca volta a rintracciare, nei precedenti sistemi normativi, figure delittuose che possano considerarsi gli antesignani del moderno abuso d'ufficio, non può che prendere le mosse a partire dal periodo storico in cui effettivamente comincia a definirsi e distinguersi dal complesso delle funzioni "sovrane", un concetto di pubblica amministrazione²,

¹ MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 2001, p. XXVII e ss; DELITALIA, *Diritto penale*, in "Enciclopedia del diritto", XII, 1964, p. 1099

² Bisogna in realtà distinguere tra una nozione di pubblica amministrazione da intendersi come "apparato burocratico, statale, centralizzato, gerarchizzato, organicamente distinto da quello giudiziario e titolare di una funzione diversa da quella giurisdizionale", che identifica nel concetto di pubblica amministrazione "un qualunque tipo di apparato di governo". E non è del tutto inappropriato riconoscere, già nel periodo pre-rivoluzionario, in alcune monarchie europee (ad es. in Francia), l'esistenza di un simile apparato. Ma se da un piano meramente "soggettivo", si passa

che, pur nelle sue multiformi e variabili configurazioni, diventa comunque il dato preordinante rispetto al quale ogni tipo di valutazione risulta condizionata.

In un periodo in cui non pare corretto neanche parlare al plurale di poteri³, poiché non è in alcun modo individuabile una linea di demarcazione netta che permetta di distinguere, fra le complessive funzioni tutte raccolte nelle mani del sovrano, quantomeno un'astratta tripartizione, non trova spazio alcuno un sistema di incriminazioni attraverso cui possa attuarsi un controllo giurisdizionale su una attività pubblica esercitata in violazione di regole precostituite, più o meno precise. Il monarca è legislatore unico, giudice supremo, detentore di tutto il complesso di attività (in particolare di polizia) attraverso cui si esercita il potere di governo: il Re, in veste di giudice, dovrebbe controllare il suo operato, e attraverso le regole di cui egli stesso si è dotato.

A maggior ragione non può ipotizzarsi una censura delle condotte abusive nell'esercizio della funzione amministrativa quando queste si risolvano in una prevaricazione ai danni dei consociati, e non in un mero sfruttamento dell'"ufficio" per fini privati. Nello Stato assolutistico il singolo non può vantare alcuna pretesa nei confronti del potere pubblico, non può, in verità, definirsi neanche cittadino. L'individuo è propriamente un suddito, ed il suo spazio di libertà nella società non rappresenta che una "graziosa" concessione da parte del Sovrano, che può, in qualunque momento, attraverso il suo apparato militare, riaffermare e ribadire il carattere assoluto del suo potere nei confronti di chiunque.

a considerare il concetto giuridico di amministrazione, in cui risulta indispensabile "la sua connotazione funzionale di tipo squisitamente esecutivo, necessaria per poterla opporre ad un apparato giudiziario", non può che rimandarsi ai periodi successivi. Se "la rivoluzione non può essere indicata come fattore genetico dell'amministrazione moderna, costituisce, tuttavia, il momento in cui questa riceve una definitiva formalizzazione costituzionale e viene unanimemente riconosciuta come secondo potere dello Stato". MARRAMA, in *Diritto Amministrativo*, 3^a ed, a cura di Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, , Bologna, 2001, pp. 366 e ss.

³ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, p.7. In effetti, in quelle (poche) monarchie dotate di un apparato amministrativo soggettivamente individuabile, non è comunque possibile distinguere nettamente tra funzioni esecutive e funzioni giudiziarie, né è possibile riconoscere un dato di esclusività all'organo amministrativo, poiché esso "continua a convivere con altri tipi di apparato di struttura molto più antiquata" MARRAMA, *op. cit.*, p. 367.

In definitiva, durante *l'ancien régime* non risulta appropriato parlare di pubblica amministrazione, di separazione dei poteri, di controllo giurisdizionale, di regole di esercizio delle pubbliche funzioni: esiste solo l'istituzione monarchica che raccoglie in sé tutte le attribuzioni politiche, amministrative e giudiziarie, ed il novero delle condotte punibili perché contrastanti con l'esercizio di tali attribuzioni risulta tutto riconducibile ai delitti di lesa maestà (o più in generale al gruppo cd. di *crimenlese*, che raccoglie, oltre la lesa maestà propriamente detta, anche l'alto tradimento e la turbativa di pubblici poteri⁴).

DAL PERIODO RIVOLUZIONARIO ALLE PRIME CODIFICAZIONI

Se da un punto di vista strutturale ed istituzionale il periodo a cavallo tra l'assolutismo cd. illuminato ed il periodo rivoluzionario segna il definitivo configurarsi di un apparato amministrativo e, in ossequio del reverenziale rispetto dell'ideologia illuminista per il principio della separazione dei poteri, risulta maturo poter affermare il suo marcato distacco dal potere giurisdizionale, dal punto di vista dei rapporti tra l'organismo pubblico ed i singoli cittadini (solo ora degni di tale qualifica), deve segnalarsi, quanto meno sul piano teorico, un ribaltamento dei tradizionali equilibri: non più l'individuo come mero strumento attuativo di una superiore volontà statale, ma lo Stato come veicolo per l'affermazione e la tutela dei diritti, naturali ed inviolabili, dell'uomo.

In virtù di tale doppia premessa, risulta comprensibilmente logico constatare sia la comparsa delle prime fattispecie penali in cui rileva un abuso nell'esercizio del potere pubblico, sia la loro generale configurazione secondo il modello della prevaricazione⁵, nel senso della necessità, a livello di evento sotto il profilo

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

⁵ MANNA, *loc .ult .cit.*, cui si rimanda, in generale, per una sintetica ma esaustiva ricognizione delle fattispecie d'abuso nell'esercizio di pubblici poteri nelle legislazioni preunitarie. ID, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1201 ss.

oggettivo, o di specificità del dolo sotto quello soggettivo, di un danno nei confronti del privato, in veste di soggetto passivo⁶.

Particolarmente sintomatica risulta, a tal proposito, l'abolizione, attraverso la cd. "Leopoldina", la riforma penale attuata nel Granducato di Toscana da Pietro Leopoldo II nel 1786, considerata, non a caso, uno dei testi più noti e più importanti del riformismo del XVIII secolo, testimonianza dell'innesto delle idee dell'illuminismo sulle istanze di trasformazione dei sovrani assoluti, del reato di lesa maestà (attraverso l'art. LXII⁷), e la consacrazione, nel successivo art. LXIV⁸, delle fattispecie di abuso di potere come archetipo dei delitti di violenza pubblica. E nota caratterizzante del reato risulta essere proprio la particolare direzione lesiva della volontà (sotto forma di dolo specifico), tesa alla prevaricazione nei confronti del singolo cittadino; non privo di spunti d'interesse risulta essere anche l'aspetto sanzionatorio di tale norme, poiché il fuoco del legislatore si incentra decisamente sulle conseguenze interdittive, come la perdita del "Posto", piuttosto che sull'aspetto punitivo propriamente detto⁹.

Apparentemente sembra muoversi secondo un paradigma simile e, dunque, secondo la stessa linea evolutiva poc'anzi tracciata (anche se la tutela del singolo nei confronti dell'autorità sembra essere meno pregnante rispetto al precedente esempio), il codice penale veronese del 1797, che contempla, nel Capitolo IX,

⁶ Così GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 249, in cui si evidenzia sia la matrice liberale delle codificazioni ottocentesche, e quindi come, a proposito della fattispecie di abuso "il campo di tutela della norma...fosse incentrato sulla salvaguardia delle libertà individuali e dei diritti dei cittadini contro gli atti arbitrari commessi con abuso dai pubblici funzionari", sia la totale estraneità, in queste prime formulazioni, del modello di condotta incentrato sul perseguimento, attraverso un'attività amministrativa illegittima, di un vantaggio per l'agente o per altri.

⁷ Art. LXII "Ordiniamo che sieno tolte, e cassate tutte le Leggi che con abusiva estensione hanno costituito, e moltiplicati i Delitti di Lesa Maestà, come provenienti nella maggior parte dal Dispotismo dell'Impero Romano e non tollerabili in veruna ben regolata società...", ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, II, Milano, 1995, 314 ss.

⁸ Art. LXIV "...se alcuno dei detti Giudici, Ministri ed Impiegati...trascendendo i limiti, o altrimenti abusando del pubblico Ministero, Ufficio, o Impiego affidatogli, si varrà dolosamente dell'autorità...per fare a chichessia qualsivoglia specie di Ingiustizia, e di Torto...sarà non solo privato di quel Posto, ed insieme inabilitato ad ogni altro Ufficio, ma ancora condannato come Reo di Violenza pubblica a forma del prescritto art. LXII, essendo questa la vera, e maggiore offesa, che possa farsi alla Società..." ZULIANI, *op. ult. cit.*, p 331.

⁹ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit, p. 4

intitolato espressamente “Della prevaricazione”, l’ipotesi delittuosa della “lesa Nazione”: formula, riecheggiante in maniera sospetta la lesa maestà propria dei precedenti sistemi, ma, in realtà, volta a punire ipotesi “collusive” o di vera e propria corruzione, mentre risulta maggiormente accostabile all’abuso di potere nella forma della prevaricazione la disposizione contenuta nel Capitolo XIV, anche se la portata della norma è limitata ai solo arbitri ed abusi compiuti nei confronti dei detenuti, in particolare per indurli alla confessione, da parte “de Ministri esecutori”¹⁰.

Altre importanti testimonianze dell’innesto, nelle legislazioni penali, delle istanze illuministiche, per quanto attiene la regolamentazione dei pubblici poteri ed il rapporto tra questi e gli individui che rappresentano la collettività, provengono sia dalle riforme o dai progetti di riforma influenzati dal modello francese, ed in proposito può utilmente richiamarsi il Progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica, elaborato nel biennio 1801-1802, che prevedeva, al par. 123, l’ipotesi di “abuso della magistratura” (il cui *nomen* sembrerebbe limitarne la portata, ma che in realtà comprende fra i soggetti attivi anche i ministri, i funzionari pubblici gli ufficiali e persino gli impiegati¹¹), conforme anch’essa al modello della prevaricazione¹², sia dalla tradizione austriaca che con il codice penale universale del 1803, prevedeva, al par. 85, la fattispecie di “abuso della podestà d’ufficio”, seppure, in tal caso, la carica offensiva del fatto si incardinava soprattutto sulla violazione della “fedeltà” rispetto ai doveri, rimanendo il danno nei confronti del singolo relegato ad oggetto del dolo specifico¹³.

¹⁰ MANNA, *op. ult. cit.* p. 5; per una accurata disamina dell’intero *corpus* normativo richiamato, VINCIGUERRA (a cura di), *il codice penale veronese (1797)*, Padova, 1996.

¹¹ Va segnalato, tuttavia, come fosse esigenza particolarmente sentita, in queste prime codificazioni, quella di garantire un corretto esercizio dei pubblici poteri soprattutto quando la titolarità di questi spettasse ai giudici, ai carcerieri, alle forze di polizia. Spesso la nascita di tali fattispecie è proprio legata “al ripudio di arcaiche prassi inquisitorie e coincide con l’iniziale riconoscimento dei diritti dell’arrestato, dell’imputato, del detenuto” così GARGANI, “*L’abuso innominato di autorità*” nel pensiero di Francesco Carrara, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1998, p. 1226 ss.

¹² CAVANNA-VANZELLI, *Il primo progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica (1801-1802)*, Padova, 2000

¹³ VINCIGUERRA (racc. da), *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padova, 2001, 32 ss.

È ancora l'influenza francese a condizionare il codice penale per il Principato di Piombino¹⁴ e le Leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli, risalenti al 1808¹⁵: in entrambi gli apparati normativi sono previste fattispecie d'abuso che si sostanziano in aggressioni nei confronti dei cittadini secondo il modello più volte richiamato¹⁶.

Una tappa fondamentale, che sarà in grado di influenzare e condizionare i movimenti codificatori pre-unitari, sia per quanto riguarda le scelte di politica criminale in generale, sia per ciò che costituisce la materia oggetto di approfondimento, è rappresentata dal Codice Napoleone del 1810¹⁷, che, a proposito delle fattispecie di abuso, riconosceva, all'art. 184, la rilevanza penale delle condotte dirette contro "i particolari", ed all'art. 188 le ipotesi di abuso contro "la cosa pubblica". E senz'altro comprensibile, attraverso il richiamo alla matrice liberale dei codici ottocenteschi emanati nel territorio italiano, risulterà l'attenzione, praticamente esclusiva, che questi dedicheranno alla prima forma d'abuso, quella improntata al modello della prevaricazione, piuttosto che alle condotte lesive del "prestigio" o dell' "autorità" della pubblica amministrazione¹⁸.

A conferma della validità di tale affermazione può essere richiamato in maniera proficua il codice per lo Regno delle Due Sicilie, del 1819, che all'art. 234 puniva le condotte dei pubblici ufficiali o impiegati che si realizzassero attraverso il compimento di atti arbitrari in danno dei diritti civili o della libertà personale dei

¹⁴ VINCIGUERRA (racc. da), *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, Padova, 2001.

¹⁵ AA. VV., *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998.

¹⁶ Così MANNA, *op. cit.*, p 7.

¹⁷ Tale codice fu tradotto ufficialmente anche in italiano ed entrò in vigore nel nostro territorio, nel 1811 con la denominazione di *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia*.

¹⁸ Un terzo possibile profilo di rilevanza delle condotte abusive, quello della strumentalizzazione per fini privati dell'ufficio e del perseguimento di vantaggi per sé od altri attraverso atti amministrativi illegittimi, pur essendo di solito preso in considerazione dalle legislazioni ottocentesche, veniva tuttavia distinto dal generico abuso dell'ufficio e tipizzato nelle fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio. A tal proposito GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 250, e GARGANI, *"L'abuso innominato di autorità"*, cit., p. 1226 e ss.

cittadini¹⁹, norma addirittura segnalata da illustri maestri della dottrina penalistica come il primo vero precedente storico dell'art. 323 c.p. (considerazione, è opportuno chiarire, svolta avendo riguardo all'originaria formulazione dell'abuso cd. innominato d'ufficio del 1930)²⁰. Utile può risultare anche un breve cenno al codice penale parmense, del 1820, che, sebbene non spiccatamente di impronta progressista, tuttavia, nelle varie ipotesi di abuso d'autorità, previste a partire dall'art. 190, richiama pur sempre lo schema della prevaricazione²¹.

Prima del codice Zanardelli, che rappresenterà il punto di approdo della tradizione liberale ottocentesca nell'ambito del diritto criminale, come dimostrerà anche l'analisi del suo art. 175 relativo all'abuso d'ufficio, l'ultimo²² precedente

¹⁹ “Ogni ufficiale pubblico o impiegato che comanda o commette qualche atto arbitrario, sia contro la libertà individuale sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, sarà punito colla interdizione dalla carica d 1 anno a 5. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato l'ufficiale pubblico che lo comanda o commette sarà inoltre punito colle relegazioni, salve le pene maggiori nei casi stabiliti dalle leggi...”, Cfr. *Codice per lo Regno delle due Sicilie, parte seconda, leggi penali*, Rist. anast., Padova, 1996, p. 56; su detto codice, in generale, STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in VINCIGUERRA (coord. da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993, p. 183 ss.

²⁰ BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 985 ss., che conferma, proprio partendo dal dato della direzione lesiva dell'abuso, anche la matrice liberale di tale norma, che “rifletteva, quanto meno in astratto, una certa sensibilità del legislatore borbonico per i diritti di libertà del cittadino...”; in senso assolutamente difforme, pur riconoscendo un rapporto di diretta derivazione tra l'art. 323 c.p. allora in vigore e l'art. 234 del codice borbonico, BETTIOL, intervento riportato in *Camera dei deputati – Senato della Repubblica, IV legislatura – VI seduta comune da venerdì 16 a martedì 20 luglio 1965*, p. 209, che, partendo proprio dall'impostazione data dal legislatore fascista alla fattispecie di abuso d'ufficio, osserva come la norma costituisca “...un ricordo di impostazioni penalistiche illiberali, antidemocratiche, borboniche. E dico borboniche a ragion veduta, perché l'antecedente dell'art. 323 lo troviamo nel codice del 1819 del Regno delle due Sicilie, che certo non brillava per spirito democratico”.

²¹ Sul codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla, CADOPPI, *Il codice parmense del 1820*, in VINCIGUERRA (coord. da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit., p. 196 ss.

²² Per la correttezza, quanto meno da un punto di vista enumerativo, della ricostruzione storica delle fattispecie d'abuso andrebbero, in verità, ricordate anche le disposizioni contenute nei Regolamenti penali gregoriani, del 1832 e quelle inserite nel codice penale toscano del 1875; entrambe le ipotesi si discostano, tuttavia, dalla linea di sviluppo fin qui constatata: la prima si caratterizza, oltre per l'adozione della forma regolamentare in luogo quella codicistica, per un marcato autoritarismo che indirizza le fattispecie di abuso più verso la passata esperienza della lesa maestà piuttosto che verso la tutela dei singoli di fronte agli abusi degli esercenti pubblici poteri; la seconda per l'affiancamento al modello della prevaricazione di quello incentrato sull'affaristico sfruttamento arbitrario dell'ufficio. Sul punto si veda comunque MANNA, *op. cit.*, p. 9-10, anche per la bibliografia ivi segnalata, e, relativamente al codice toscano BRICOLA, *In tema di legittimità ecc.*, cit., p. 987-988.

normativo in ordine cronologico cui brevemente occorre fare attenzione, è rappresentato dalla disciplina contenuta nel codice penale sardo del 1839, che, in linea di tendenziale rispetto della tradizione transalpina (il cui modello risulta essere il codice Napoleone del 1810), e più in generale di quella diretta correlazione tra organizzazione dello stato liberale e garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali dei singoli, prevede sia l'ipotesi in cui l'abuso d'ufficio venga perpetrato per il perseguimento di un vantaggio proprio, disciplinata attraverso le norme contenute negli artt. da 286 a 289²³, secondo uno schema che verrà riproposto sia nel codice Zanardelli che nel successivo codice Rocco (che originariamente, come si vedrà, disciplinava con due distinte norme l'abuso generico e l'interesse privato in atti d'ufficio), sia le condotte in cui tale aspetto di "venalità"²⁴ risulta irrilevante, essendo le stesse proiettate in una direzione lesiva o di interessi generali dello stato (l'abuso "contro l'interesse pubblico, artt. 304-309), o di interessi particolari dei cittadini, secondo l'oramai noto paradigma (abuso "contro i privati", artt. 310-315)²⁵.

La rapida ed approssimativa segnalazione delle fattispecie assimilabili all'odierno abuso d'ufficio fin qui svolta, permette, pur nella sua incompletezza, di confermare una linea evolutiva che, dall'iniziale rilevanza delle sole condotte in grado di confluire nel generale gruppo dei crimini di lesa maestà, in parallelo con lo sviluppo e l'innesto, graduale ma progressivo ed inarrestabile, all'interno delle varie codificazioni lungo tutto l'arco del periodo rivoluzionario, delle istanze più pregnanti e significative proprie dell'ideologia illuminista, passa a tracciare ambiti di rilevanza sempre più ampi delle condotte arbitrarie dei pubblici funzionari, quando queste si risolvano in una prevaricazione nei confronti dei singoli, e producano una lesione di quei diritti e quelle libertà che rappresentano una delle

²³ L'art. 287, in particolare, puniva l'ufficiale pubblico o l'impiegato che avesse preso "un interesse privato in un affare intorno al quale egli sia incaricato di dare ordini, di liquidare conti, di regolare o fare pagamenti"; cfr. *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, Rist. anast., Padova, 1991, p. 84 ss.

²⁴ GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 249.

²⁵ Ulteriori disposizioni riguardavano gli abusi di potere contro i detenuti (artt. 316-320). In generale sul codice sardo e su quello del 1859 (che in realtà ripropone largamente le disposizioni del codice precedente) VINCIGUERRA, *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in ID. (coord. da), *I codici preunitari, ecc.*, cit., p. 350 ss.

più evidenti conquiste del pensiero liberale. Contemporaneamente si sviluppa una vasta area di intervento del legislatore penale volta a contrastare le condotte abusive dirette ad un affaristico sfruttamento dell'ufficio, perlopiù attraverso fattispecie di "interesse privato" tenute, tuttavia, ben distinte da quelle di mero abuso.

L'ART. 175 DEL CODICE PENALE ZANARDELLI (1889)

«Eliminate la venalità e supponete l'abuso doloso di un pubblico potere in danno del diritto altrui, senza che questa lesione del diritto costituisca di per sé stessa un reato, ed avrete il concetto costante dell'abuso di autorità innominato»²⁶.

Sono queste le parole con cui Francesco Carrara individuava, nel suo programma del corso di diritto criminale l'essenza dell'abuso innominato di autorità. In estrema sintesi, e citando ancora il sommo maestro lucchese, affinché si configurasse il delitto in parola era necessario il ricorrere di un dato positivo, quello della particolare gravità dell'abuso tale da meritare di essere punito come delitto e non come mero illecito disciplinare, e di un doppio dato negativo: che la condotta non fosse diretta ad arrecare una qualche forma di vantaggio o utilità per il soggetto agente, e che la condotta trovasse interamente nel suo carattere abusivo di pubblici poteri il suo contenuto di disvalore, e che, dunque, non integrasse altra fattispecie delittuosa²⁷.

La fattispecie di abuso innominato era prevista, non poteva essere altrimenti una volta constatato l'evolversi dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, anche dal codice Zanardelli che, all'art. 175 così disponeva: "il pubblico ufficiale che abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è

²⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, 8^a ed., Cammelli, 1905, vol. V, par. 2512, p. 67

²⁷ CARRARA, *op. e loc. ult.*

punito con la speciale detenzione da 15 giorni ad un anno; e qualora agisca per un fine privato la pena è aumentata...»²⁸.

Fedele ai valori di uno Stato liberale, ove l'accento viene costantemente posto sull'esigenza di tutela dei singoli nei confronti di qualunque ingiusta vessazione dei pubblici funzionari²⁹, ancora una volta la struttura della fattispecie si sviluppa secondo lo schema del reato di danno, rappresentato dalla lesione degli altrui diritti, in perfetta sintonia con lo schema della prevaricazione. È ancora Carrara che sottolinea con particolare efficacia tale dato qualificante degli abusi innominati, individuandone il significato più intimo nella «garanzia contro i poteri temuti, ovvero di difesa dei cittadini dalle aggressioni alla libertà fisica e morale poste in essere dai pubblici funzionari», tanto da ricondurli nell'ambito dei «delitti contro la pubblica giustizia»³⁰.

La norma di cui all'art. 175 c.p., ricalcando quanto sancito, ad esempio, nel codice borbonico del 1819³¹, isolando il dato del perseguimento di finalità proprie del soggetto agente o di altri diverse dalla mera volontà lesiva degli altrui diritti, “degrada” le ipotesi di interesse privato a semplice circostanza aggravante dell'abuso innominato, rimarcando, anche per tale via, come la priorità nell'inquadramento della fattispecie fosse da individuare nella tutela della posizione del singolo arbitrariamente compromessa dal pubblico funzionario³².

²⁸ VINCIGUERRA (coord, da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit, p. 397 ss.

²⁹ La stessa organizzazione della parte speciale del primo codice unitario d'Italia conferma tale assunto: sebbene al vertice della parte speciale vi fosse la classe dei «delitti contro la sicurezza dello stato» («delitti contro la patria»; «delitti contro i Poteri dello Stato»; «delitti contro gli Stati esteri e i loro rappresentanti»), il titolo immediatamente successivo raccoglieva tutte le fattispecie lesive delle libertà fondamentali dell'individuo (libertà politiche, di culto, di inviolabilità del domicilio, libertà individuale ecc.), segnale di un rapporto simbiotico e servente tra le funzioni sovrane e le esigenze di tutela delle libertà dei singoli. Sul punto e più in generale sul significato dell'organizzazione della parte speciale all'interno delle codificazioni penali, PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose – introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, p 43 ss.

³⁰ GARGANI, *op. cit.*, p 1227 ss.

³¹ Cfr. *supra*, in nota, n. 19

³² Così BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit, p 987; e GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 251.

E se la centralità, in tali forme di incriminazioni, della posizione dell'individuo rispetto ad una gestione irregolare dei pubblici poteri rappresenterà il maggior punto di divergenza, quasi il polo opposto e respingente, rispetto alla configurazione che riceverà nel codice del '30 l'ipotesi di abuso innominato, altri dati ricavabili dalla lettura dell'art. 175 si posizioneranno, invece, in linea di assoluta continuità con le future determinazioni legislative, e meritano, dunque, già un primo segnale di attenzione.

Il primo riguarda il carattere "residuale" delle forme di abuso innominato: la fattispecie incontra ed esaurisce la sua soglia di rilevanza penale se ed in quanto le condotte del pubblico ufficiale non costituiscano altre specifiche ipotesi delittuose, funzionando quindi da norma di chiusura rispetto agli abusi "nominati" dei pubblici ufficiali.

Il secondo, ed ancora una volta è illuminante il rinvio alle parole del sommo Carrara, riguarda il carattere assolutamente vago e perciò indeterminato del concetto di abuso, formula in sé priva di ogni contenuto, ed incapace di individuare con certezza il novero delle condotte sussumibili all'interno della fattispecie³³. La stessa evoluzione storica finora tracciata testimonia di un costante sforzo dei vari legislatori e codificatori volto a colmare quell'«endemico difetto di tipicità»³⁴ insito nella nozione di abuso, attraverso il ricorso al requisito dell'arbitrarietà (tentativo già superficialmente da ritenere vano, data la sovrapposibilità dei due termini, quasi il loro carattere sinonimico), oppure, con maggior efficacia selettiva, e dunque in grado di agevolare la riconoscibilità delle condotte e dell'interesse offeso, mediante l'accoglimento del modello del reato di danno. Ma il problema della sufficiente determinatezza e del rispetto del principio di tipicità delle azioni punibili, a proposito dell'abuso d'ufficio, condizionerà anche le formulazioni più recenti della fattispecie in parola, e sarà il vero elemento propulsore del susseguirsi delle riforme novellatrici dell'art. 323 del c.p. vigente; e se risulta di tutta evidenza come vi sia un rapporto di diretta proporzionalità tra formulazioni troppo elastiche, che troppo concedono ai canoni

³³ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., par. 2478, 29

³⁴ MANNA, *op. cit.*, p 12.

della determinatezza e precisione delle incriminazioni, e la possibilità di un invasivo, se non incontrollato, intervento dell'organo giudicante (il cui vincolo all'applicazione tassativa delle norme penali risulta pericolosamente allentato di fronte a condizioni deficitarie di determinatezza), ciò spiega anche la particolare delicatezza e problematicità di ogni questione che coinvolga una norma, come quella sull'abuso d'ufficio, che attiene in maniera diretta al controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa.

LA FATTISPECIE DI ABUSO D'UFFICIO NELL' IMPIANTO CODICISTICO DEL '30

Non possono sfuggire, sfogliando le pagine di oramai datate, ma sempre preziose, riviste e pubblicazioni scientifiche, le difficoltà incontrate dai vari ed illustri commentatori dell'originario art. 323 c.p., impegnati nel tentativo di individuare quali fossero le note di tipicità della fattispecie di abuso "innominato" d'ufficio³⁵. Difficoltà dovute in larga parte al "materiale" normativo a disposizione, che, nonostante parere contrario della Corte Costituzionale³⁶, aveva da più parti sollevato forti dubbi sulla sua compatibilità con l'art. 25² della Costituzione, denunciando parte della dottrina la mancanza di completezza descrittiva dell'ipotesi delittuosa e dunque la sua dubbia conformità rispetto al principio di determinatezza.

Difficoltà derivanti, in misura sensibile, anche dal carattere "residuale" della disposizione, dal suo rivestire un ruolo di "norma di chiusura" volta a coinvolgere

³⁵ Fra gli altri v. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.; PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, in *Digesto disc. pen.*, I, Torino, 1987, p 41; CONTIERI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 187; STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976; PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p 76; ID, *la riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atto di ufficio*, *ivi*, 1986, 1042; BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit.

³⁶ Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.7, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, con nota di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit.; la sentenza è stata pubblicata anche in *Giur. cost.* 1965, p 50.

nel fuoco d'interesse del sistema penale tutte quelle condotte dei pubblici ufficiali che, pur potendo essere qualificate come abusive, non erano tuttavia già prese in considerazione da altre norme incriminatrici, nelle quali era prevista una specifica e nominata forma di abuso o, comunque, lo stesso costituiva parte integrante della condotta o elemento aggravante di fattispecie³⁷: tale ruolo marginale, evidentemente, riusciva a riflettersi in misura proporzionale anche sull'interesse e sull'attenzione dedicati dall'interprete e dello studioso, "costretti", tra l'altro, a ricorrere sovente ai contributi offerti dall'interpretazione delle altre norme in tema di delitti contro la p.a. o comunque posti in essere dai pubblici ufficiali con abuso dei loro poteri o delle loro funzioni³⁸, al fine di illuminare i critici e criptici elementi della fattispecie ex art. 323 c.p., il quale, comunque, così disponeva:

“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”.

Dovrebbe risultare immediatamente dalla lettura del testo normativo il lucido proposito del legislatore dell'epoca di stravolgere quell'assetto dell'abuso d'ufficio che l'evoluzione aveva testimoniato attestarsi secondo lo schema della prevaricazione, sul modello della tutela dei diritti individuali: due sono i sintomi che provano l'abbandono di quel paradigma, nell'ottica di un nuovo ribaltamento di valori nei rapporti tra Stato e cittadino, e si individuano nell'arretramento della linea di consumazione del reato, attraverso l'esclusione dell'evento di danno dalla fattispecie oggettiva e la sua inclusione quale oggetto del dolo specifico³⁹, e l'inclusione nell'ambito della medesima fattispecie, e dunque l'equiparazione

³⁷ Sul ruolo marginale dell'originaria fattispecie, vista l'incontestabilità del dato normativo, si riscontra unanime accordo della dottrina. Solo a titolo esemplificativo, per l'eleganza e l'efficacia delle espressioni utilizzate, PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit.; ID, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale – 1945-1990 (Studi in onore di Giuliano Vassalli)*, a cura di Bassiouni, Latagliata, Stile, vol. I, Milano, 1991.

³⁸ Frequente, ad es., il ricorso alle disposizioni di cui agli artt. 520, 605-609, 615 c.p.

³⁹ Sulla «capacità di inquinamento» del principio di offensività attuata mediante il ricorso al dolo specifico MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p 229-230.

sotto il profilo sanzionatorio, di tale finalità di prevaricazione con quella volta a fornire un vantaggio al terzo.

Coerentemente con la necessità di modellare il materiale normativo che costituisce lo statuto penale della p.a. sul calco fornito dal tipo di assetto istituzionale in vigore, il legislatore fascista sposta il baricentro delle condotte di abuso d'ufficio dal momento della produzione del danno, e quindi dalla violazione dei diritti del singolo, alla trasgressione del dovere di fedeltà del pubblico ufficiale rispetto alla pubblica amministrazione.

E se ciò che rileva è appunto l'allontanamento dell'agente pubblico da quel "sacrale" dovere di rispetto e fedeltà verso le istituzioni che rappresentano lo Stato autoritario, ne consegue anche l'indifferenza verso la particolare direzione che il pubblico ufficiale intende imprimere alla condotta: è l'abuso in sé che rileva ai fini dell'essenza del disvalore del fatto, a prescindere dalla circostanza che questo sia teso a ledere i diritti dei terzi piuttosto che ad avvantaggiarli, e ciò, a dispetto della più che sospetta differenza che passa tra le due ipotesi dal punto di vista dell'offensività⁴⁰, giustifica la loro inclusione in un'unica previsione normativa e la loro equiparazione per quanto riguarda il profilo sanzionatorio⁴¹.

L'exasperata tendenza alla tutela della pubblica amministrazione contro ogni forma di infedeltà dei suoi appartenenti, oltre che dal passaggio dal momento del danno a quello dell'infedeltà nella fattispecie di abuso per quanto riguarda l'oggettività giuridica⁴², era confermata anche dalla previsione, nell'art. 329 del

⁴⁰ Critici sul punto, ad esempio, PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 388 ss; BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit.

⁴¹ Già prima dell'instaurarsi del regime fascista e del suo strategico disegno per ottenere un totale controllo sull'operato dei pubblici ufficiali, in realtà, aveva cominciato a farsi strada un mutamento di prospettiva circa la configurazione dell'abuso di ufficio e la sua dimensione offensiva: verso la fine dell'ottocento, in assenza, per la verità, di stimoli derivanti da mutamenti legislativi, da parte di taluno cominciò a negarsi l'esattezza della distinzione tra abusi contro l'autorità ed abusi contro il privato fatta propria dalle codificazioni preunitarie e dal codice Zanardelli, affermandosi invece, come ogni abuso di autorità fosse in realtà offensivo dell'interesse pubblico, della fiducia riposta dallo Stato nei confronti dei suoi pubblici ufficiali. Sul punto GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 252-253

⁴² Circa l'oggetto giuridico, va precisato come, in coerenza con il carattere autoritario dello Stato fascista e con l'impostazione "statolatrica" (l'espressione è contenuta in PADOVANI-STORTONI,

Progetto preliminare al codice penale, di una fattispecie di *infedeltà amministrativa* che avrebbe incriminato il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio «...che si rende infedele nell'adempimento dei doveri dell'ufficio o servizio, in modo da compromettere il prestigio o gli interessi della pubblica amministrazione...»⁴³. L'idea di introdurre la fattispecie fu poi accantonata, come può leggersi nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, poiché la previsione si ritenne sia superflua, in quanto le già numerose disposizioni sugli abusi nominati e la norma di chiusura sull'abuso generico di autorità raggiungevano già un completo standard di tutela per la pubblica amministrazione; sia pericolosa, dato il suo tenore letterale assolutamente elastico e generico, adattabile alle «esagerazioni di un eccesso di zelo nella persecuzione penale a tutela dei beni e interessi della pubblica amministrazione»⁴⁴.

Relativamente alla soggettività attiva, autore del delitto di “abuso d'ufficio in casi non previsti specificamente dalla legge” poteva essere solo il pubblico ufficiale, ma non l'incaricato di pubblico servizio⁴⁵, perpetuando la scelta a suo tempo

Diritto penale e fattispecie criminose cit.) propria di un regime totalitario, inizialmente esso veniva individuato nel “prestigio” della pubblica amministrazione, come interesse generale della categoria in parola, e, con formule solo apparentemente meno evanescenti, a proposito dei delitti dei pubblici ufficiali, nel “dovere di correttezza e di fedeltà” (a titolo esemplificativo, ma anche altre ridondanti formule sono state proposte) nei confronti dell'amministrazione pubblica. Sul punto si tornerà in seguito, ma va già da ora segnalato come, evidentemente, con l'avvento dello Stato repubblicano e con l'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina abbandonò presto tali formule, per ricondurre l'oggettività giuridica dei delitti contro la p.a., nel novero dell'art. 97 Cost., e dunque sulle esigenze di garanzia di un esercizio della funzione amministrativa improntata ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità.

⁴³ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 4^a agg. da Nuvolone e Pisapia, Torino, 1962, V, p. 278; BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit. p. 996.

⁴⁴ Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 135.

⁴⁵ Per le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, su cui si tornerà ampiamente in seguito, occorre fare riferimento, a proposito dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p. alle definizioni contenute negli artt. 357 e 358 c.p. prima della riforma del '90; in particolare, il precedente art. 357 così disponeva:

«agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali:

- 1) *Gli impiegati dello Stato o di un ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria;*

effettuata dal codice Zanardelli. Investita della questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo del contrasto rispetto al principio di eguaglianza fissato dall'art. 3 Cost., la Corte, peraltro attraverso una pronuncia quanto meno povera di argomentazioni, riteneva la stessa non fondata, ribadendo, sotto tale profilo, il costante orientamento espresso in materia della corte stessa, secondo il quale la norma costituzionale richiamata conferisce al legislatore ordinario la possibilità di «emanare norme (e dunque trattamenti) differenziati rispetto a situazioni obiettivamente diverse, e che il giudizio sulla parità o diversità delle situazioni spetta insidacabilmente allo stesso legislatore nei limiti del rispetto della ragionevolezza e degli altri principi costituzionali», ed affermando poi, senza spendere ulteriori parole sul punto, la presenza di tali requisiti di validità della scelta differenziata operata dal legislatore nel caso specifico⁴⁶. Né è possibile tentare di ricostruire le ragioni di tale esclusione prendendo spunto dai lavori preparatori, che sul punto non si pronunciano, o dalla letteratura dell'epoca in materia, visto l'interesse solo "postumo" dedicato all'originario art. 323, come memoria storica di una norma divenuta centrale nel sistema dei delitti contro la p.a. solo con la riforma del 1990. Con tutta probabilità, la limitazione si ricollega alla constatazione della scarsa rilevanza, anche pratica, delle ipotesi riconducibili alla norma in questione, e dal fatto che le poche condotte sotto di essa sussumibili dopo aver passato il "setaccio" a maglie strettissime imposto dalla clausola di riserva assoluta, risultavano di pertinenza esclusiva dei pubblici ufficiali.

-
- 2) *Ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria».*

L'art. 358 c.p., a sua volta, statuiva:

« agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio:

- 1) *Gli impiegati dello Stato o di un ente pubblico i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio;*
- 2) *Ogni altra persona che, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo».*

⁴⁶ Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.7, cit.

Il (preteso) contrasto con l'art. 3 della Cost. non fu, tra l'altro, neanche l'unico motivo che spinse il rimettente⁴⁷ a sollevare questione di legittimità costituzionale: con la stessa ordinanza, infatti si cercò di spingere la Corte a censurare la disposizione dell'art. 323 anche sotto il profilo della carente determinatezza nella descrizione del fatto e, dunque, il suo significativo contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost., con ciò formalizzando un diffuso sentimento di insofferenza della dottrina verso la genericità e la vaghezza della formula allora adottata⁴⁸. In realtà, come già accennato, la questione della carente determinatezza della fattispecie di abuso d'ufficio rappresenta quel segno tangibile, quel "filo rosso" individuabile e ben riconoscibile dietro ogni esigenza di riforma che abbia coinvolto la norma in questione e che ha suscitato, lievitandole attraverso il sempre maggior "peso" attribuitole, le più vivide preoccupazioni di quegli autori particolarmente sensibili verso il rispetto delle garanzie proprie di un moderno sistema di diritto penale⁴⁹. A riprova del fatto che il vero punto dolente dell'abuso risiedeva proprio nella pericolosità di una descrizione normativa che molto concedeva alle possibilità interpretative della magistratura, in grado di aprire brecce nelle quali fosse stato possibile "infiltrare" forme di controllo che, al limite, avrebbero potuto spingersi fino al sindacato sulle stesse scelte di opportunità e di merito della pubblica amministrazione, invadendo la sua stessa sfera di attribuzioni politiche, come tale difficilmente censurabile da un punto di vista legale, possono essere richiamati alla memoria proprio i lavori preparatori del codice penale, che, sul punto, mostrano la piena consapevolezza di tali rischi, la cui presenza era già segnalata sotto la vigenza della precedente formulazione

⁴⁷ Si trattava del Giudice istruttore di Foggia, che sollevò questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 25² e 3 Cost., con ordinanza del 27 aprile 1964.

⁴⁸ BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 985-986; GRASSO, *Previsioni legali di reato e formazione di massime di giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 510; PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, cit., p. 38.

⁴⁹ La questione, per così dire, è esplosa ed ha coinvolto definitivamente l'attenzione della comunità scientifica (anche se qualcuno mostrava più di un semplice imbarazzo già da molto prima; cfr. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit.) nel momento di passaggio, attraverso la riforma del 1990, dalla posizione periferica, che tutto sommato rendeva se non trascurabile, quanto meno più smussati i contorni del problema, a quella di vera e propria "pietra angolare" dello statuto penale della P.a., con evidente innalzamento della "pressione" derivante dalle inevitabili ed indispensabili pulsioni legalitarie.

contenuta dell'art. 175 del c.p. Zanardelli⁵⁰. Dal rapido raffronto tra le due norme, ed i lavori lo confermano, si individua il tentativo volto a conferire maggiore afferrabilità alla fattispecie attraverso la sostituzione della formula «abuso d'ufficio» con l'espressione modale, ritenuta più precisa, «abusando dei poteri inerenti alle funzioni», l'eliminazione del riferimento all'arbitrarietà del fatto, bollato come superfluo in quanto implicito nel concetto stesso di abuso, e l'indicazione, ma solo ai fini della specificità del dolo, della duplice alternativa orientazione finalistica impressa alla condotta, nelle forme del danno o del vantaggio per il terzo.

Dal progetto preliminare emerge, inoltre, come, già da allora, fosse ben presente la necessità di riempire la formula descrittiva dell'abuso attraverso il ricorso al contributo offerto dalla teoria dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo⁵¹, che rappresentavano proprio le forme attraverso cui, almeno con riferimento all'attività amministrativa in senso stretto, «l'abuso si estrinsecava⁵²».

«Cercai di ottenere la maggior possibile compiutezza, attingendo la nozione di tali forme (di abuso) dal diritto amministrativo, ossia dalla classificazione dei motivi di annullamento dei provvedimenti emessi da enti pubblici⁵³... Senonchè ho considerato che la formula tradizionale dell'abuso di potere rispecchi in sintesi con sufficiente esattezza, tutte le varie possibilità di comportamento illegittimo del pubblico ufficiale...ed ho quindi soppresse le specificazioni del Progetto preliminare le quali, indiscutibilmente esatte dal punto di vista scientifico, mal si

⁵⁰ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale* Roma., vol. V, II, p 132 ss.

⁵¹ Si tratta delle ipotesi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, definite, da vari testi legislativi (es. art. 26 t.u. Cons. Stato, artt. 3 ss. L. T.A.R.; art. 2 l. 23 agosto 1988, n. 400, «disciplina dell'attività di governo e Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri») come tipici vizi di legittimità dell'atto amministrativo, il cui regime giuridico è quello dell'annullabilità. Sul punto si tornerà più ampiamente in seguito.

⁵² *Lavori preparatori...*, cit., p 132.

⁵³ L'elencazione prevedeva, specificamente, le ipotesi dell'*usurpazione* (l'esercizio da parte del p.u. di potestà riservata dalla legge ad altri organi o non consentite ai pubblici poteri; dell'*abuso di potere* (ovvero l'abuso del potere discrezionale), dell'*incompetenza relativa*; ed infine della *violazione di legge sostanziale* (l'aver agito al di fuori dei casi stabiliti dalla legge) e *formale*. Cfr. *Lavori preparatori...*, cit., p 132.

prestano ad essere accolte in una formula legislativa⁵⁴». Dunque, attraverso le parole del Guardasigilli, si palesa la fiducia, probabilmente illusoria, che il legislatore fascista riponeva nel valore normativo della formula sintetica adottata, la cui dimensione di tipicità viene ad essere “rafforzata” attraverso l’indicazione della direzione lesiva del momento volitivo: l’abuso d’ufficio consiste in un fatto non conforme ad un corretto esercizio dei poteri inerenti l’ufficio, diretto a ledere o favorire un terzo, e sempre che tale fatto non integri la condotta, un elemento di fattispecie, o una circostanza aggravante di un diverso specifico reato.

In realtà il passaggio dalla formula dell’abuso dell’ufficio a quella sull’abuso dei poteri inerenti alle funzioni, per opinione pressoché unanime della dottrina, nulla ha aggiunto in termini di precisione nel raffronto tra l’art. 175 c.p. Zanardelli e l’originario art. 323 c.p. Rocco. Diffusa, anzi, era l’idea secondo cui le varie espressioni utilizzate dal legislatore («abuso d’ufficio», «abuso delle funzioni», «abuso dei poteri inerenti alle funzioni») fossero tutte espressioni riconducibili, a dispetto della differenza terminologica, alla medesima realtà normativa individuata nell’abuso dell’ufficio in senso oggettivo, quindi come abuso funzionale, e non soggettivo, in cui si concreta, invece, l’abuso della qualità⁵⁵ (dell’abuso cioè, di quella condizione in ordine ai rapporti intersoggettivi che deriva dallo status sociale di pubblico ufficiale). Doveva inoltre trattarsi, in una prima delimitazione delle novero delle condotte interessate dall’art. 323 c.p., in una attività, seppur arbitraria, che rientrasse comunque nel novero di quelle attraverso cui normalmente si esplicano i poteri⁵⁶ inerenti all’ufficio, e non in una vera e propria usurpazione di poteri, riconducibile invece all’art. 347 c.p.⁵⁷.

⁵⁴ *Lavori preparatori...*, cit., p 132.

⁵⁵ INFANTINI, voce *Abuso innominato d’ufficio*, cit., p 2.

⁵⁶ Si è anche discusso, in dottrina, se fosse sufficiente anche la sola violazione dei doveri del p.u. per integrare la condotta tipica, soprattutto sotto il profilo della violazione di legge sostanziale (problema, tra l’altro, connesso con quello relativo alla possibilità di compiere abuso d’ufficio mediante omissione); considerando la distinzione fondata su precisi dati normativi (ad es. l’art. 61 n. 9 c.p. che conferma l’autonoma rilevanza delle due figure), e riconosciuto come più ampio l’ambito dei doveri rispetto a quello dei poteri, stante la presenza di doveri attinenti unicamente alla disciplina ed all’organizzazione interna della Pubblica Amministrazione, alcuni autori concludevano, in accordo con il dato normativo (e con la stessa struttura della fattispecie che richiedendo il fine di danno o vantaggio verso terzi, necessariamente deve coinvolgere l’esercizio della pubblica funzione), nel senso della insufficienza della semplice violazione dei doveri per la

L'abuso funzionale, continuando nell'opera di progressiva delimitazione delle modalità della condotta operate dalla dottrina, doveva consistere in una «strumentalizzazione» o sfruttamento dei poteri o dell'ufficio per una data finalità illecita o comunque non consentita dall'ordinamento, poiché interesse specifico della norma era proprio quello di evitare ogni possibile commistione od interferenza di altri obiettivi nell'esercizio di una funzione pubblica⁵⁸. Anche contro il rischio di «psicologizzazione» di un elemento che sicuramente attiene al momento oggettivo della condotta⁵⁹, e per evitare di ricadere in definizioni dell'abuso dal contenuto troppo vago, tali da farlo coincidere con un semplice “cattivo uso” del potere, tuttavia, la stessa dottrina riteneva necessario un *quid pluris*, in grado di caratterizzare il concetto di abuso, *quid* da individuare nello svolgimento di un vero e proprio esercizio illegittimo del potere, che, dunque, doveva esplicitarsi attraverso il compimento di un atto affetto da uno dei tipici vizi previsti nell'ambito del diritto amministrativo. Anche se la nozione di fatto (contenuta nella norma in esame) è nozione più ampia tale, da ricomprendere ogni attività comunque riconducibile ai poteri attraverso cui si esplica la potestà pubblica di un particolare ufficio: vi rientreranno tanto gli atti in senso tecnico, e se si tratta di atto amministrativo questo, come detto, dovrà risultare illegittimo per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere; tanto gli atti materiali

realizzazione dell'abuso. Sul tema lo spunto critico di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., p. 994-995. Nel senso della possibile commutazione delle due ipotesi, e sulla possibilità di realizzare l'abuso anche in forma omissiva, e sui rapporti con l'art. 328 c.p. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., p. 5.

⁵⁷ L'usurpazione coincide con l'incompetenza assoluta, che ricorre tutte quelle volte in cui un organo invade la competenza di un altro ordine di potere o comunque provvede su materie spettanti ad autorità di un settore completamente diverso. Sul punto PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, cit., p. 44; sui rapporti tra l'art. 323 e l'art. 347, e sulla differenziazione tra incompetenza assoluta e relativa, BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., p. 992-993.

⁵⁸ INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., p. 3.

⁵⁹ INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., p. 3, che segnala il rischio di confusione fra piani di ricerca che attengono a momenti diversi nella valutazione dell'illecito, richiedendo, nel caso di identificazione dell'abuso con la semplice strumentalizzazione, in maniera quasi quasi pleonastica, come connotato della condotta materiale ciò che invece dovrebbe appartenere al profilo soggettivo, in particolare alle finalità *contra ius* indicate nell'originario art. 323 c.p.

in grado di ledere il buon andamento e l'imparzialità della P.A.⁶⁰. Quando si tratterà di un atto perpetrato da chi eserciti la funzione giurisdizionale⁶¹, non potendo fare riferimento ai vizi dell'atto amministrativo, non risulta possibile neanche ricondurre sempre l'illegittimità dello stesso alla nullità o ai vizi dell'atto processuale: in letteratura si riporta l'esempio di una sentenza di condanna esente da vizi, eppure emessa da un giudice convinto che l'imputato dovesse in realtà essere assolto⁶². Al di là del discorso sulla difficoltà estrema di riuscire a raggiungere la prova di un simile abuso, almeno teoricamente, tali ipotesi, in cui si deve fare nuovamente riferimento ad un generico sviamento del potere per risalire al carattere abusivo della condotta, dimostrano, sotto tale profilo, comunque la fallacità del tentativo di tipizzazione effettuato dal legislatore del '30 a proposito della fattispecie di abuso d'ufficio.

Lo stretto legame tra il carattere abusivo della condotta e l'illegittimità dell'atto attraverso cui si estrinsecano i poteri, richiamando le norme relative al corretto esercizio della pubblica funzione (unitamente alla presenza del dolo specifico), ha rappresentato il dato condizionante che ha permesso alla Corte costituzionale di confermare il valore normativo della locuzione «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni» c.p., tale da non lasciare spazio alla discrezionalità dell'interprete, e di fugare, attraverso tal via, i dubbi sulla aderenza della norma al principio di legalità, *sub specie* determinatezza⁶³.

Autorevole dottrina⁶⁴, tuttavia, non troppo rassicurata dal “messaggio” della Corte, e, richiamando le varie figure patologiche dell'atto amministrativo, con

⁶⁰ Così PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, cit., p 44.

⁶¹ Il legislatore del '30 ha espressamente accolto un concetto ampio di «pubblica amministrazione» identificandola con l'intera «attività funzionale dello Stato», comprensiva dell'esercizio delle tre funzioni fondamentali, legislativa, amministrativa e giurisdizionale. Cfr. *Rel. Min. sul progetto del codice penale*, II, p 112; sul punto, si veda, ad es. INFANTINI, voce *Abuso innominato d'ufficio*, cit., p 1.

⁶² PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, cit., p 44.

⁶³ Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.7, cit.

⁶⁴ BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit.

estrema lungimiranza⁶⁵, pose l'accento su molti di quegli aspetti problematici che diventeranno, solo anni dopo, il *leit-motiv* delle varie battaglie intraprese per denunciare la preoccupazione e l'insofferenza verso una fattispecie troppo delicata per potersi concedere il lusso di una descrizione generica del fatto. In particolare, individuata come «forma classica» di realizzazione dell'abuso d'ufficio l'ipotesi dell' "eccesso di potere", sicuramente il più problematico dei vizi dell'atto amministrativo, perché relativo non ad attività vincolate, nelle quali il riscontro dei requisiti di legge risulta più agevole, ma all'esercizio del potere discrezionale della P.A., con il rischio di superare quell'«impercettibile diaframma⁶⁶» che separa l'eccesso di potere dai vizi relativi al merito dell'atto amministrativo, l'autore mostra piena consapevolezza circa quello che è sempre stato il vero problema dell'abuso d'ufficio, la cui soluzione è apparsa davvero come la proverbiale «quadratura del circolo»⁶⁷, e cioè quello di trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di reprimere condotte di abuso nella gestione delle funzioni pubbliche perpetrate attraverso atti illegittimi volti a perseguire finalità incompatibili o comunque estranee alla P.A., e quella di riservare all'Amministrazione un proprio spazio di autotutela, evitando che il sindacato della giurisdizione penale possa addirittura sostituirsi ad essa attraverso vere e proprie valutazioni di opportunità e di merito, ed, in definitiva, di politica.

Preme segnalare, tuttavia, che, se all'epoca furono in pochi a soffermarsi sulle carenze determinate della fattispecie, ciò derivò non da una scarsa sensibilità della dottrina nei confronti del problema, quanto dalla collocazione estremamente periferica della disposizione nel complessivo sistema dei delitti contro la P.A. o comunque perpetrati da pubblici ufficiali con abuso della propria funzione o qualità (costituenti specifiche e nominate forme di abuso o circostanze aggravanti ai sensi del n. 9 dell'art. 61 c.p.), e quindi dal suo ruolo meramente sussidiario, preannunciato dalla stessa rubrica della norma (*Abuso d'ufficio in casi non*

⁶⁵ «La genericità della fattispecie rischia, unitamente ad altri fattori, di ridurre la sfera di possibile applicazione; per contro, essa può incoraggiare gli interpreti più zelanti a trasformare l'art. 323 c.p. in una norma di copertura per illeciti meramente amministrativi», BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., p 996.

⁶⁶ BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., p 993.

⁶⁷ FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Quest. Giust.*, 1996, 319 ss.

preveduti specificamente dalla legge), e messo in attuazione attraverso il ricorso alla clausola di riserva assoluta (o indeterminata) disposta dall'originaria formulazione dell'art. 323 c.p. che circoscrive il suo ambito di rilevanza ad un «fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge».

«*Stretto fra le colonne d'Ercole del peculato per distrazione, da un lato, e dell'interesse privato, dall'altro*»⁶⁸, davvero l'abuso d'ufficio nella sua prima formulazione stentava a trovare un ambito di applicazione tale da “meritare” l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza; in particolare, ove si prendeva in considerazione il secondo dei possibili profili di rilevanza delle condotte abusive, e cioè il versante del vantaggio altrui intenzionalmente perseguito, l'art. 323 trovava forti inibizioni applicative a causa della previsione della fattispecie di interesse privato contenuta nell'ormai abrogato art. 324, fattispecie definita «vischiosa ed inafferrabile»⁶⁹, poiché, complice anche una eccessiva dilatazione giurisprudenziale (aiutata anche in questo caso da dati normativi imprecisi), si tendeva a qualificare come interesse “privato” ogni forma di interesse “non pubblico”, e non semplicemente l'interesse “personale” del p.u., seppure in forma mediata o indiretta: di conseguenza, poiché il fine di avvantaggiare un terzo estraneo, i cui legami con il p.u. non consentissero di «*personalizzare l'interesse in capo a costui*», rappresentava comunque il perseguimento di una finalità diversa da quella istituzionalmente assegnata, e dunque riconducibile allo schema delineato per l'art.324, le uniche ipotesi riconducibili all'abuso d'ufficio erano, sotto tale profilo, quelle in cui le condotte di favoritismo non si concretizzavano in un atto dell'amministrazione, ma consistevano in un semplice comportamento materiale⁷⁰.

Sempre sullo stesso profilo, quello relativo al vantaggio, il peculato per distrazione, prima previsto dall'art. 314 c.p., proibiva di ricorrere all'art. 323 c.p., quando la condotta avesse avuto ad oggetto denaro o altra cosa mobile di cui il p.u. avesse la disponibilità per ragione dell'ufficio ricoperto; prendendo in

⁶⁸ PADOVANI, *Commento all'art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. Pen.*, p 741.

⁶⁹ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p 77.

⁷⁰ Così PADOVANI, op. ult. cit., p 77 ss.

considerazione l'altra ipotesi attraverso la quale è possibile direzionare la condotta abusiva, quella relativa al modello della prevaricazione, interveniva il delitto di concussione (art. 317 c.p.) a limitare la portata applicativa dell'abuso d'ufficio, tutte le volte in cui la condotta (consistente in un abuso funzionale nel senso prima chiarito, e non in un abuso della qualità) fosse stata diretta ad indurre o costringere il terzo a prestazioni indebite.

Se unitamente a questi cenni sui rapporti tra l'art. 323 c.p. e gli artt. 317 e 324 c.p., si tiene conto del fatto che l'abuso in forma omissiva ricadeva comunque nell'ambito dell'art. 328 c.p. (si parlava di impossibilità "normativa" di realizzare l'abuso d'ufficio nella forma omissiva, a dispetto della sua "ontologica" verificabilità⁷¹) a causa della clausola di riserva assoluta, e del ricorso all'art. 61 n.9, in cui l'applicazione dell'aggravante escludeva delitto di abuso d'ufficio a prescindere dall'entità della sanzione), si intuisce serenamente come la casistica relativa all'originario art. 323 c.p. fosse "scoraggiante" di fronte alla possibilità di dedicarvi un minimo di attenzione in più, che non andasse oltre una asettica ricognizione degli elementi della fattispecie i cui profili problematici, se pur avvertiti, non venivano mai esaltati.

⁷¹ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 584.

CAP II

LA RIFORMA DEI DELITTI CONTRO LA P.A. DEL 1990 ED IL “NUOVO” ABUSO D’UFFICIO

LA RIFORMA NOVELLISTICA DEL 1990

Dopo anni di totale, o quasi totale⁷², inerzia, nonostante fossero con il tempo divenute quasi unanimi e certamente ripetitive le opinioni della dottrina circa la necessità di un rinnovo dell’originario impianto dei delitti contro la p.a., oramai difficilmente adattabile rispetto al mutato del sistema statale-amministrativo e non più in linea con i valori emergenti dalla Costituzione repubblicana, con la l. 26 aprile 1990, n. 86, che porta a conclusione un complesso iter parlamentare, faticosamente protrattosi per oltre un lustro, il legislatore dà vita ad una delle più radicali ed importanti opere di revisione novellistica della parte speciale del codice, intervenendo su gran parte delle fattispecie contenute nelle disposizioni del capo primo e del capo terzo (quello relativo alle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio) del titolo relativo ai delitti contro la p.a.

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

⁷² Fino alla riforma del 1990 si segnala un solo intervento del legislatore in materia, che aveva modificato, nel 1981, con l’art. n. 86 L.24 novembre, n. 689, gli artt. 334 e 335 in tema di «cose sottoposte a sequestro».

e quello imprenditoriale, economico e finanziario largamente inteso. (la cd. “questione morale”⁷³)

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

Nella stessa direzione si muovono le innovazioni legislative con cui si inseriscono figure di reato volte a colmare alcune lacune di tutela sopravvenute o comunque rese intollerabili dalla crescita esponenziale di determinate condotte inconciliabili con il perseguimento di pubbliche finalità : sotto tale profilo vanno considerati gli innesti del peculato d’uso (art. 314² c.p.), della corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), dell’istigazione alla corruzione da parte del p.u. o dell’i.p.s. (le cd. ipotesi di istigazione alla corruzione passiva, art. 322, co. 3° e 4° c.p.), e la creazione della fattispecie di «malversazione a danno dello Stato⁷⁴» (art. 316-*bis* c.p.) per rispondere all’esigenza di reprimere nuove forme di appropriazione di risorse pubbliche, consistenti nella “abusiva” utilizzazione di contributi, sovvenzioni o finanziamenti ottenuti dallo Stato o da altro ente pubblico, o dalle Comunità europee, e rispetto alle quali altre norme (ad es. il delitto di truffa, art. 640 c.p.) non riuscivano ad apprestare efficace contrasto.

⁷³ Sul punto CONTI, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, II, 13 ed. integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 2000, p 268 ss.

⁷⁴ La cui collocazione all’interno del capo I del libro II appare quantomeno discutibile, visto che soggetto attivo di tale fattispecie risulta essere sì un soggetto qualificato (il “beneficiario” del finanziamento e non un qualunque privato, e dunque trattasi di reato proprio), ma comunque estraneo alla p.a.

La seconda tendenziale linea guida della riforma, muovendosi in direzione opposta ma non incoerente rispetto alla prima, tende invece a ridurre l'ambito di rilevanza penale delle possibili condotte riconducibili ad alcune fattispecie la cui formulazione, estremamente elastica ed indeterminata, in patente contrasto con l'art. 25 co. 2 della Cost., aveva consentito una ricostruzione del volto dell'illecito penale tale da concedere un ingombrante spazio di manovra a favore dell'autorità giudiziaria e della sua discrezionalità interpretativa. Era proprio il caso dell'abuso d'ufficio, il cui ruolo fino ad allora marginale, ne aveva relegato anche i relativi difetti di formulazione in posizione secondaria, quasi dei trascurabili inconvenienti⁷⁵, e delle ben più pericolose fattispecie di interesse privato (art. 324) e di peculato per distrazione (art. 314), non a caso definite figure «fantasmatiche⁷⁶» o «vischiose⁷⁷», solo per segnalare alcune delle più efficaci locuzioni segnalate dalla dottrina per fotografare la loro inafferrabilità linguistica e le loro invasive potenzialità applicative.

D'altronde, se stretto, quasi simbiotico, è il legame tra le norme che definiscono lo statuto penale della p.a. e la configurazione che questa assume in un determinato momento storico, ove si consideri il perdurante silenzio da parte del legislatore penale di fronte ad uno sviluppo tentacolare e multiforme della stessa p.a., che vede in particolare espandere notevolmente lo spazio di intervento pubblico nell'economia⁷⁸, il tutto in assenza di una normativa amministrativa univoca e precisa, era tutto sommato prevedibile aspettarsi una attività di interpretazione ed applicazione delle norme esistenti tesa ad adattare alle nuove forme di distorsione dell'esercizio dei pubblici poteri, soprattutto se le formulazioni

⁷⁵ Sulla questione di legittimità costituzionale dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p. si è già detto (vedi *supra* cap. I). Sulla scarsa attenzione rispetto al problema della carenza di tipicità dovuta alla assoluta posizione subalterna si veda ad es. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere ed abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, n.1, 1999, p 106.

⁷⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale*, I, 3^a ed., Bologna, 2002, p 158.

⁷⁷ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p 77.

⁷⁸ Il che comporta spesso difficoltà anche di stabilire la natura pubblica o privata dell'attività svolta. Si pensi, ad esempio, alla complessa questione sulla natura giuridica dell'attività creditizia oppure al problema delle società a partecipazione statale. Sul punto FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 169, cui si rimanda anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali

“aperte” fornite dall’ originario impianto codicistico costituivano duttili strumenti ai fini di tale opera di adeguamento⁷⁹.

E se pressoché unanime è il giudizio sullo stato caotico e dispersivo in cui versava la normativa extrapenale, quella che dovrebbe dettare le regole per un corretto esercizio dei poteri affidati alla p.a., nel tracciato segnato dal duplice canone del buon andamento e dell’imparzialità, altrettanta convergenza di opinioni si registrava sulla incapacità, a voler essere ingenui, più realisticamente sulla «collusiva indisponibilità»⁸⁰, da parte della stessa p.a., ad esercitare forme di controllo che “dall’interno” vagliassero la legittimità dell’agire dei soggetti pubblici; ed il perdurare e l’acuirsi di una situazione in cui la distorsione funzionale e l’ammiccante inquinamento istituzionale attraverso logiche partitiche diventa regola, spiega, almeno in parte, quel diffuso intervento della magistratura, quel fenomeno della cd. *supplenza giudiziaria*, che ha rappresentato, a torto o ragione, l’unico baluardo difensivo dello Stato (sociale) di diritto. Con tutte le conseguenze che ne derivano ogni qualvolta lo strumento penale, mortificando quella sua purtroppo ancora solo tendenziale caratteristica ordinamentale di rappresentare uno strumento di *extrema ratio*, anticipa altre forme di controllo e contenimento delle anomalie di funzionamento di un sistema, sostituendosi ad esse: perdita di selettività delle fattispecie criminose, peraltro già carenti sul piano descrittivo, controllo diffuso da parte della magistratura penale, con non pochi casi di vero e proprio protagonismo da parte dei singoli giudici, indebita interferenza del potere giurisdizionale in valutazioni che spetterebbero alla p.a. e relativo sconfinamento del controllo penale dalla legalità amministrativa al merito delle scelte politiche.

Problema che acuisce ancora di più i motivi di frizione e le reciproche gelosie tra Amministrazione e Giurisdizione, ove si consideri che da un lato «*nel corso degli ultimi decenni la p.a. è stata sempre più chiamata a selezionare fini, a bilanciare*

⁷⁹ Così BONDI, in BONDI - DI MARTINO – FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p 13, in cui si rileva come, a proposito delle fattispecie in parola, «*gli spazi interpretativi si aprono con sfacciata disponibilità di fronte a fattispecie ideologicamente segnate...eppure destinatarie di richieste sempre più forti di legalità*».

⁸⁰ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 157.

*interessi a operare scelte al di fuori di parametri normativi sufficientemente precisi e ad agire con spazi di libertà che difficilmente possono essere incasellati nella tradizionale discrezionalità amministrativa»⁸¹; dall'altro che, nei casi in cui il soggetto pubblico rivesta cariche elettive, la "linea di spartitraffico" che dovrebbe nettamente separare le strumentalizzazioni clientelari e lo sfruttamento privatistico dell'ufficio dalle scelte che in qualche misura rappresentano l'attuazione di un programma politico posto a base di una propria piattaforma elettorale, non appare sempre così netta⁸², con il rischio, ancora una volta, di sovrastimolare quel «*nervo ontologicamente scoperto*»⁸³ dei rapporti tra organi dello Stato.*

E così, tra patologia e fisiologia nei meccanismi di controllo sull'autorità amministrativa, tra una situazione fatto e normativa ora caotica, ora intrisa di "malaffare", ora, infine, improntata ad un ruolo sempre più "manageriale" affidato ai soggetti pubblici, il legislatore della riforma decideva di eliminare le fattispecie-polveriera dell'interesse privato e del peculato per distrazione, per farne confluire le relative condotte, almeno quelle di più significativo disvalore, nella riformulata ipotesi di abuso d'ufficio, agendo, al contempo, nel senso di una migliore definizione degli elementi di fattispecie dell'art. 323, per non cadere nel "vuoto" di una semplice operazione formale di traslazione di condotte sotto un diverso *nomen*, senza alcuna vera opera di selezione tipicizzante. E se viene presa in considerazione la modifica anche della originaria clausola di riserva, che da assolutamente indeterminata, diviene relativamente indeterminata, si palesa come la vera protagonista della riforma del 1990 sia proprio la fattispecie di abuso d'ufficio, che da «*cenerentola del sistema*»⁸⁴, viene improvvisamente ad assumere

⁸¹ FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Quest. Gius.*, 1996, p 309.

⁸² In questi termini, a proposito dell'abrogato art. 324 c.p., DI MARTINO, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *cit.*, p 237, in cui si sottolinea come la norma citata fosse «*idonea a precipitare nel "rischio penale" ogni pubblico amministratore elettivo, il quale...in quanto tale ed istituzionalmente persegue la necessità del consenso talchè in modo pressoché inevitabile questa rappresentanza di interessi persegue anche finalità non pubblicistiche (ma coincidenti con quelle pubbliche)*».

⁸³ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, *cit.*, p XIII.

⁸⁴ PARODI GIUSINO, voce *Abuso d'ufficio*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, *Appendice*, Torino, 1994, p 587.

il ruolo di norma cardine nel quadro dei delitti dei p.u. contro la pubblica amministrazione.

Altre modifiche⁸⁵ hanno coinvolto il delitto di *omissione di atti d'ufficio*, riformulato al fine di superare interpretazioni di stampo formalistico, cui la giurisprudenza sembrava particolarmente affezionata, che attribuivano rilevanza ad ogni mero inadempimento di doveri, a prescindere da un effettivo pregiudizio per lo svolgimento della funzione o del servizio pubblico; anche il trattamento sanzionatorio, ha subito modifiche, vista la soppressione della pena pecuniaria originariamente prevista congiuntamente alla pena della reclusione per tutte le fattispecie interessate dalla riforma (con esclusione dell'omissione di atti d'ufficio), sul rilievo della scarsa efficacia deterrente di una pena pecuniaria di modesta entità cumulata con una ben più severa pena detentiva; è stata inoltre prevista per diverse fattispecie (peculato, malversazione a danno dello Stato, concussione, abuso d'ufficio corruzione, eccettuata quella in atti giudiziari) una circostanza attenuante consistente nella «particolare tenuità» del fatto, previsione peraltro tanto generica da lasciar sorgere in molti il dubbio sulla necessità di tali previsioni, veri e propri «doppioni» delle attenuanti generiche⁸⁶, suscitando perplessità anche in ordine alla scelta di riservare solo a determinate fattispecie l'operatività dell'attenuante, nonostante la sua astratta riferibilità anche a tutte le altre ipotesi delittuose inserite nel capo in questione.

Dopo più di quindici anni dalla riforma, cui hanno fatto seguito diversi altri provvedimenti in materia⁸⁷, si può, oramai senza remore, confermare quello che,

⁸⁵ Per completezza di cronaca vanno segnalate anche l'abrogazione della *malversazione a danno dei privati*, art. 315 c.p., le cui condotte confluiscono nella generale disposizione sul peculato che ricomprende ora, fra gli oggetti materiali, anche il denaro e la cosa mobile del privato, purché, per ragione del proprio ufficio o servizio, nel possesso o comunque nella disponibilità del p.u. e dell'i.p.s.; e, sotto il profilo processuale, giusto come memoria storica, vista la riforma che ha eliminato la pretura, l'attribuzione al tribunale della competenza per tutti i delitti previsti nel capo I, titolo II, libro II, con esclusione di quelli di cui agli artt. 329, 330¹, 331¹, 332, 333, 334 e 335 c.p. (art. 19, l. 26 aprile 1990, n. 86, in modifica dell'art. 6 c.p.p.).

⁸⁶ NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 418.

⁸⁷ Vanno segnalate, a parte la l. 7 febbraio 1992, n.181, con la quale sono stati apportati alcuni correttivi ai testi degli artt. 316 *bis*, 321, 322 2 357 c.p., la l. n. 205 del 1999, che, nel quadro di una più ampia opera di depenalizzazione volta a snellire e deflazionare il sistema penale, ha abrogato alcune fattispecie oramai obsolete, come quella di cui all'art. 327 c.p. (eccitamento al

fin dai primi commenti, era sembrato il giudizio complessivo della dottrina sulla modifica novellatrice, e cioè di trovarsi di fronte ad un sostanziale fallimento degli obiettivi perseguiti, se non addirittura un peggioramento della qualità e della tenuta dello statuto penale della p.a. E se era la cautela ad accompagnare le prime note critiche⁸⁸ sulla riforma, perché saggiamente si attendeva la verifica della validità del sistema nel passaggio dalla *law in the books* alla *law in action*, e perché si era comunque consapevoli di trovarsi di fronte a premesse assai problematiche, a fare i conti con una materia particolarmente dibattuta, «*dove è assai facile la critica, ma alquanto meno agevole la costruzione*»⁸⁹, non passò molto tempo prima che le sincere preoccupazioni sfociassero in una vibrante critica sulla riforma, considerata tanto fallimentare da spingere un illustrissimo autore a «*pensare che il legislatore, non che i testi pazientemente e diuturnamente compitati dalla dottrina, nemmeno abbia degnato una dimessa grammatica della lingua italiana e qualche sunto di diritto penale*»⁹⁰.

Già al momento della sua adozione, per altro, non mancarono certo rilievi sulla fretta con cui si approvò il testo definitivo, a dispetto del lungo e travagliato iter parlamentare⁹¹, o sulla maggioranza, eufemisticamente definita «anomala»⁹² (DC

dispregio e vilipendio delle istituzioni, delle leggi o degli atti dell'autorità), o non più in linea con i valori costituzionali, come l'art. 332, oltre ad una serie di disposizioni relative ai delitti dei privati contro la p.a., tra cui spiccano le fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341) ed a pubblico impiegato (art. 344); la l. n. 300 del 2000, con la quale l'ordinamento italiano ha recepito una serie di accordi assunti in sede internazionale, e volti a realizzare un programma di contrasto di alcune forme di criminalità economica internazionale di forme di corruzione nella quale sono coinvolti funzionari degli organismi comunitari o degli stati membri dell'UE, e che ha introdotto le ipotesi «indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato» (art.316ter), di «peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri» (art. 322bis, ed una nuova disciplina della confisca del profitto o prezzo del reato rispetto ai delitti previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p. (art. 322ter).

⁸⁸ Tra i vari si segnalano SINISCALCO, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *L.P.*, 1990, p. 263; e PADOVANI, *Commento alla l. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 540 ss;

⁸⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 269.

⁹⁰ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p. 582.

⁹¹ PADOVANI, *Commento alla l. 26 aprile 1990*, cit., parla di un intervento «che reca le stigmate di una frettolosità e di una incuria che suonano paradossali in un testo tanto a lungo elaborato».

e PCI) che votò la riforma, generando il sospetto che, al di là della bontà degli intenti, la fretta fosse dipesa non già dall'impazienza di porre rimedio a decenni di ritardi, quanto piuttosto da preoccupazioni contingenti di carattere "elettorale", in particolare dalla opportunità, in vista di ravvicinate elezioni amministrative (tenutesi il maggio di quello stesso anno), di poter reinserire nelle liste elettorali, alcuni amministratori afflitti dal basto di pendenze processuali per reati quali l'interesse privato o il peculato per distrazione, che di lì a poco (si sperava) sarebbero state abrogate con effetto, ovviamente, retroattivo⁹³.

Pur volendo ritenere, in uno slancio di sprovveduto ottimismo, infondate tali congetture, la questione comunque affonda le sue radici in terreni ben più profondi di una singola tornata elettorale, e rimanda ancora una volta alla preoccupante interferenza, se non addirittura all'imbarazzante immedesimazione, tra mondo politico e sistema economico ed al conseguente inquinamento partitico della p.a.; in questa prospettiva, non si può pensare di risolvere il problema del controllo sulla gestione dei pubblici uffici e servizi intervenendo sulla normativa extrapenale o, a maggior ragione, su quella penale, senza agire contemporaneamente, a monte, sulle cause del problema. In alternativa, qualunque modifica dello statuto penale della p.a. risentirà comunque delle «preoccupazioni e aspettative di origine politico-partitica, che non sempre trovano riscontro in serie ragioni politico-criminali e/o di tecnica legislativa»⁹⁴.

E se la «questione morale», con il suo strascico di affaristici compromessi ed i suoi pantani istituzionali, mostra di essere il vero nodo da sciogliere, insieme ad opportune ma coordinate revisioni del sistema penale, la dimostrazione prepotente dell'assunto è data proprio dall'esplosione di quel complesso fenomeno,

⁹² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 159

⁹³ Sulla proclamata "abolitio criminis" da parte del legislatore FIANDACA-MUSCO, *op. e loc. ult. cit.*; FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato d'ufficio*, in *Foro it.*, 1990, II, 637 p ss; MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., p 17; BONDI, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p 14.

⁹⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 159.

certamente amplificato, se non deformato, dal circuito mediatico e giudiziario⁹⁵, ma che alla base trova pur sempre il distorsivo intreccio politico-economico, noto come «tangentopoli» che fu in grado di travolgere l'intero sistema partitico fino ad allora conosciuto mostrando come la corruzione e più in generale l'affarismo e la disonestà di matrice politico-amministrativa, avessero oramai da tempo assunto un carattere «sistemico» cioè di fenomeno «non isolato o contenuto in limiti fisiologici»⁹⁶.

La stagione di tangentopoli spingerà la comunità scientifica a cercare nuovi strumenti per contrastare il fenomeno della corruzione⁹⁷, ma intanto ha definitivamente denunciato tutta l'insufficienza di una riforma che oltre a non aver offerto nulla di nuovo all'armamentario del diritto penale nelle strategie di contrasto alla abusiva gestione dell'attività pubblica, in particolare di quella economica, mostra anche di aver fallito nel tentativo di trovare quel giusto equilibrio tra esigenze di repressione e libertà d'azione degli operatori pubblici, che, attraverso una maggiore sensibilità verso i suggerimenti della dottrina⁹⁸, ed un rigoroso rispetto dei canoni di una moderna scienza della legislazione, primi

⁹⁵ «Quanto piuttosto dovrebbe preoccupare è che la novità Tangentopoli non è una novità. Per quanto ci si impegni, nella corruzione del XX secolo non si trovano novità se non, forse, le dimensioni amplificate dai mass media», cfr. BONDI, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 16.

⁹⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 161.

⁹⁷ Tra le varie soluzioni proposte, ad esempio, vi è quella di eliminare la tradizionale distinzione tra i delitti di concussione e corruzione, in maniera tale da aggirare l'annoso problema dell'accertamento probatorio delle condotte di corruzione, per pervenire ad un'unica fattispecie di portata generalissima, con un inasprimento delle pene, ma con la previsione di una speciale causa di non punibilità a favore del soggetto che, prima di essere indagato, denunci spontaneamente il fatto e fornisca indicazioni utili per l'individuazione degli altri soggetti coinvolti. Sul punto BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in MARINUCCI-DOLCINI (dir. da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, I, Padova, 200, p. 16-17; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 162.

⁹⁸ A sua volta "accusata" di aver solo criticato *ex post* i vari progetti di riforma elaborati in sede politica e di non essersi impegnata nella autonoma elaborazione di un disegno di riforma in sintonia con i parametri costituzionali; cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 160.

fra tutti quelli della determinatezza e dell'offensività⁹⁹ delle fattispecie criminose, sarebbe stato sicuramente più facile da raggiungere.

Al di là di alcune critiche sulla nuova formulazione dell'omissione di atti d'ufficio¹⁰⁰, al di là del perdurare di alcuni dubbi ed incertezze interpretative alimentate ancora da una vocazione pericolosamente giustizialista della magistratura (il pensiero va, ad esempio, allo sfumato concetto di *induzione* nella fattispecie di cui all'art. 317 c.p. ed al collegato fenomeno della concussione «ambientale»¹⁰¹), non vi è dubbio, comunque, che il bersaglio privilegiato delle critiche rivolte al legislatore era rappresentato, non poteva essere altrimenti, proprio da quella norma che, spostata dai margini al centro del sistema dei delitti dei p.u. contro la p.a., doveva emblematicamente rappresentare, nell'ambizioso progetto del riformatore, quel delicato punto di equilibrio tra le opposte esigenze che avevano ispirato la novella, vale a dire l'abuso d'ufficio, che, anche sotto tale profilo, costituisce il vero polo d'attrazione in grado di calamitare e di assorbire prepotentemente l'attenzione (e la preoccupazione) dei commentatori della riforma.

Prima di affrontare una disamina, sommaria ma possibilmente disciplinata, della fattispecie di abuso nella formulazione scaturente dalla riforma del '90, essenziale per giungere a comprendere il significato dell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., occorre tuttavia chiarire, con i limiti della sintesi e dell'inesperienza, alcuni riferimenti che, indispensabili ai fini della ricostruzione e della comprensione

⁹⁹ Le critiche contro l'originaria disciplina codicistica dei reati contro la p.a. muovevano anche dal rilievo, del tutto evidente, dell'impossibilità di mantenere inalterata la struttura di quel sistema nell'impatto con la Costituzione e con i valori sempre più pregnanti che questa imponeva alla legislazione penale, sia dal più generale punto di vista del rispetto della legalità, sia dal punto di vista dei beni tutelati attraverso le incriminazioni; andava, dunque, rigettata l'impostazione tradizionale che vedeva nel "prestigio" della p.a. il bene generale o di categoria del titolo II del libro II, per fare spazio ai due canoni di buona amministrazione contemplati dall'art. 97 Cost., quelli del buona andamento e dell'imparzialità.

¹⁰⁰ Tra i vari BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p 16; PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 25.; sui problemi applicativi del "nuovo" art. 328, e sui rapporti con la precedente incriminazione DE VITA, *Successione di leggi penali, silenzio della pubblica amministrazione e configurabilità dell'omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. italiana*, 1996, p 89 e ss.

¹⁰¹ Si veda, ad es. Cass., 22 ottobre 1993, in *Riv. pen. ec.*, 1994, 343, con nota di PALOMBI.

delle figure criminose in esame, reclamano, tuttavia, come loro naturale *sedes materie* l'ambito del diritto amministrativo, onde la necessità di una breve e cauta incursione in quel territorio, alla ricerca anche solo di definizioni che riguardano la natura dell'attività svolta dalla p.a. (vincolata o discrezionale) ed i vizi di legittimità degli atti che rappresentano il prodotto di quell'attività (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere); così come è opportuno sgomberare il campo da alcuni malintesi che per lungo tempo hanno condizionato l'interpretazione delle fattispecie in esame e, più in generale, la ricostruzione dei rapporti tra attività amministrativa e controllo del giudice penale, che attengono, in sostanza, al problema della sindacabilità, in sede giurisdizionale, della discrezionalità amministrativa

IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA

Schematicamente, e seguendo l'impostazione fornita da autorevole dottrina¹⁰², la questione dei limiti del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, può essere proposta secondo una articolazione della stessa in tre distinte fasi.

Seguendo l'ordine cronologico di sviluppo, la più risalente nel tempo, si fondava sull'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. 10 marzo 1865 n.2248, all. E (l. abol. cont.).

Tale istituto nasce in Italia con l'unificazione amministrativa del Regno, attuata con la legge prima richiamata, che, abolendo (art. 1) i tribunali speciali fino ad allora investiti della giurisdizione sul contenzioso amministrativo¹⁰³, affida poi alla giurisdizione ordinaria, civile o penale, ed all'autorità amministrativa le

¹⁰² BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p 7 ss.

¹⁰³ Con l'espressione *contenzioso amministrativo* si designa «uno speciale sistema per risolvere i conflitti fra un diritto del privato e la pubblica amministrazione, affidando la risoluzione di controversie a Collegi che fanno parte del potere esecutivo», ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, parte seconda, Torino, 1895-1898, p. 850 ss., riportato anche da GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 56 e ss.

relative competenze a decidere le questioni prima devolute ai suindicati tribunali, in base ai criteri di ripartizione stabiliti nell'art. 2¹⁰⁴. Non senza una arzigogolata operazione interpretativa¹⁰⁵, si ricava, dal combinato disposto degli artt. 4 e 5, con riferimento alle competenze stabilite dall'art. 2, la possibilità (o meglio l'obbligo, se l'istituto della disapplicazione viene ad essere inquadrato dall'angolo visuale del rispetto del principio gerarchico tra fonti di diverso grado¹⁰⁶ e di altri principi ordinamentali (principio di legalità nella giurisdizione ex art. 101 Cost, art. 2 c.p.p.¹⁰⁷) per il giudice penale di valutare la validità dell'atto, alla stregua dei parametri di legittimità dello stesso, limitandosi, in caso di presenza di un vizio tipico, alla disapplicazione dello stesso al caso concreto, senza possibilità di poterlo revocare o modificare (*cognitio incidenter tantum*), poiché tale potestà è affidata esclusivamente all'autorità amministrativa che dovrà, in ogni caso, conformarsi al giudicato del giudice ordinario.

Tuttavia, soprattutto nei confronti della giurisdizione penale, il meccanismo della disapplicazione si rivelò piuttosto "scivoloso"¹⁰⁸, e, complice anche una diatriba

¹⁰⁴ L'art. 2 l. abol. cont. devolve «alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa».

¹⁰⁵ Sul punto GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 73 e ss.

¹⁰⁶ Sui criteri di risoluzione delle antinomie giuridiche in generale BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p 219 ss.; sull'applicazione del criterio gerarchico al caso concreto dei rapporti tra atto amministrativo e giurisdizione, GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 86 e ss.

¹⁰⁷ GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 96 e ss.

¹⁰⁸ Uno dei casi-sentinella della pericolosità del meccanismo basato sul controllo incidentale della legittimità dell'atto amministrativo e sulla sua eventuale disapplicazione in caso di riscontro di uno dei vizi di legittimità, era costituito dalla *querelle* intorno alla rilevanza penale, ex art. 20 l. n. 47 del 1985 (ora confluito nell'art. 44 t.u. dell'edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380), della costruzione edilizia eseguita in base ad una concessione edilizia («oggi permesso di costruire») illegittima. Applicare rigorosamente l'istituto della disapplicazione comporterebbe una equiparazione tra l'ipotesi della concessione esistente ma illegittima (e quindi da disapplicare) e quella della concessione materialmente inesistente, che rappresenta il *quid* del reato contravvenzionale in esame, con una evidente rischio di superamento del principio di legalità ed una vera e propria applicazione analogica della norma penale. Si veda, ad es., Cass., sez. VI, 13 maggio 1980, in *Cass. Pen.*, 1981, p. 1633, n. 1495; Cass., sez. III, 23 marzo 1981, Volpicelli, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 1624, n. 1514.; sul punto, e più in generale sulla *disapplicazione in malam partem*, GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 113e ss.

interpretativa sull'ambito di applicazione delle disposizioni di cui agli art. 4 e 5 della l. abol. cont.¹⁰⁹, si passò, in una seconda fase, a considerare il potere-dovere di disapplicazione dell'atto amministrativo come riferibile unicamente ai casi in cui l'atto amministrativo incida negativamente sui diritti soggettivi, rimanendo esclusa tale prerogativa nei casi in cui l'atto non comporti lesione di un diritto, ma contribuisca a rimuovere ostacoli al loro libero esercizio (autorizzazioni, nulla osta ecc.) o addirittura li costituisca (concessioni)¹¹⁰. In questi casi, il giudice può indagare sulla legittimità dell'atto amministrativo, non in base al potere di disapplicazione, ma quando è la stessa norma incriminatrice a richiederlo, o espressamente (es. art. 650 c.p. che richiede l'esistenza di un provvedimento legalmente dato), o in via interpretativa, quando cioè la legittimità dell'atto amministrativo si ricavi da una lettura della disposizione penale che tenga conto del bene tutelato (interpretazione teleologica).

Si trattava dell'applicazione giurisprudenziale della tesi cd. "sostanzialistica"¹¹¹, che ebbe comunque modo di mostrare tutti i suoi limiti, ancora una volta con riferimento ai reati in materia edilizia¹¹², in particolare perché, pur rinnegando la possibilità per il giudice di disapplicare l'atto quando questo non fosse lesivo di diritti soggettivi, arrivava comunque a soluzioni eversive del principio di legalità, continuando a parificare le ipotesi di assenza del provvedimento con quelle di presenza di provvedimento illegittimo, poiché entrambe forme alternative di lesione del bene giuridico protetto (nel caso di specie si trattava dell'interesse alla salvaguardia del territorio in conformità alla formazione urbanistica). Ed è chiaro come tale modo di interpretare la norma, sbilanciando l'attenzione sul bene

¹⁰⁹ Per approfondimenti sul punto GAMBARDELLA, *op cit.*, p. 75 e ss.

¹¹⁰ Tale assunto si trova compiutamente espresso in Cass., sez. un., 31 gennaio 1987, Giordano, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 1711, n. 1408, con nota di VIGNALE.

¹¹¹ La cui prima formulazione si deve a Petrone; cfr. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n.1, p 69, ed attraverso la quale si distingueva tra atto amministrativo come elemento esterno della fattispecie (ad es. un provvedimento di concessione della grazia), nel qual caso era possibile ricorrere all'istituto della disapplicazione, ed atto amministrativo come elemento interno e quindi normativo della fattispecie (come elemento della condotta, come presupposto negativo o positivo della stessa ecc.); sul punto ¹¹¹ BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p 8 ss.

¹¹² Vedi *supra* in nota.

giuridico (pur fondamentale per selezionare le condotte che rivestono, tuttavia, già un connotato di tipicità), finisse col trascurare il modello di condotta descritto dalla disposizione incriminatrice, con evidente rischio di applicazione analogica (perché ipotesi accomunate dalla stessa *ratio* di tutela rispetto al bene protetto) della norma penale¹¹³.

Escluso che l'istituto della disapplicazione possa intervenire per districare i complessi nodi che riguardano l'attività di ricognizione, fattuale o normativa, del giudice penale e la possibilità per quest'ultimo di poter controllare la legittimità di un atto amministrativo, ed apprezzato comunque il contributo offerto dalla tesi sostanzialista, che distinguendo tra atto esterno ed atto interno, riporta comunque entro i giusti termini la questione, poiché si tratta di verificare la corrispondenza di un fatto (storico) rispetto ad un tipo (normativo) che ben può annoverare tra i suoi requisiti, normativi o fattuali, positivi o negativi, un atto amministrativo, lasciando tuttavia perplessi in ordine alle conseguenze dovute ad un malinteso utilizzo del bene giuridico quale canone ermeneutico di interpretazione delle norme penali, risulta chiaro come solo da un confronto con la struttura della norma incriminatrice possa ricavarsi la possibilità per il giudice di sindacare la legittimità di un atto ed entro quali limiti, ed in particolare, quando addirittura la condotta si identifica (o può identificarsi) con il compimento di un atto amministrativo (ed è proprio il caso dell'art. 323 c.p.), il giudice conserva in pieno il potere di controllarne la legittimità, non in via incidentale, ma in via principale, poiché il giudice non è chiamato a disapplicare o meno un atto amministrativo, ma a stabilire se un soggetto agente, che ha compiuto o non ha compiuto un atto, ha integrato o meno il modello legale di fatto descritto dalla norma penale.

¹¹³ In giurisprudenza, la più compiuta elaborazione di tale criterio è data da Cass., sez. un., 12 novembre 1993, Borgia, in *Cass. pen.*, 1994, p 901.

L'ABUSO D'UFFICIO NELLA VERSIONE DEL '90 – PROFILI SISTEMATICI

Si è visto come l'abuso d'ufficio, nel passaggio dalla formula del 1930 a quella del 1990, unitamente alle complessive modifiche della riforma, in particolare all'abrogazione delle fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato, acquisti un ruolo centrale, di norma cardine del complesso sistema dei delitti a tutela della pubblica amministrazione contro le condotte provenienti dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio.

Se si esamina la norma nella nuova "veste" ritagliata dal legislatore del '90, ci si rende conto, nel confronto con la precedente formulazione, della profonda metamorfosi che questa ha subito, sia dal punto di vista strutturale che da quello sistematico-funzionale.

Testualmente, l'art. 323 c.p. dal 1990, e fino al 1997, così disponeva:

«il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni

Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

Concentrandosi per il momento sulle modifiche di carattere sistematico, prioritaria attenzione impone la trasformazione della clausola di riserva assoluta («...qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge...»), in clausola di riserva relativa («...se il fatto non costituisce più grave reato...»), circostanza che provoca un ribaltamento della tradizionale posizione dell'abuso d'ufficio, che, nella versione precedente, cedeva il passo a qualunque altra fattispecie, comunque sanzionata, di cui l'abuso rappresentasse la forma tipica di realizzazione, un presupposto della condotta o un elemento aggravante.

Così, se rispetto all'ipotesi di sequestro di persona aggravata ai sensi dell'art. 605, 2° co, n.2 c.p., che prevede una pena della reclusione da uno a dieci anni, continua ad escludersi l'applicabilità dell'art. 323 c.p., perché meno grave, sarà invece quest'ultima norma a prevalere (se presenti tutti i requisiti richiesti dal 323 c.p.), nei confronti della fattispecie di cui all'art. 609 c.p. («perquisizione e ispezione personali arbitrarie», punito con la reclusione fino ad un anno), che si trova, rispetto alla prima disposizione, in rapporto di specialità reciproca (l'art. 323 è speciale con riferimento all'elemento soggettivo, mentre l'art. 609 risulta speciale per specificazione della condotta di abuso): l'apparente concorso di norme, nel momento in cui siano presenti tutti gli elementi dell'una e dell'altra disposizione, e quindi in difetto di altri indici di specialità, sarà riconducibile all'art. 15 c.p. e risolto in favore dell'art. 323 in quanto più gravemente sanzionato¹¹⁴.

Ancora più visibilità acquista la modifica in parola se si considerano i rapporti con la fattispecie di omissione di atti di cui all'art. 328 c.p.; ammessa la configurabilità della realizzazione della fattispecie di abuso anche nella forma omissiva¹¹⁵, anche nel confronto tra gli artt. 323 e 328 c.p., il rapporto tra norme

¹¹⁴ In proposito PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 583; PAGLIARO, *Commento all'art. 13, l. 26 aprile 1990 n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, n. 3.

¹¹⁵ La questione, si è visto, era già stata proposta con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 323 c.p., ma all'epoca, vista la clausola di riserva assoluta che, a dispetto della sua *ontologica* realizzabilità nella forma sia attiva che omissiva, lo rendeva *giuridicamente* un reato esclusivamente di azione (cfr. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 584), l'operazione ermeneutica aveva il sapore di una mera esercitazione dialettica. Proprio l'indubbia ipotizzabilità, da un punto di vista naturalistico, dell'abuso in forma omissiva(), unitamente alla modifica sulla clausola di riserva dell'art. 323 c.p. ed al contemporaneo restringimento dell'area di rilevanza del delitto di omissione, hanno comportato la necessità di confrontarsi in termini concreti sulla questione. Parte della dottrina (Fiandaca, Musco, Segreto, De Luca, Grosso), optava per una soluzione negativa sul rilievo che il concetto di abuso implicherebbe necessariamente una condotta positiva del soggetto (ed in quanto reato di pura condotta difficilmente riconducibile all'art. 40 cpv., cfr. GROSSO, *L'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p 321), o che comunque, anche sulla base della precedente formulazione, lo stesso non potesse risolversi in una mera violazione di doveri (dovendo riguardare l'esercizio dei poteri). In realtà, la tesi esposta, non trova conferma se posta sul piano lessicale, poiché il concetto di abuso è sufficientemente elastico da comprendere anche la forma omissiva. Né l'argomento basato sull'insufficienza della mera violazione dei doveri sembra cementare le fondamenta di una tesi negativa, poiché si tratterebbe pur sempre di una strumentalizzazione dei poteri spettanti al soggetto pubblico, attuata mediante il mancato esercizio degli stessi e con una delle finalità contemplate dall'abuso d'ufficio. Senza considerare poi la proliferazione, nel settore del diritto amministrativo, di sempre maggiori ipotesi di silenzio significativo (silenzio-assenso, silenzio-rifiuto), vale a dire di inerzie produttive di effetti giuridici

risulta nel senso della specialità reciproca (l'abuso attraverso l'indicazione del dolo specifico, l'omissione attraverso la specificazione del contenuto dell'abuso): nell'ipotesi contemplata dal 1° co. dell'art. 328, la norma sull'abuso cederà il passo solo se presente una delle finalità contemplate nel suo primo comma, poiché risulterà, in tal caso, più grave il reato di omissione. Ma tornerà ad applicarsi l'art. 323 c.p. in presenza della finalità patrimoniale di cui al 2° co. Rispetto poi all'ipotesi contemplata dal secondo comma dell'art. 328, l'abuso, in caso di concorso apparente, prevarrà in ogni caso perché più gravemente sanzionato¹¹⁶.

Al di là di questi significativi segnali, tuttavia, la vera rivoluzione sistematica che fa dell'abuso d'ufficio il fulcro della nuova disciplina dei reati contro la p.a., è rappresentata dal confluire all'interno dell'art. 323 c.p. di tutte quelle condotte prima riconducibili alle abrogate disposizioni sul peculato (e sulla malversazione) per distrazione e sull'interesse privato. Senza potere qui affrontare, se non attraverso cenni, la delicata questione relativa al fenomeno successorio tra leggi penali¹¹⁷, regolato dall'art. 2 c.p., e governato, in estrema sintesi, dal doppio canone della irretroattività (assoluta ex art. 25 co 2° Cost.) della legge penale sfavorevole (art. 2 c.p. co. 1° e 4°) e della retroattività (derogabile ex art. 3 Cost. in presenza di ragionevolezza del trattamento differenziato) della legge penale favorevole (art. 2 c.p. co 2° e 4°), sembra potersi affermare la possibilità di inquadrare la vicenda successiva in esame nel contesto di una successione di leggi penali in senso stretto, come tale riferibile all'art. 2 co 4° c.p., piuttosto che in uno schema di *abolitio criminis*, regolata dall'art. 2 2° co. c.p., che escluderebbe la possibilità di considerare le condotte prima rilevanti come peculato per distrazione o interesse privato, riconducibili alla nuova formulazione

identici all'adozione di un atto esplicito. Poiché anche dai lavori preparatori non provengono informazioni utili in un senso o nell'altro, sembra preferibile ammettere la configurabilità dell'abuso mediante omissione, rassicurati anche dalla compagnia della giurisprudenza di legittimità. Sul punto, anche per alcune indicazioni giurisprudenziali, PISA, voce *Abuso di ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995.

¹¹⁶ Cfr. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit.584 PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p. 11.

¹¹⁷ Nella dottrina italiana cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1354 ss; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4^a ed, Bologna, 2001, p 76 ss; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3^a ed., Milano, 2001, p 253 ss.

dell'art.323¹¹⁸, con l'avvertenza che tale conclusione si basa non su di un approccio di tipo sostanzialistico, che afferma la continuità del tipo di illecito, e quindi l'esistenza della successione solo in presenza di identità del bene giuridico protetto e delle modalità offensive della condotta, ma in base ad un confronto tra norme che tenga conto della struttura formale delle fattispecie supposte in successione, e dei loro elementi costitutivi, onde arrivare alla conclusione della presenza di una successione solo se è possibile risalire ad un rapporto di specialità che insiste tra le fattispecie in esame¹¹⁹.

In particolare, considerando anche le intenzioni del legislatore ricavabili dai lavori preparatori della l. 86/90, non vi è dubbio che, tanto da un punto di vista sostanziale, tanto da quello strutturale-formale, tra le condotte distrattive (peculato o malversazione) e l'abuso finalizzato ad un ingiusto vantaggio patrimoniale (art. 323 2 co. c.p.) vi sia continuità del tipo di illecito. Con tutta evidenza, la distrazione¹²⁰, se considerata come «condotta consistente nel rivolgere la cosa ad

¹¹⁸ Bisogna infatti tenere distinti il fenomeno *formale* dell'abrogazione da quello *sostanziale* dell'*abolitio criminis*: non sempre l'abrogazione di una disposizione incriminatrice equivale ad *abolitio*, poiché, rimanendo inalterato il giudizio di disvalore astratto dato dall'ordinamento sulle condotte riconducibili alla norma eliminata, queste potranno sempre confluire in una diversa disposizione penale. Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 56; FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, I, Torino, 200, p. 88; PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p. 599.

¹¹⁹ In questi termini PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p. 600; FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro. it.*, 1990, parte II, 637 ss.

¹²⁰ Sul concetto di distrazione nel peculato, diverse sono state le tesi interpretative prospettate, che vanno dall'estremo di considerarla presente ed integrante il reato ogni qual volta il bene viene utilizzato per un fine diverso da quello stabilito, anche se pubblico e persino se rientrante nelle prerogative dell'ufficio, alla posizione intermedia che include nella distrazione anche le finalità comunque pubbliche, ma estranee rispetto a quelle dell'ufficio, ad una, ancor meno rigida, che esclude la distrazione in caso di utilizzo del bene comunque per finalità pubbliche, e la ammette solo quando vi è un utilizzo del bene per il perseguimento di finalità private. Volendo puntualizzare, qualora si aderisca alle prime due impostazioni, il rapporto tra la vecchia disposizione sul peculato per distrazione e l'abuso d'ufficio dovrebbe essere di specialità reciproca (l'abuso si caratterizzerebbe per la presenza dello specifico dolo di vantaggio), e dovrebbe escludersi il rapporto di successione tutte le volte in cui il bene viene destinato comunque a finalità pubbliche (e quindi comunque vantaggiose per la p.a.) incompatibili con il requisito dell'ingiustizia del vantaggio richiesto dal nuovo art. 323. Così PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p. 602-603.

un fine diverso da quello cui essa era stata destinata nel mondo del diritto»¹²¹, costituisce intimamente ed essenzialmente un abuso, cioè una distorsione funzionale del potere che il soggetto esercita sulla cosa: trattasi dunque di specificazione della condotta abusiva, e quindi, sussistendo rapporto di specialità tra le norme, è possibile confermare la presenza del fenomeno successorio.

Anche a proposito del presunto fenomeno successorio tra l'abrogato art. 324 ed il nuovo art. 323 c.p. (ed anche qui il sospetto, da verificare, nasce dalle esplicite intenzioni del legislatore), la dottrina e la giurisprudenza¹²², pur nel costante dibattito tra la tesi "sostanzialistica" e quella "formalistica" per addivenire a soluzioni appaganti e criteri certi per stabilire la presenza di una successione di leggi penali¹²³, sembrano essere indirizzate verso la soluzione della traslazione delle condotte di "presa" di interesse privato nel nuovo abuso d'ufficio: anche qui occorre verificare i rapporti tra le due norme e, preso atto della non coincidenza, tra il concetto di abuso e quello di «presa di interesse» che, almeno nella sua accezione più rigorosa¹²⁴, non richiede necessariamente la strumentalizzazione dell'ufficio, la nuova fattispecie d'abuso risulta essere speciale rispetto al precedente art. 324, poiché specifica la condotta rispetto all'elemento materiale, richiedendo un abuso e dunque una strumentalizzazione

¹²¹ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – parte speciale, delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1986, p. 211.

¹²² Si veda in proposito Cass. Pen., sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Giust. Pen.*, 1990, II, 513.

¹²³ FIANDACA, *op. ult. cit.* 638 ss.; PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p 5 ss.

¹²⁴ Ci si riferisce a quella giurisprudenza che, soprattutto a cavallo tra gli anni '60 e gli anni '70, in nome di una sorta di "missione" tesa alla moralizzazione dell'attività dei pubblici poteri, sospinta anche dall'opinione pubblica, tendeva ad interpretare in maniera piuttosto ampia alcuni requisiti richiesti dall'art. 324, in questo favorita, è sempre bene puntualizzare, dalla formulazione per nulla precisa della norma. In particolare «prendere» un interesse privato significava semplicemente «avere» un interesse, per cui se presente, questo integrava la fattispecie anche se semplicemente coesistente con l'interesse pubblico, e addirittura anche quando non avesse comunque influito indebitamente sul compimento dell'atto. «Privato», poi, era semplicemente un interesse «non pubblico», e dunque rilevante anche in assenza di qualunque legame tra p.u. e beneficiario dell'atto, purchè non coincidente con l'interesse pubblico istituzionalmente perseguito da quel particolare ufficio. (sui rapporti tra l'interesse privato, così interpretato, ed il precedente abuso d'ufficio, *supra* vap. I). Sull'interesse privato, per tutti, BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 47 ss.; sui rapporti tra interesse privato ed abuso d'ufficio PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p. 2-3; DI MARTINO, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p 237.

dell'ufficio con il presumibile ricorso ad un atto illegittimo, mentre dal punto di vista del fine perseguito (e quindi dal punto di vista della fattispecie soggettiva) risulta essere generale sia rispetto al precedente art. 323 (vantaggio non patrimoniale o danno) sia rispetto all'abrogato art. 324 (vantaggio patrimoniale)¹²⁵.

Di conseguenza, il fenomeno successorio si avrà con riferimento unicamente a quelle condotte di presa di interesse privato che siano state attuate attraverso un abuso dell'ufficio, verificandosi, in caso di semplice compresenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico (e dunque in presenza di un atto formalmente legittimo) una ipotesi di *abolitio criminis*.

Cercando di formulare un primo bilancio, si può sostenere come, in virtù della nuova clausola di riserva "relativa" e del confluire della maggior parte delle ipotesi, quantomeno quelle di maggior disvalore, prima riconducibili all'interesse privato ed al peculato per distrazione (ne rimangono fuori, per quanto riguarda il peculato e la malversazione, le ipotesi, comunque già controverse in precedenza, in cui la distrazione avviene ma pur sempre per finalità pubbliche, per difetto del requisito dell'ingiustizia del vantaggio; nel caso dell'interesse privato, si verifica una *abolitio* rispetto alle condotte non costituenti abuso, anch'esse di dubbia riconducibilità al vecchio art. 324 c.p.), il legislatore abbia effettivamente catapultato il delitto di abuso d'ufficio da un'angusta vena periferica al cuore, al centro nevralgico del sistema di controllo penale sull'operato della p.a., circostanza che suggerisce, o meglio impone, a questo punto, una attenta verifica del profilo strutturale della fattispecie, quale risulta dalle modifiche apportate dalla l. 86/90, poiché l'art. 323 c.p. diventa la cartina di tornasole, la prova del nove nella verifica e nel giudizio complessivo sul risultato perseguito, almeno intensamente con le dichiarazioni del legislatore del '90, di trovare quel bandolo della matassa che, nei rapporti tra pubblica amministrazione e giurisdizione penale, è rappresentato dal giusto equilibrio tra una legittima repressione dei comportamenti particolarmente lesivi della p.a. e dei soggetti con cui essa viene in contatto, provenienti proprio da coloro che dovrebbero, attraverso il loro ufficio o

¹²⁵ Scettico, sul punto, FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 640.

servizio, assicurare, nel rispetto della legalità, dell'imparzialità e del buon andamento, il perseguimento degli obiettivi pubblici che lo Stato sociale affida loro, e l'inopportuna e pericolosa invadenza di spazi di valutazione riservati alla pubblica amministrazione, che rischiano di sfaldare le garanzie offerte dal principio della separazione dei poteri.

SEGUE - LA STRUTTURA DELL'ART. 323 C.P.

Il primo rilievo sulle modifiche strutturali apportate con la riforma riguarda l'inclusione tra i soggetti attivi anche dell'incaricato di pubblico servizio¹²⁶. 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 "lasciapassare" della ragionevolezza, confermò la legittimità di tale regime differenziato¹²⁷. 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 art. 357 e 358 ridefiniva i contorni delle qualifiche soggettive di p.u. e di i.p.s., accostandole marcatamente¹²⁸, rendeva la scelta di equipararle, relativamente al "nuovo" abuso d'ufficio, praticamente obbligata¹²⁹.

¹²⁶ Sulle modifiche riguardanti gli artt. 357 e 358 c.p., *infra* cap. III

¹²⁷ Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, vedi *supra*, cap. I

¹²⁸ Cfr PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 585-586.

¹²⁹ 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, PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p 3-4.

L'allargamento in parola, che contribuisce a lievitare le dimensioni applicative della fattispecie, dovrebbe anche giustificare, nel confronto con la vecchia formulazione, il passaggio dalla formula dell'abuso «dei poteri inerenti alle funzioni» a quella di abuso «dell'ufficio», più idoneo a delineare l'oggetto della condotta abusiva anche nei confronti dell'incaricato di un pubblico servizio. Nonostante le critiche di alcuni autori¹³⁰ preoccupati dalla possibilità che l'estensione della formula comporti un eccessivo ampliamento dei fatti punibili, fino a ricomprendere anche le irregolarità relative a fatti non rilevanti all'esterno della p.a., va invece registrata una generale assenza di obiezioni o particolari commenti sul punto, vista, tutto sommato, l'equivalenza semantica delle varie espressioni utilizzate, e l'oziosità della questione già rilevata nel passaggio dalla formula del codice Zanardelli a quella del 1930 (*supra* cap. I). Se critica può muoversi al legislatore, è quella di utilizzare spesso, relativamente a fenomeni identici, locuzioni diverse: nell'art. 317 c.p., ad es., dove anche si poneva il problema dell'allargamento della sfera soggettiva all'i.p.s., il legislatore è passato dalla formula «abusando delle funzioni», proprio a quella più generica «abusando dei poteri». Critica che, al di là di segnalare imbarazzanti distrazioni del legislatore, non può sicuramente spingersi «fino al punto di scorgervi surrettizie modifiche strutturali¹³¹».

Queste osservazioni portano ad escludere che, rispetto alla condotta materiale, la versione del '90 dell'art. 323 c.p. apporti significative modifiche rispetto alle origini, poiché il nucleo comportamentale rimane il compimento di una condotta «compiuta in violazione delle norme che regolano l'esercizio dell'attività pubblica¹³²», secondo lo schema, già segnalato (*supra* cap. I) dell'abuso funzionale¹³³: escluso quindi il riferimento ad un abuso della qualità, la formula

¹³⁰ STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pp.uu. contro la P.A.: profili generali e spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p 718.

¹³¹ Cfr PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 585-586.

¹³² Espressione di GROSSO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p 320.

¹³³ Richiedendo lo sfruttamento dell'ufficio, e quindi una «alterazione delle regole legali o di buona amministrazione» che governano l'uso dei poteri inerenti alla funzione o al servizio pubblico, si evita di prestare il fianco ad alcune interpretazioni che, soprattutto a proposito del

legislativa è sufficientemente ampia da ricomprendere tanto gli abusi che si concretano nel compimento di una attività giuridica, con emanazione di atti amministrativi in senso tecnico, tanto quelli che si realizzano attraverso una attività materiale della p.a.

Nel primo caso, con tutta probabilità, l'abuso coinciderà con il compimento di un atto viziato alla stregua dei parametri di legittimità propri di quella particolare categoria di atti giuridici (i soliti vizi di incompetenza, violazione di legge, e, soprattutto, eccesso di potere); la seconda alternativa si verificherà attraverso la realizzazione di «atti od operazioni tecniche, strumentali alla manifestazione di volontà della pubblica amministrazione¹³⁴».

Eventuali dubbi sull'ammissibilità della seconda opzione possono essere fugati attraverso l'esame dei lavori parlamentari, ove l'aver scartato la proposta di richiedere espressamente un atto amministrativo illegittimo, esplicita la volontà di ricomprendere anche le attività materiali nel quadro complessivo della fattispecie; anzi, attraverso tale previsione, si completa la tutela rispetto a quelle condotte di sfruttamento privatistico dell'ufficio (ora anche del servizio) che prima, non senza qualche prurito, sfuggivano ad ogni possibilità di incriminazione, perché poste in essere in assenza di un atto amministrativo (e quindi era escluso il ricorso all'art.324 c.p.), e perché dirette ad un vantaggio proprio del p.u. e non di terzi (circostanza che sbarrava la strada al "vecchio" art. 323 c.p.).

Proprio la circostanza di una sostanziale sovrapposibilità delle due formule legislative, quella del '30 e quella del '90, spinge ad una prima, e ancora tutta da verificare, impressione: non sembra che da questo punto di vista il legislatore abbia effettuato grandi sforzi nella, pur dichiarata, ricerca di una maggiore precisazione dei contorni della fattispecie; poiché a dispetto dell'identità

vecchio art. 324 c.p., tendevano a sfumare in afferrabili atteggiamenti psicologici la tipicità del comportamento delineato dal legislatore, con il rischio, si è visto, di ricomprendere nell'alveo del penalmente rilevante, anche la commissione di atti assolutamente legittimi, quando accompagnati da una contemporanea presenza di finalità pubbliche compatibili con quelle dell'ufficio e di finalità private. Sul punto PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p. 5. Sui rischi di una «psicologizzazione» nell'interpretazione dell'art. 324 BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., p 71.

¹³⁴ Cass. Pen., sez. VI, 26 giugno 1992, Ragni, in *Riv. pen.*, 1993, p 477.

concettuale, è però ben diverso l'ambito applicativo fra le due disposizioni, con una esponenziale crescita dello stesso nel quadro complessivo della modifica del '90, questa impressione non può che identificarsi, ancora in maniera pregiudiziale o quanto meno aspettando ulteriori conferme, con un certo disagio, se non in un vero e proprio stato di allerta.

Del resto, una rapida ricognizione delle definizioni fornite dalla dottrina per delineare la condotta in questione, conferma quanto meno lo sforzo nel tentativo di un recupero di una almeno sufficiente determinatezza della fattispecie: così si è detto che l'abuso consiste «nell'esercizio patologico delle funzioni inerenti un pubblico ufficio o l'assolvimento distorto dei compiti inerenti un pubblico servizio» che «mettono a repentaglio il buon andamento e/o l'imparzialità dell'azione amministrativa»¹³⁵, oppure che esso consiste «nel non esercizio del potere o il suo esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione o del servizio»¹³⁶ o, ancora, che esso si identifica con «una oggettiva strumentalizzazione dell'ufficio, in una sostituzione o comunque un'alterazione delle finalità istituzionali, ... con uno scarto rispetto al comportamento...che sarebbe stato verosimile attendersi da altro funzionario agente nelle stesse condizioni di fatto»¹³⁷. Tutte definizioni apprezzabilissime, ma che tradiscono la sensazione di avere a che fare con del materiale normativo ancora troppo distante dalla piena aderenza rispetto al principio costituzionale di determinatezza delle fattispecie penali¹³⁸.

¹³⁵ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, Appendice*, I, Bologna, 1991 p. 29.

¹³⁶ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – parte speciale, delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, VII ed., Milano, 1995, p. 228.

¹³⁷ PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., 830; per una ricognizione delle definizioni, sostanzialmente analoghe, accolte dalla giurisprudenza, si veda PISA, voce *Abuso di ufficio*, cit., p. 5.

¹³⁸ Senza mezzi termini Fiandaca, riprendendo quanto già detto da Contento qualche anno prima (cfr. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo le riforme*, in Aa. Vv, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 59, 1992, p 189), afferma, alle soglie della nuova modifica dell'art. 323 c.p. che «abuso di ufficio è un'espressione che può dire tutto e sulla quale si è cominciato a dire di tutto». FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, cit., p 311.

Lasciando ancora per il momento aleggiare il sospetto, e proseguendo nella sintetica ricostruzione dell'ossatura strutturale dell'abuso d'ufficio, non un 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 privato¹³⁹, sia rappresentato dalla fattispecie soggettiva, ed in particolare dal dolo specifico: proseguendo la tradizione instaurata dal codice Rocco, in rapporto distonico rispetto alle precedenti esperienze preunitarie ed immediatamente postunitarie, anche il legislatore del '90 prevede, alternativamente, la finalità di prevaricazione e quella di sfruttamento privatistico dell'ufficio¹⁴⁰, inserendo però una ulteriore alternativa 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 essere «altrui»). Dal punto di vista sanzionatorio le ipotesi di danno e quella di vantaggio non patrimoniale sono equiparate¹⁴¹ (art. 323, 1° co. c.p.), mentre lo sfruttamento affaristico, e quindi il vantaggio patrimoniale prevede una pena più severa (art. 323, 2° co. c.p.).

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

Prima di analizzare quest'aspetto, fondamentale, va segnalata preliminarmente la madornale svista di chi volesse considerare la natura circostanziale del secondo comma (vantaggio patrimoniale) rispetto alla condotta prevista dal primo (tesa ad un vantaggio non patrimoniale); le due fattispecie, benché accomunate

¹³⁹ MANNA, *Abuso d'ufficio...*, cit., p 22 ss.

¹⁴⁰ D'altronde l'aver assunto come bene giuridico quello del buon andamento della pubblica amministrazione, e non solo dell'imparzialità, come avveniva nelle variegata 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 di comportamenti che potrebbero tranquillamente ricondursi nell'ambito degli illeciti amministrativi o disciplinari. Sul punto MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., p 23-24, in nota.

¹⁴¹ Scelta criticata, ad esempio, da GROSSO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p 323, in quanto rispondenti a *ratio* di tutela completamente diverse.

dall'identità di condotta, sono tuttavia in rapporto di eterogeneità: in nessun caso possiamo considerare il vantaggio patrimoniale e quello non patrimoniale sorretti da un rapporto di specialità, poiché il vantaggio patrimoniale non rappresenta né una specificazione né un'aggiunta del vantaggio non patrimoniale, ma una sua rigida alternativa secondo la logica dell' *aut aut*¹⁴². Anzi, proprio la loro eterogeneità, porta a chiedersi cosa succeda quando il soggetto agente con un'unica condotta, (identica per le due fattispecie, persegue contemporaneamente una finalità patrimoniale ed una non patrimoniale; a rigore dovrebbe considerarsi un'ipotesi di concorso formale di reati, che, benché «artificiosa» sembra comunque la soluzione corretta.

Anche se, brillantemente, è stato osservato¹⁴³ che difficilmente l'abuso d'ufficio si caratterizzerà per una contestuale duplice finalità perseguita con reciproca autonoma intenzione: una delle due risulterà dominante, relegando l'altra a finalità meramente accessoria: si pensi all'ipotesi del p.u. che miri ad uno scopo politico-clientelare perseguito attraverso abusi finalizzati a distribuire ingiusti vantaggi patrimoniali; o viceversa, al perseguimento di uno scopo di natura economica mediante distribuzione di vantaggi non patrimoniali ingiusti o inflizione di ingiusti danni; in questi casi bisogna guardare al risultato immediato cui la condotta tende per la qualificazione del dolo specifico, relegando l'altro a semplice motivo, penalmente irrilevante dell'agire¹⁴⁴.

¹⁴² Così PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p588-589.

¹⁴³ Così PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 590; GROSSO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p 324.

¹⁴⁴ In realtà il tema potrebbe spingersi ancora oltre, fino ad arrivare, appunto, a dubitare della correttezza della schematica suddivisione effettuata dal legislatore, in particolare sotto il profilo sanzionatorio, perché, gli esempi lo dimostrano, non sempre il risultato immediato è in grado di stabilire l'effettiva gravità dell'abuso, e di conseguenza le due ipotesi (quella della strumentalizzazione profittrici e quella tesa al favoritismo o alla prevaricazione) non sono sempre nettamente distinguibili rappresentando «due facce di uno stesso atteggiamento strutturalmente clientelare». Sul punto PADOVANI, *Commento alla legge...*, cit., 544; ID, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit., p 590-591.

Il requisito dell'«ingiustizia» del danno o del vantaggio, potrebbe essere considerato, ad un primo impatto, una sorta di “doppione”, di previsione ultronea, in quanto ovvia conseguenza di una condotta che deve necessariamente essere “abusiva” e per ciò stesso diretta a procurare danni o vantaggi che vanno al di fuori degli obiettivi di carattere pubblico cui l'attività del p.u. o dell'i.p.s. dovrebbe essere istituzionalmente indirizzata. L'equazione è semplice: all'illegittimità del mezzo (l'abuso) non può che accompagnarsi l'ingiustizia del risultato (di danno o di vantaggio), dunque, non è possibile ritenere l'ingiustizia come un requisito degno di autonomo accertamento, perché sarebbe *in re ipsa* nel compimento dell'atto in cui si sostanzia l'abuso. Il requisito assume tutt'altro significato, e giustifica l'enfasi posta dal legislatore su tale elemento, quello che avrebbe permesso quel recupero di determinatezza della fattispecie, a lungo agognato dalla dottrina, e praticamente imposto dal nuovo ruolo centrale assunto dall'art.323 c.p. nel sistema delineato dalla riforma del '90, se si tiene conto della travagliata storia che coinvolge il delicato tema del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, che si ricollega e condiziona proprio l'evoluzione (dottrinaria e giurisprudenziale prima, legislativa poi) di una serie di fattispecie che coinvolgono un controllo diretto della magistratura sull'attività della pubblica amministrazione (ed il pensiero non può che correre alla “triade” rappresentata dalle figure del peculato per distrazione, dell'interesse privato, e dell'abuso d'ufficio). Nel tentativo di trovare dei limiti a tale forma di sindacato, poiché il vero problema era quello di evitare che il giudice potesse inoltrarsi fino a riconsiderare il vero e proprio merito dell'attività amministrativa, con un totale ribaltamento di ruoli e di funzioni stabiliti dalla Costituzione ed una profonda lacerazione inferta all'irrinunciabile garanzia offerta dalla separazione dei poteri, ed, in definitiva, un pericoloso rischio di implosione della funzione amministrativa (spogliata della sua attività caratterizzante e “terrorizzata” da incursioni fuori controllo della magistratura), il legislatore aveva sempre cercato di ricondurre tale forma di controllo al solo rispetto della *legittimità* dell'azione amministrativa, lasciando libero ogni spazio in ordine alle valutazioni di ordine sostanziale che riguardavano invece *l'opportunità* delle scelte effettuate dalla p.a., e come tali comportanti solo responsabilità all'interno del sistema amministrativo (attraverso il proprio apparato giurisdizionale) o, al più, di carattere politico, ma

giammai di carattere penale. Così si spiega, ad esempio, perché si sia sempre cercato di inglobare, in particolare nelle fattispecie di abuso, la presenza di un atto illegittimo, vuoi come elemento della condotta, vuoi come elemento della fattispecie soggettiva (si ricordi che, a proposito della originaria fattispecie di abuso, i lavori preparatori testimoniano proprio l'iniziale intenzione di includere nella previsione normativa tutti i vizi di legittimità dell'atto amministrativo), e perché, inizialmente fu invocato, alla ricerca di tali limiti, l'istituto della disapplicazione (vedi *supra*), che richiamando l'attenzione sui vizi di legittimità dell'atto permetteva di raggiungere lo scopo.

D'altro canto, a parte le decise incongruenze che l'istituto della disapplicazione incontra nell'ambito del diritto penale¹⁴⁵, e tenendo ben presente la constatazione che sindacato di legittimità dell'atto e giudizio penale si muovono su piani assolutamente sfasati¹⁴⁶, è chiaro che il giudice penale, a proposito dell'abuso, come in qualunque altra ipotesi in cui rilevi la presenza di un atto amministrativo, non è chiamato a disapplicare o meno quell'atto valutandone l'illegittimità, ma a valutare l'esistenza e l'eventuale valenza criminosa di un comportamento tipico: nel fare ciò, non ha senso alcuno imporre limiti al sindacato del giudice penale, che rimane libero, in ordine all'accertamento dei fatti, di svolgere tutte le forme di controllo ritenute necessarie, con la sola barriera rappresentata dal «merito» amministrativo¹⁴⁷.

A questo punto l'alternativa: o si ammette una piena discrezionalità del controllo del giudice penale, e ciò è perfettamente legittimo e coerente in ordine alla sua funzione di accertamento dei fatti; oppure, se il controllo del giudice deve coincidere con il controllo di legittimità, ed in tal modo limitarsi al rilievo sui vizi dell'atto amministrativo, deve essere la norma incriminatrice, attraverso la selezione delle condotte o dei presupposti normativi delle stesse, ad imporre questo limite: si pensi, ad esempio, al disposto dell'art. 650 c.p., dove il

¹⁴⁵ Vedi *supra* cap. II

¹⁴⁶ Cfr. ANGIOINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, in *Dir. Pubblico*, 1997, p 75 ss.

¹⁴⁷ Preziose sul punto le ricostruzioni di VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it.*, 1965, p. 36 e di CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, p. 116 ss.

legislatore richiede espressamente che il provvedimento dell'autorità sia «legalmente dato».

A proposito dell'abuso d'ufficio, è da escludere, almeno nella sua formulazione del 1930, che la materialità dello stesso consista essenzialmente nell'emanazione di un 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 dottrina¹⁴⁸ che a partire dagli anni '70, scrostando la definizione di abuso da preconcetti ed equivoci interpretativi (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 fattispecie¹⁴⁹), separando nettamente merito amministrativo ed attività criminosa da un lato, ed accertamento penale e controllo di legittimità dell'atto amministrativo dall'altro, arriva 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: e 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 atto legittimo, esente da vizi, l'abuso può comunque consumarsi, ad esempio, attraverso un esercizio del potere discrezionale formalmente corretto e tuttavia finalizzato al perseguimento (anche) di un interesse privato. Chiara, in questo senso, anche la giurisprudenza, per la quale «il giudice può sempre indagare sull'attività vincolata o discrezionale del pubblico ufficiale per accertare se il potere riconosciutogli dalla legge fu esercitato per

¹⁴⁸ In particolare v. VENDITTI, *op. ult. cit.*, p 28 ss.; PATALANO, *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, I, p 63 ss. CONTENTO, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴⁹ Come avverte PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, cit. 597, «non bisogna confondere il contenuto della norma con l'integrazione della fattispecie».

scopi di pubblico interesse o se il vero motivo, in concreto, fu quello di raggiungere, attraverso l'esercizio del pubblico potere uno scopo privato»¹⁵⁰.

L'inversione di tendenza è palese: non è più dall'illegittimità dell'atto che si risale all'abuso, ma dall'accertamento dell'abuso che si ricava l'illegittimità dell'atto. È opportuno ribadirlo: 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»¹⁵¹, 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 cui il legislatore del '90 inserisce il requisito dell'ingiustizia del fine perseguito: voleva 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»¹⁵² art. 324 c.p., a procedere nei confronti del pubblico ufficiale ogni qual volta fosse comunque rinvenibile, attraverso «vere e proprie scorriere nel merito amministrativo»¹⁵³ un collegamento, in termini di amicizia o di astio, con il destinatario dell'atto posto in essere, anche quando questo fosse legittimo sotto ogni profilo, ivi compreso quello relativo all'esercizio di un potere discrezionale¹⁵⁴. L'atto amministrativo, se presente, deve perciò essere un atto

¹⁵⁰ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 549 ss.

¹⁵¹ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p 88.

¹⁵² PADOVANI, *op. ult. cit.*, p 89.

¹⁵³ PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁴ 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

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 una 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, ed in particolar modo, quanto all'esercizio di attività discrezionale da parte del p.u. o dell'i.p.s., non riscontrabile in caso di semplice coesistenza tra finalità pubblica istituzionale e finalità privata¹⁵⁵.

Quanto l'aggiunta di questo requisito abbia influito sul livello di determinatezza della fattispecie è domanda che trova facile risposta nelle premesse da cui si è partiti: se la norma doveva rappresentare il fiore all'occhiello di una riforma generalmente indirizzata ad un recupero di selettività delle condotte punibili e quindi di rasserenamento e riequilibrio nei rapporti tra l'autorità amministrativa e ed il magistero penale, e contemporaneamente rivolta a reprimere quel generale stato di "degrado" degli appartenenti alla p.a., che sempre più avevano ritenuto il

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 allontanano 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, mirabilmente, PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., p 85 ss.

¹⁵⁵ Per una ricognizione delle opinioni espresse in dottrina ed in giurisprudenza sul requisito dell'«ingiustizia», PISA, *op. cit.*, p. 13-14.

proprio ruolo istituzionale niente più che una ghiotta occasione per sfruttare a proprio tornaconto, affaristico, clientelare, prevaricativo i poteri e le prerogative destinate sulla carta al perseguimento di interessi di natura pubblica, e se le critiche alla riforma sono state, lo si è visto, pressoché unanimi e totalizzanti, non si può che concludere nel senso del fallimento della operazione di *restyling* effettuata a proposito dell'art. 323 c.p. dal legislatore del '90: non solo non è riuscita a raggiungere quel sufficiente grado di determinatezza che lo scopo reclamava, ma, gonfiate a dismisura le sue dimensioni applicative, ha di fatto amplificato la sua carica "terroristica" nei confronti della pubblica amministrazione, sempre più incerta, nell'operare le proprie scelte, tra il lecito e l'illecito, e quindi sempre più immobile per non correre il rischio di subire l'esercizio dell'azione penale. Le ragioni del fallimento sono molteplici, e non tutte imputabili al legislatore penale, sebbene la circostanza non mitighi assolutamente la responsabilità di chi doveva migliorare, e invece ha, forse, peggiorato.

Innanzitutto va segnalato come dato di fatto un reale incremento della criminalità politco-amministrativa, le cui ragioni profonde vanno individuate, come si è avuto modo di dire, nell'inossidabile connubio tra politica ed economia che nessuna norma penale potrà mai pretendere di sciogliere. Di certo un sistema di controlli amministrativi che nella migliore delle ipotesi non vengono attivati per inefficienza, per ammiccante complicità nelle peggiori, non contribuisce alla causa. Né può censurarsi l'intervento della magistratura, bollandolo come «supplenza», quando si tratti di perseguire gli illeciti dei pubblici amministratori che richiedono un controllo sulla legittimità del loro agire. Il problema riguarda lo "strumentario" che al giudice viene offerto per intervenire, rappresentato dalle fattispecie di reato: la dottrina penalistica non si stancherà probabilmente mai di ripeterlo, ma all'ampiezza delle formule incriminatrici, corrisponde un'altrettanto ampia possibilità di intervento della magistratura, che, è opportuno dire, non disdegna mai di approfittare delle occasioni d'intervento che le vengono offerte, soprattutto in questa materia.

La fattispecie di abuso è stata utilizzata anche come *fattispecie di sospetto e di risulta*¹⁵⁶ rispetto ad ipotesi di reato più gravi, come la corruzione e la concussione, più difficili da provare, tuttavia, sul piano processuale, e qui davvero il rimprovero non può essere mosso al legislatore, estraneo rispetto alle scelte di politica investigativa. Ma vale ad accentuare i toni della discussione, soprattutto considerando che, a conti fatti, nelle sue applicazioni giurisprudenziali, l'art. 323 c.p. subiva, grazie al lavoro di «affinamento ermeneutico ed applicativo»¹⁵⁷, dovuto in gran parte all'attività della Corte di Cassazione, un significativo ridimensionamento, mettendo in luce l'aspetto veramente patologico della vicenda: il vistoso scarto esistente tra la legalità offerta (quella derivante dalla selezione legislativa delle offese rilevanti) e quella raggiunta¹⁵⁸ (appunto dopo i travagliati iter processuali), che dimostra come il filtro legislativo fosse decisamente a maglie troppo larghe¹⁵⁹. E se la maggior parte dei procedimenti, avviati grazie alle ampie possibilità offerte dall'art.323 c.p., non arrivava poi oltre l'archiviazione o il proscioglimento, ciò non toglie che, in virtù anche del clamore mediatico delle indagini e dei processi (erano gli anni di Tangentopoli), il pregiudizio all'immagine sociale di tanti indagati era oramai definitivamente consumato.

L'art. 323 c.p. , dunque, nel mirino di chi è pronto a sparare a zero sulla riforma, ed erano tanti ed evidenti i suoi difetti. Innanzitutto il concetto di abuso, che il legislatore della riforma non rinnega, ma anzi allarga, rimaneva una formula talmente generica e volatile, da consentire di adattarla a tipi di condotta della cui rilevanza si dubitava fortemente prima della riforma: si pensi, ad esempio, all'abuso della qualità, che, sparito il riferimento ai poteri, poteva diventare, e non mancano imputazioni di tal specie, una violazione dei doveri dell'ufficio, rilevante se accompagnata dalle ingiuste finalità di danno o di vantaggio.

¹⁵⁶ FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, cit., p 310-311.

¹⁵⁷ PADOVANI, *Commento all'art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234*, cit., p 742.

¹⁵⁸ PADOVANI, *Commento all'art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234*, cit., p 743.

¹⁵⁹ Per alcuni rilievi statistici che dimostrano la forbice tra numero di procedimenti avviati e numero di condanne BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in FIORE (dir. da) *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p 268

La stessa previsione del danno o del vantaggio, a parte le critiche sul loro accorpamento in un'unica ipotesi delittuosa a dispetto del loro diverso indice di offensività, come elementi del dolo specifico e non come eventi della condotta materiale¹⁶⁰, contribuisce ad allentare il rigore della previsione normativa, arretrando la soglia di rilevanza delle condotte punibili e facilitando anche le successive necessità probatorie. La presenza del vantaggio non patrimoniale, tra le possibili alternative finalistiche, che fornisce un altro *passepertout* per lo zelante inquirente che volesse insinuarsi nelle valutazioni di merito della pubblica amministrazione, e che potrebbe prestare il fianco ad interpretazioni talmente late, da svincolare il requisito in parola da ogni connotato di carattere *personale-egoistico*, fino a considerare vantaggio rilevante ai fini dell'abuso il miglioramento dell'immagine della formazione politica di appartenenza, se il soggetto agente riveste una carica elettiva o comunque legata al mondo politico o, nel caso, allora come oggi, di scottante attualità, dei concorsi universitari, l'affermarsi, o il consolidarsi di una certa *scuola accademica*¹⁶¹.

Il requisito dell'ingiustizia come panacea per tutti i mali sofferti a causa delle precedenti formulazioni, ha il solo significato di ribadire la necessità di appurare l'illegittimità dell'operato del soggetto agente, in particolare degli atti posti in essere, risultato modesto, se si pensa che già attraverso più rigorose interpretazioni della vecchia disposizione sull'interesse privato, una maggiore sensibilità nei confronti del canone dell'offensività aveva portato ad escludere la rilevanza penale delle condotte in cui la finalità privata semplicemente si accompagnasse, senza peraltro deviarla, alla finalità pubblica istituzionale. Ma pur volendo insistere sulla strada del necessario collegamento con l'illegittimità dell'atto amministrativo, ricorrendo alle nozioni provenienti da quel settore del diritto per definirne i vizi, bisogna comunque fare i conti con la figura dell'«eccesso di potere», che, sebbene rappresenti un vizio di legittimità dell'atto amministrativo, la sua colorazione in termini di precisione è sicuramente meno nitida rispetto alle altre forme di illegittimità (violazione di legge ed

¹⁶⁰ Per alcuni rilievi critici sul punto PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, n. 11, p 1405 ss.

¹⁶¹ FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, cit., p 311-312.

incompetenza): qui la necessità di effettuare un controllo sul rispetto dei criteri di selezione utilizzati per addivenire ad una scelta, attraverso l'esercizio del potere discrezionale, rischia "fatalmente" di scivolare in un controllo sul risultato di quella scelta, vale a dire del merito amministrativo. Ma la volatilità dell'eccesso di potere, la sua congenita imprecisione, rischia di farne un vero e proprio meccanismo detonante, da cui girare alla larga, proprio in un momento storico in cui la pubblica amministrazione viene sempre più chiamata ad effettuare scelte al di fuori di rigorosi "paletti" normativi, in cui la figura del p.u. (meno frequentemente dell'i.p.s.) diventa sempre più simile a quella di un *manager*, ed in cui l'attività della p.a., in nome dell'efficienza, troppo a lungo lasciata marcire da un sistema istituzionale e politico (la cd. «prima repubblica») iperprotettivo nei confronti del personale pubblico, diventa spesso attività d'impresa, come tale, rivolta, pur nel rispetto della legalità, al perseguimento di un profitto.

Infine, il trattamento sanzionatorio, che, a dispetto del "gigantesco contenitore"¹⁶² che si è venuto a formare, tale da potervi ricondurre dalla più insignificante delle irregolarità alla più bieca delle prevaricazioni, dallo più sfrenato degli usi clientelare al più parassitario degli sfruttamenti dell'ufficio o del servizio pubblico, prevede esclusivamente una pena detentiva, che difficilmente apparirà «giusta» di fronte a minime inosservanze dei doveri funzionali.

Tutti questi rilievi critici, e questi macroscopici difetti di precisione, hanno, a poco più di un lustro dalla riforma, fatto breccia nella sensibilità dei giudici di merito, che, da più parti, hanno ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. per aperto contrasto con l'art. 25 co. 2 della Cost., ovviamente sotto il profilo della indeterminatezza della norma incriminatrice¹⁶³. La Corte Costituzionale, tuttavia, non ha fatto in tempo ad intervenire, perché anticipata dall'intervento del legislatore che con la legge 16 luglio 1997, n. 234, ha completamente riscritto l'art. 323 c.p., riformulando in tutt'altri termini la figura dell'abuso d'ufficio.

¹⁶² BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, p 7.

¹⁶³ Cfr. ad es., l'ordinanza di rinvio Trib. Piacenza, ufficio G.i.p., 16 aprile 1996, Ferri, in *Riv. pen.*, 1996, p 699; sull'ordinanza richiamata poi v. SIRANI, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, n. 91, p 1138 ss.

CAP III

L'ATTUALE DISCIPLINA DELL'ABUSO D'UFFICIO

PREMESSA – I LAVORI PARLAMENTARI

Il clima in cui cominciano i lavori per una nuova modifica dell'art. 327 c.p. è intuibile¹⁶⁴: di fronte al dilagare delle incriminazioni per abuso d'ufficio ma senza che a ciò si accompagni un significativo numero di condanne, con percentuali che indicano anzi un numero minimo di procedimenti che addirittura si concludono con una richiesta di rinvio a giudizio, di fronte all'utilizzo della fattispecie di abuso come fattispecie-civetta¹⁶⁵, la cui troppo elastica formulazione permette di avviare senza particolari remore indagini in realtà volte a dimostrare l'esistenza di ben più gravi reati, come la corruzione o la concussione, la sensazione è quella di una miccia sempre pronta ad esplodere, con amministratori sempre più paralizzati dal "terrore della firma"¹⁶⁶, sensazione tanto più avvertita quanto più l'attività amministrativa assume i caratteri di una attività discrezionale, vero campo di

¹⁶⁴ Cfr. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitti di interessi*, cit., p 25 ss, ove si riporta una sintesi dei contenuti di un convegno, svoltosi a Napoli il 12 aprile del 1996, in cui si fronteggiarono sull'argomento un esponente del mondo penalistico accademico e forense ed un esponente della magistratura inquirente, e che riflettevano esattamente quali fossero gli stati d'animo delle rispettive categorie di appartenenza. Se da un lato si denunciava tutta la preoccupazione per l'abnorme estensione dell'art. 323 c.p., dovuta anche alla possibilità di utilizzare quella norma per "scavare" nell'attività della p.a. al fine di provare fatti diversi e più gravi, come la corruzione, onde si proponeva di ritenere indispensabile, *de iure condendo* ma anche come paradigma interpretativo dell'allora fattispecie di abuso, di ricollegare la condotta tipica all'illegittimità dell'atto come requisito indispensabile della fattispecie, dall'altro si ribadiva con forza la validità del "diritto vivente", secondo il quale l'illegittimità, addirittura se manifesta, non rappresentava altro che un indizio dell'abuso, che si concretizza invece e sempre in un giudizio di legittimità sostanziale, per eccesso di potere. In posizione mediana un esponente dell'area amministrativista, che ribadiva la necessità di tenere nettamente separati il piano della legalità amministrativa, legata alla legittimità *dell'atto*, e quello della legalità penale, avente ad oggetto la legittimità di un *comportamento* (cfr. ANGIOLINI, *Legalità penale...*, cit., p 75 ss.).

¹⁶⁵ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitti di interessi*, cit., p 26.

¹⁶⁶ PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al dir.*, 1997, n. 29, p 18.

elezione della fattispecie di abuso nella formulazione del 1990. È difficile negare, infatti, che il senso dell'incriminazione risultasse essenzialmente collegato al campo della discrezionalità amministrativa¹⁶⁷, alla ricerca di quello "sviamento di potere" che, non legato necessariamente a vizi di legittimità formale dell'atto amministrativo, rischia, per sua stessa natura, di far scivolare fatalmente sul campo del merito amministrativo le indagini di inquirenti, tra l'altro, spesso convinti di poter stabilire finanche cosa sarebbe stato più opportuno fare nel caso concreto, con valutazioni che con la legittimità e con lo stesso eccesso di potere nulla hanno a che vedere. Del resto l'operazione compiuta nel '90 non aveva assolutamente contribuito a fornire la fattispecie di connotati di tipicità adeguati, ed anzi, il confluire della massa critica delle condotte di peculato per distrazione e di presa di interesse privato nella nuova incriminazione ex art. 323 c.p., aveva praticamente reso la fattispecie in parola un vero e proprio grimaldello per sfondare tutte le porte dell'amministrazione¹⁶⁸, alla ricerca di quell'interesse privato che deviando l'atto dalla sua causa tipica avrebbe, per ciò stesso, qualificato la condotta come abusiva¹⁶⁹.

Dunque, tra una magistratura volta a contrastare un reale aumento della criminalità politico-amministrativa, ed un decadimento quasi morale nella gestione dei pubblici uffici, vere e proprie filiali di interessi di natura partigiana, ma allo stesso tempo sempre più a suo agio nell'intrufolarsi tra i meandri dell'attività amministrativa, sempre più convinta di poter sindacare in ogni caso il merito delle scelte discrezionali della p.a.; un p.a., che, a sua volta, travolta da una incriminazione a tappeto delle proprie condotte, vede anche i suoi più onesti e fidati appartenenti inerti per non correre il rischio di incappare in qualche incriminazione dovuta nella peggiore delle ipotesi a manie di protagonismo; e una dottrina e un'avvocatura dal volto sempre più contratto nel constatare, a distanza di anni dall'entrata in vigore della Costituzione, come ancora non si sia fatto del

¹⁶⁷ Così DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p 1634.

¹⁶⁸ PADOVANI, *Commento...*, cit., 742.

¹⁶⁹ Cfr PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, n.3, p 347, secondo il quale è soprattutto la funzione centrale assunta dalla fattispecie, in forza della modifica del '90, ad aver determinato la gravità del suo insuccesso e quindi l'urgenza di una sua riforma.

canone della determinatezza un imperativo assoluto nella selezione legislativa dei fatti meritevoli di sanzione penale; di fronte a tali spinte e contropunte, preme potente l'esigenza di un radicale cambiamento.

Talmente radicale che qualche giurista e qualche appartenente alla classe politica, pensa addirittura alla possibilità di abrogare *tout court* l'art. 323 c.p.¹⁷⁰, portando ad elementi di sostegno della propria tesi la presenza di incriminazioni che disciplinano già le più gravi forme di abuso nella gestione del potere pubblico (come la corruzione, il peculato, la concussione, l'arresto illegale, ecc.) e la sufficienza di sanzioni di carattere amministrativo e disciplinare (quando non addirittura contabili o civili) per le restanti ipotesi. Si eviterebbe in tal modo tutta quella serie di inconvenienti prima segnalati, come lo sconfinamento delle indagini nel merito amministrativo e la prassi, sicuramente censurabile, benché non illecita, di utilizzare la fattispecie di abuso come fattispecie di sospetto. La prospettiva comparatistica, poi, conferma la validità della proposta: né l'ordinamento tedesco, né quello francese, ad esempio, contemplan la figura di abuso generico di ufficio¹⁷¹.

Ma il difetto della proposta è nelle sue stesse premesse: si può rinunciare ad incriminare l'abuso d'ufficio laddove il sistema interno di controlli amministrativi sia efficace a reprimere e sanzionare quelle condotte¹⁷². Non è un caso che gli ordinamenti stranieri prima richiamati si segnalino anche per la presenza di una struttura dell'apparato amministrativo di rinomata efficienza, e di un rigido sistema di controlli che vuole regolarmente applicate sanzioni di carattere disciplinare anche di rilevante gravità (come la destituzione dal posto)¹⁷³. Il nostro sistema amministrativo non solo non ha raggiunto a tutt'oggi apprezzabili risultati in questo senso, ma, all'epoca della riforma, risultava completamente stravolto dal

¹⁷⁰ V., ad es., la proposta di legge presentata dall'on. Novelli, presentata alla Camera dei Deputati il 16 maggio 1996. Sul punto PAGLIARO, *Contributo al dibattito...*, cit., p 1405-1406.

¹⁷¹ Sul punto PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p 1406; in generale per una prospettiva comparatistica sull'abuso d'ufficio MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitti di interessi*, cit., p 71 ss.

¹⁷² PATALANO, *op. e loc. ult.cit.*

¹⁷³ PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*,

generale malcostume più volte segnalato, in cui il mercimonio o comunque lo sfruttamento dell'ufficio era praticamente la regola.

Anche per non destare l'inconsapevole ma comprensibile reazione dell'opinione pubblica, si decide allora, di seguire la via della modifica legislativa, alla ricerca di elementi in grado di meglio definire la struttura della fattispecie d'abuso e realmente in grado di selezionare nel novero delle possibili angherie o sfruttamenti dell'ufficio o del servizio quelle veramente meritevoli di sanzione penale, un'opera di affinamento svolta in maniera tale che «questa fattispecie-fantasma assuma finalmente un riconoscibile volto umano, e gli amministratori possano dormire sonni più tranquilli¹⁷⁴».

A tale scopo venne istituita una Commissione di studio, presieduta dall'amministrativista Morbidelli, e che tra i suoi componenti annoverava anche Pagliaro, che insidiatasi il 5 marzo 1996, concluse il suo (non facile, ad ammissione dello stesso Pagliaro) compito nel mese di giugno di quello stesso anno, presentando un progetto di legge che tentava, in vario modo, di recuperare la tipicità della figura di abuso d'ufficio: la prima rilevante novità era la scomposizione della figura di abuso in tre distinti reati, prevaricazione, favoritismo affaristico, e sfruttamento privato che rispettivamente miravano a realizzare un danno verso altri, un vantaggio patrimoniale per altri e un vantaggio patrimoniale per sé stessi. Soluzione molto apprezzata, da chi, contro il dogma dell'unica fattispecie¹⁷⁵, aveva sempre sostenuto la differenza anche in termini di disvalore del fatto delle tre ipotesi, differenza in grado di influire anche sui connotati di tipicità delle fattispecie¹⁷⁶. Viene poi eliminato il riferimento al

¹⁷⁴ FIANDACA, *Verso una nuova riforma...*, cit., p 316.

¹⁷⁵ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitti di interessi*, cit., p 27.

¹⁷⁶ Qualche tempo prima dell'istituzione della Commissione, fu lo stesso Pagliaro a suggerire diversi modelli di tipizzazione delle condotte a seconda del profilo di danno o di vantaggio avuto di mira. Mentre nel primo caso l'autore, in linea con la tradizione liberale dell'abuso secondo lo schema della prevaricazione, considera sufficiente una descrizione anche in termini molto lati della condotta, considerando la sfera dei diritti altrui tutelabili contro ogni forma di comportamento arbitrario del p.u. o dell'i.p.s., nel secondo caso si suggerisce la necessità che l'abuso sia inserito in un atto, visto che, da un punto di vista delle affinità strutturali, piuttosto che al tradizionale abuso d'ufficio di tradizione liberale, lo schema dello sfruttamento affaristico sembra avvicinarsi più a quello della corruzione (propria), poiché in entrambe le ipotesi, ciò che rileva e che viene punito è

generico concetto di abuso, ma lo stesso non viene sostituito, come molti suggerivano, con nozioni tratte dal diritto amministrativo, che facessero direttamente riferimento ai vizi di legittimità dell'atto, scelta fondata sul duplice presupposto da un lato della fallacità di instaurare un rapporto di dipendenza tra il piano della legalità amministrativa e quella legale (in particolare vincolare la fattispecie di prevaricazione al compimento di un atto amministrativo non rispondeva, ad opinione dei membri della Commissione, a reali esigenze di tutela); dall'altro, e soprattutto, sul chiaro intento, più volte esternato dallo stesso Pagliaro¹⁷⁷, di non voler espungere dall'ambito di rilevanza delle fattispecie di abuso proprio quelle forme più frequenti e più subdole di abuso che si perpetravano attraverso l'esercizio del potere discrezionale della p.a., vale a dire lo sviamento di potere. Il progetto poi, e saranno questi i punti che i successivi lavori parlamentari faranno propri, trasforma la fattispecie di pericolo in fattispecie di danno, e limita unicamente al dolo intenzionale la fattispecie soggettiva, con il dichiarato intento di escludere tutte le ipotesi in cui l'evento di danno o di vantaggio non sia stato lo scopo dell'agire del pubblico agente, salvo poi verificare se ciò comporta la semplice esclusione della rilevanza del dolo eventuale, od anche di quello diretto; infine lo sfruttamento o il favoritismo affaristico vengono limitati al solo vantaggio di natura patrimoniale¹⁷⁸.

Il progetto della Commissione non incontra il parere favorevole degli addetti ai lavori, complice anche un cambio di titolarità del Dicastero di grazia e giustizia, e si decide di procedere direttamente alla stesura del progetto in sede parlamentare. Dopo un iter piuttosto travagliato, con una cospicua serie di progetti presentati da senatori e deputati, e dopo alcune significative variazioni tra il testo approvato al Senato (8 ottobre 1996) e quello successivamente approvato alla Camera (29 gennaio 1997)¹⁷⁹, si arrivò ad approvare, il 16 luglio 1997, la legge n. 234,

proprio la "vendita" (in senso lato ed atecnico) ai terzi di un atto contrario ai doveri di ufficio. Cfr. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p 1406-1407.

¹⁷⁷ PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, n.41, p 502; ID, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, *ivi*, 1997, n.11, 1396.

¹⁷⁸ Per i lavori della commissione Morbidelli cfr PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁷⁹ Per una schematica ricostruzione dell'iter parlamentare PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 1397 ss, ove sono riportati anche i testi approvati dal Senato e dalla Camera.

pubblicata in G.U. 25 luglio 1997, n. 172, con il titolo “modifica dell’art. 323 del codice penale, in materia di abuso d’ufficio, e degli artt. 289, 416 e 555 del codice di procedura penale” che, relativamente all’abuso d’ufficio, così dispone:

«art. 323 (Abuso d’ufficio)

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 norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

Riservando all’analisi dei singoli elementi del reato il giudizio critico espresso dalla dottrina su ognuno di questi, ed alle conclusioni della trattazione una ricognizione dei giudizi formulati in generale sulla nuova riforma dell’art. 323 c.p., possono intanto segnalarsi, sintetizzandoli attraverso brevi passaggi, i punti salienti della nuova fattispecie:

la norma non presenta novità rispetto ai soggetti attivi, e come nella precedente formulazione annovera tanto il pubblico ufficiale quanto l’incaricato di pubblico servizio; introduce un primo limite sul terreno oggettivo, indicando un preciso presupposto attraverso cui la condotta indicata dal legislatore può assumere rilevanza, e che cioè la stessa deve essere compiuta “*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*”, eliminando così alla radice ogni possibile dubbio sulla rilevanza del semplice *abuso di qualità*, pacificamente da escludere; una delle novità di maggior rilievo è rappresentata dalla descrizione della condotta, che abbandonato ogni riferimento (se non in rubrica) al concetto di *abuso*, viene selezionata e descritta con l’aiuto di criteri normativi, che le conferiscono sicuramente un maggiore tasso di precisione, ma che, come si vedrà, non elimineranno una certa divergenza di vedute, almeno fra i rappresentanti della dottrina. In particolare facendo espresso riferimento alla *violazione di norme di*

legge o di regolamento o all'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, descrive una condotta che deve presentarsi in contrasto con un modello di condotta previsto ed imposto (e dunque individuabile con certezza) da norme contenute in fonti primarie o secondarie, o comunque deve riferirsi a situazioni di conflitto di interessi normativamente previste. L'utilizzo di una terminologia che in qualche misura sembra richiamare quella adoperata nel diritto amministrativo, evoca immediatamente i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in particolare la violazione di legge (e le versioni approvate durante i lavori parlamentari erano ancora più esplicite, in tal senso, richiamando anche le norme sulla competenza): forte il sospetto che l'inafferrabile eccesso di potere sia stato espunto dall'ambito di rilevanza della norma, che, dunque, non potrà più riferirsi ad attività discrezionali della p.a.; altra novità di rilievo (una delle poche sulle quali sembra esservi unanime plauso da parte della dottrina) e la trasformazione della fattispecie di pura condotta e di pericolo (qual era l'abuso nelle sue due precedenti versioni) in fattispecie di evento, con la conseguenza che il danno ingiusto o l'ingiusto vantaggio patrimoniale, che prima rilevavano solo in quanto elementi del dolo specifico, e dunque non era necessario un loro concreto verificarsi, oggi invece appartengono alla fattispecie oggettiva, fornendo in tal modo alla fattispecie un più sicuro aggancio al principio di offensività, ed un ulteriore elemento selettivo delle condotte tipiche. Non è più presente inoltre, rispetto al passato, il danno non patrimoniale come possibile finalità della condotta; sul terreno della fattispecie soggettiva, all'ovvia trasformazione del dolo specifico in dolo generico il legislatore accogliendo un suggerimento della commissione Morbidelli, il legislatore accompagna la necessità che l'elemento psicologico si presenti nella forma del dolo intenzionale, con ciò opportunamente escludendo la rilevanza delle condotte accompagnate da dolo eventuale e, secondo molti e meno opportunamente, anche di quelle sorrette da dolo diretto. È prevista una circostanza aggravante speciale ad effetto comune per entrambe le ipotesi di danno o di vantaggio patrimoniale ingiusto; sul piano sanzionatorio, la modifica, in maniera più che sospetta, tenuto conto del vecchio regime della prescrizione, riduce notevolmente i termini edittali della sanzione, poiché si passa da un più robusto vantaggio che andava dai due ai cinque anni, ad un trattamento di gran lunga più favorevole che va invece dai sei mesi ai tre anni.

Una prima constatazione può essere fatta anche a prescindere dall'analisi dei singoli elementi della fattispecie: non v'è dubbio che il legislatore si sia sforzato di recuperare in tutte le direzioni possibili un carattere di determinatezza e di precisione nella norma, intervenendo ad ogni livello della struttura del reato con elementi in grado di limitare fortemente le possibili ipotesi riconducibili al modello normativo. Anzi se una sintesi delle critiche può essere qui anticipata, forse il legislatore si è spinto ben oltre il necessario, al fine di sfolire uno strumento divenuto ingombrante e pericoloso, poiché molte condotte che a detta di alcuni meritavano ancora di essere penalmente perseguite, (non ultime quelle caratterizzate da eccesso di potere) probabilmente trovano ora l'ingresso sbarrato dalla presenza di precisi elementi descrittivi del fatto.

LA FATTISPECIE OGGETTIVA

IL BENE GIURIDICO

Nonostante l'impatto con la costituzione rendesse, nella migliore delle ipotesi, anacronistica l'oggettività giuridica fino ad allora rilevata in ordine ad alcune classi di reati, nella peggiore assolutamente inconciliabile con la legge fondamentale dello Stato la presenza di numerose disposizioni o di interi titoli del codice, a proposito dei delitti contro la P.A., che per loro intima essenza vivono un rapporto simbiotico con il tipo di apparato amministrativo che uno Stato propone in un determinato momento storico e in un determinato contesto politico-istituzionale¹⁸⁰, a lungo si è dovuto aspettare, causa una «strana insensibilità»

¹⁸⁰ L'evoluzione storica della fattispecie dimostra come gli interessi tutelati dalla norma mutino con i mutamenti istituzionali, con la fisionomia che assumono gli Stati nella loro alternanza (almeno con riferimento alla nostra esperienza) tra concezioni autoritaristiche nei rapporti tra Stato ed individuo e concezioni latamente intese liberali: così se nel periodo assolutistico o immediatamente pre-rivoluzionario la norma comincia solo timidamente a fare capolino, divincolandosi a fatica dai crimini di lesa maestà, nel periodo liberal-ottocentesco, in piena affermazione dei principi di derivazione illuministica, è il cittadino posto al centro degli interessi tutelati con le fattispecie di abuso, che, non a caso, si adeguano tutte al modello della

verso i principi direttivi in tema di pubblica amministrazione dettati dalla Costituzione¹⁸¹, prima che venissero definitivamente abbandonati alcuni orizzonti di vedute, legati ancora ad una concezione fortemente autoritaristica dei rapporti tra Stato ed individuo, che descrivevano in termini di prestigio della pubblica amministrazione o di dovere di probità, fedeltà correttezza, (*et similia*) del pubblico ufficiale, il bene giuridico tutelato attraverso le disposizioni del capo I del titolo II.

Prova ne sia quell'interpretazione della vecchia disposizione sull'interesse privato, più volte richiamata, secondo la quale ad integrare la fattispecie in parola, bastava anche la semplice coesistenza di un interesse privato con le finalità istituzionali della pubblica amministrazione, e quindi, al limite, anche la semplice partecipazione del pubblico ufficiale, *uti civis* ed al di fuori di ogni collegamento con la funzione pubblica esercitata, ad un negozio di gestione della p.a.; solo rimanendo legati a quella «ossessione del prestigio, che trae origine da una concezione superata di amministrazione pubblica in termini di autoritarismo fine a se stesso, piuttosto che di servizio pubblico¹⁸²», si riusciva a scorgere una carica di offensività in simili ipotesi.

La descrizione generica della condotta materiale, la presenza della finalità di danno o vantaggio solo come requisiti della fattispecie soggettiva, e più in

prevaricazione. L'esperienza del fascismo, con la vertiginosa verticalità che instaura tra lo Stato ed i singoli, trascura tale profilo, trascura persino il concreto verificarsi di pregiudizi per la P.A., perché basta il comportamento infedele del suo funzionario a negare la "forza" ed il "lustro" della compagine statale, ed arretra la soglia di punibilità con una fattispecie di pericolo ed eventuali profili di danno o vantaggio relegati a possibili alternative del dolo specifico. Con la Costituzione dovrebbe tornarsi, ragionevolmente, all'antico, o comunque rafforzarsi l'idea di una strumentalità dell'apparato amministrativo per il perseguimento di interessi di carattere pubblico, e quindi accentuare il disvalore di distorsioni funzionali che oggettivamente siano in grado di deviare l'attività dei p.u. e degli i.p.s. dai loro fini istituzionali. Ma una certa tendenza allo "statocentrismo" e le profonde crepe nel panorama di valori che dovrebbero orientare l'esercizio delle pubbliche funzioni, con una p.a. sempre più corrotta e pronta a corrompere, non hanno permesso, neanche con la riforma del '90, quel pieno recupero di selettività, ad esempio costruendo la fattispecie come reato di danno, in virtù di contingenti preoccupazioni giustizialiste.

¹⁸¹ BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p 56.

¹⁸² PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence pedding*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p 914.

generale, tutto il controverso “bagaglio semantico” legato all’utilizzo del termine «abuso» avevano reso più sofferto l’affrancamento da tale ideologica impostazione, che tuttavia, già sotto l’originaria formulazione dell’art. 323, cominciava man mano a sgretolarsi grazie alla dottrina più sensibile tesa ad individuare nel *normale funzionamento della pubblica amministrazione* il *quid* cui ancorare il dato di disvalore delle condotte tipiche del pubblico ufficiale, richiedendo, appunto, un esercizio scorretto delle proprie funzioni, tale da compromettere non semplicemente il “buon nome” della p.a. ma i suoi scopi istituzionali deviandoli verso cause private.

Con la formulazione del ’97 poi, non può che stabilizzarsi questa linea tendenziale, che individua l’oggettività giuridica dell’abuso d’ufficio nel *buon andamento e nell’imparzialità* della p.a., che, a norma dell’art. 97 della costituzione, devono essere assicurati attraverso l’organizzazione secondo norme di legge dei pubblici uffici.

In particolare, data comunque la necessità di adattare tali ampi concetti alla fattispecie concreta, il *buon andamento* viene inteso soprattutto come interesse alla legalità dell’azione amministrativa nell’ambito della funzione o del servizio svolto¹⁸³, bene che verrebbe sicuramente leso da condotte poste in essere in «violazione di legge o di regolamento» mediante le quali si producano risultati di danno ingiusto o di ingiusto danno patrimoniale; 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

¹⁸³ BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 322; ID, *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., p. 19; già anni prima, in occasione della riforma del 1990, BRICOLA, *La riforma dei reati contro la P.A.*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, p. 15, 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».

qualificati, contraddicano quella *par condicio civium* che dovrebbe regolare i rapporti tra la p.a. ed i singoli con cui essa viene in contatto¹⁸⁴.

Qualche autore¹⁸⁵ ha anche avanzato la tesi, critica, secondo la quale, avendo, tra l'altro, la nuova formulazione espunto il danno non patrimoniale come possibile risultato della condotta di abuso, il profilo dell'imparzialità sarebbe passato (ingiustamente) in secondo piano, scavalcato dall'esigenza di tutela del *patrimonio* e delle *risorse finanziarie* della p.a., quanto meno nell'ipotesi del conseguimento di un ingiusto vantaggio patrimoniale.

¹⁸⁴ Secondo alcuni autori sarebbe esclusivamente il profilo dell'imparzialità ed 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. Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 9^a ed., Milano, 2000, p 233.

¹⁸⁵ In particolare MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p 17, che criticando la scelta legislativa di espungere, ad esempio, il vantaggio non patrimoniale, accosta la nuova disposizione più all'ipotesi del peculato per distrazione che a quella di interesse privato. La stessa circostanza che, dopo oltre un secolo di tradizione, il legislatore abbia deciso di abbandonare il termine «abuso» dalla formulazione della norma sarebbe sintomatica di tale scelta in ordine all'interesse tutelato attraverso l'incriminazione. Aderisce a tale profilo, pur riconoscendo la natura di reato plurioffensivo all'abuso d'ufficio BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 560; ID, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 23; critico sul punto, invece, DI MARTINO, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p 242, ove si osserva come «il riferimento normativo alla lesione patrimoniale quale evento di fattispecie sembra rilevare non tanto dal lato della p.a. come soggetto (cioè, come danno ingiusto *nei confronti* di questa), quanto dal lato dei destinatari dell'operato dei pubblici poteri»; e MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, aggiornamento, I, p. 4, ove si considera, da un punto di vista sistematico, che «ridurre al solo profilo della tutela del patrimonio della p.a. l'oggettività giuridica dell'art.323 c.p., accosterebbe troppo la figura in esame ad altri reati contro la p.a. da poter essere a questi in buona parte sovrapponibile, sì che la necessità di una sua sopravvivenza potrebbe seriamente esser messa in discussione». Considerata la presenza di una condotta pur sempre incentrata sulla violazione di fonti normative oltre che sull'obbligo di evitare i possibili conflitti d'interesse, «l'accento continua a cadere sull'esigenza di una azione amministrativa ispirata appunto a criteri di legalità e di correttezza», mentre la presenza di eventi di danno o di vantaggio patrimoniale, lungi dal far slittare il piano dell'interesse tutelato a quello patrimoniale, avrebbe la funzione di selezionare le condotte riconducibili all'ambito di applicazione di una norma , prima troppo esteso proprio perché la norma era costruita in termini di pericolo e non di danno. Per ulteriori spunti sul tema PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 31, 1997, p 347 ss.

Ma a destare maggiore interesse, nella ricognizione degli interessi lesi dalla nuova fattispecie di abuso d'ufficio, spinti dall'esigenza di "concretizzare" l'oggettività giuridica quando ci si trovi di fronte a beni collettivi, e fra questi sicuramente vanno ricompresi i beni istituzionali facenti capo alla pubblica amministrazione, che per la loro ampiezza ed indeterminatezza non sarebbero in grado di delimitare gli ambiti applicativi delle fattispecie criminose, è quella prospettiva secondo la quale, nel caso di condotte prevaricatrici, cioè di quelle condotte che intenzionalmente producono un danno ingiusto nei confronti del cittadino, oltre ad essere leso l'interesse alla legalità dell'agire della p.a., verrebbe contemporaneamente compresso *il diritto del cittadino a non essere turbato nei suoi diritti costituzionalmente garantiti dal comportamento illegittimo ed ingiusto del pubblico funzionario*: la constatazione di tale profilo non è di poco momento, poiché, in caso di condotte con evento di prevaricazione, il reato dovrebbe effettivamente considerarsi come *plurioffensivo*, con la decisiva conseguenza di dover considerare anche il singolo cittadino come persona offesa, cioè come *soggetto passivo* del reato, e non semplicemente come *persona danneggiata*, con tutte le conseguenze, soprattutto processuali, che tale predicato comporta. Sul punto si ritornerà a breve, a proposito del profilo inerente il "soggetto passivo" del delitto di abuso d'ufficio, anche se preme, per il momento segnalare come, dopo un iniziale atteggiamento negativo della giurisprudenza, con la Corte di Cassazione che aveva sempre negato, in particolare sotto la vigenza della vecchia disposizione (dove, tra l'altro, la presenza del danno solo come elemento del dolo specifico, con conseguente indifferenza sul concreto verificarsi o meno dell'intento, giustificava soluzioni del genere), la rilevanza penale delle lesioni o dei pregiudizi subiti dal privato a causa di condotte illegittime del pubblico funzionario¹⁸⁶, si sia gradualmente affermata la tesi contraria, che riconosce la qualifica di soggetto passivo al cittadino ingiustamente danneggiato, *trend* confermato, e si può dire oggi pacifico, attraverso un gran numero di pronunce in tal senso orientate¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Cfr. Cass. pen. 29 agosto 1996, Alberti, in *Giust. Pen.*, 1997, II, 368;

¹⁸⁷ Le prime pronunce in tal senso orientate risalgono agli sgoccioli del periodo di vigenza della vecchia formulazione dell'art. 323 c.p., circostanza che rende ancora più apprezzabile questo "ritorno all'antico", quando l'abuso d'ufficio era norma posta a tutela proprio dei diritti del singolo

IL SOGGETTO ATTIVO

PREMESSA – LA RIFORMA DEL '90

Soggetto attivo del delitto di cui all'art. 323 c.p. può essere tanto il pubblico ufficiale quanto l'incaricato di pubblico servizio, opzione che perpetua la scelta effettuata a suo tempo dal legislatore del '90, che decise di estendere l'ambito applicativo della disposizione anche all'i.p.s. (laddove tanto l'abuso innominato quanto l'interesse privato limitavano al solo p.u. la soggettività attiva) con il preciso intento di riservare un trattamento paritario ai due soggetti in considerazione dell'importanza del bene tutelato e del rilievo fattuale che molte e gravi forme di abuso potevano essere perpetrate anche dall'i.p.s. Non si dimentichi, inoltre, che nella norma sull'abuso sarebbero confluite anche le ipotesi prima rilevanti come peculato per distrazione (almeno secondo le intenzioni del legislatore ed, ancora oggi, secondo l'opinione prevalente), realizzabili anche dall'incaricato di pubblico servizio. L'estensione normativa, relativamente all'abuso d'ufficio, ha poi decisamente smorzato i toni del dibattito, consegnando alla storia una serie impressionante di *querelle* interpretative che, oltre alla tematica di base relativa al carattere pubblico o meno del tipo di attività svolta, dovevano fare, in questo come in tutti gli altri casi in cui la fattispecie era esclusivamente realizzabile dal p.u., i conti anche con la necessità di distinguere tra funzione o servizio pubblico, il tutto attraverso uno strumentario normativo tra i più controversi della storia del diritto penale, rappresentato proprio da quelle norme, gli art. 357 e 358 c.p., che contenevano (e contengono tutt'oggi) le definizioni delle qualifiche soggettive che qui interessano, ma che almeno fino alla riforma del '90, per la loro vaghezza (se non assenza) di contenuti rendevano davvero schizofrenica l'elaborazione dottrinarica ed in particolare quella

contro le ingiuste prevaricazioni da parte del p.u. Cfr. Cass. pen., 19 dicembre 1996, Craxi, in *Giur. it.*, 1998, I, p 132; e Id, 14 maggio 1997, Pugliese, CED 207933, in *Riv. pen.*, 1997, p 1047.

giurisprudenziale, sempre pronta a negare sé stessa con pronunce contraddittorie in ordine a medesimi dati di fatto, che rendevano quanto mai arbitraria l'applicazione delle norme segnate da tale dato di tipicità e quanto mai instabile la consapevolezza degli stessi operatori pubblici in ordine alla loro qualifica soggettiva¹⁸⁸.

Se a questo si aggiunge il continuo evolversi degli enti pubblici, sempre più spesso difficilmente inquadrabili in un rigido schema di separazione tra “pubblico” e “privato”, con una fisionomia ed un organizzazione a volte indistinta, quasi sempre particolare; la presenza di enti pubblici economici in cui era particolarmente accentuata la difficoltà di qualificare una determinata attività; la presenza di numerose disposizioni speciali, antecedenti al codice penale in vigore, ma mai ritenute implicitamente abrogate dagli artt. 357 e 358 (e 359) dalla giurisprudenza prevalente, che qualificavano come pubblici ufficiali intere categorie di persone (ad es. gli addetti alle ferrovie dello Stato)¹⁸⁹, minimo dovrà essere lo sforzo teso ad immaginare il caotico stato delle cose nel periodo pre-riforma, ed a comprendere le vibranti urla di protesta contro i suddetti disordini interpretativi ed applicativi; così come minimo sarà lo sforzo di condividere la necessità di una rapida panoramica sulle modifiche normative subite dagli artt. 357 e 358 c.p. (e 359 c.p.).

¹⁸⁸ A titolo esemplificativo, gli insegnanti di scuola elementare (oggi scuola primaria) venivano dalla S.C. considerati pubblici ufficiali con la sent. 21 gennaio 1937 (in *Giust. pen.*, 1938, II, 148, 221) e incaricati di pubblico servizio secondo la sent. 26 marzo 1933 (*ivi*, 1993, II, 976); gli impiegati di istituti di credito (allora) di diritto pubblico qualificati alternativamente come incaricati di pubblico servizio (Cass, 13 aprile 1966, in *Giust. pen.*, 1966, II, 1105) o come pubblici ufficiali (Cass. 16 febbraio 1973, in *Mass. pen.*, 1974, n. 752, ma anche Id, 27 maggio 1963, *ivi*, 1963, m. 1613); analoghi esempi potrebbero essere fatti per i vigili del fuoco, per i bidelli universitari, i direttori di corsi professionali di riqualificazione ecc., ed in ogni caso non sarebbe rintracciabile una linea evolutiva coerente, con invece, continui ribaltamenti di posizioni e di vedute.

¹⁸⁹ In particolare si considerino la l. 22 aprile 1905, n. 137, rifiuta nella legge 7 luglio 1907, n. 429, che qualificava come pubblici ufficiali tutti gli addetti alle ferrovie dello Stato; la l. 20 dicembre 1923, n. 2863, che attribuiva tale qualifica a tutti gli addetti ai servizi telegrafici, telefonici, radiotelegrafici ecc; la prima delle disposizioni richiamate, fu dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte, ma solo nel 1974, con la sentenza del 26 giugno, n. 192, pubblicata in *Riv. pen.*, 1974, 715.

La tendenza a definire in generale la figura del p.u. anziché specificarla nelle singole disposizioni incriminatrici fa parte della nostra consolidata tradizione legislativa, se è vero che già il codice Zanardelli (e prima ancora il codice Toscano del 1853) conteneva una disposizione in cui veniva delineata unicamente) la figura del p.u.¹⁹⁰ Da qui la necessità di individuare un criterio astratto in grado di selezionare con sufficiente chiarezza le qualifiche soggettive richieste, criterio inizialmente individuato in un rapporto di dipendenza con lo Stato o con l'ente pubblico: l'art. 207 del codice Zanardelli stabiliva, a tal proposito, che

«per gli effetti della legge penale sono considerati pubblici ufficiali:

1) coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle provincie o dei comuni, o di un istituto sottoposto per la legge alla tutela dello Stato, di una provincia, di un comune; 2) i notai; 3) gli agenti della forza pubblica e gli uscieri addetti all'Ordine giudiziario

Ai pubblici ufficiali sono equiparati, per gli stessi effetti, i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni, durante il tempo in cui sono richiamati ad esercitare le loro funzioni».

Il criterio soggettivo, quello cioè che tenta di individuare nel rapporto di dipendenza con l'ente pubblico l'unico predicato cui ricollegare la qualifica di pubblico ufficiale, si rivela però insufficiente, se è vero che persino il primo codificatore dell'Italia unita sente la necessità di completare la disposizione attraverso il riferimento casistico ad alcune categorie di soggetti per i quali non è possibile individuare alcun rapporto di impiego con l'ente pubblico¹⁹¹.

Di ciò se ne avvede il legislatore fascista, che nel cercare di individuare le qualifiche soggettive del p.u. e dell'i.p.s., sembra almeno in parte abbandonare quel criterio, per riallacciarsi invece al dato dell'attività svolta dal soggetto: non è un caso che entrambe le disposizioni, quella sul p.u. e quella sull'i.p.s., dopo avere

¹⁹⁰ Cfr. BONDI, in BONDI - DI MARTINO – FORNASARI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p 44.

¹⁹¹ BONDI, *op. e loc. ult. cit.*

ricompreso nelle rispettive categorie gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico, che nel primo caso esercitano una pubblica funzione (legislativa, amministrativa o giudiziaria), nel secondo prestano un pubblico servizio, riscontrano poi la presenza di tali qualifiche soggettive anche in chi, al di fuori di un rapporto di impiego ed a qualsiasi titolo e modalità (permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo) svolgono le medesime attività del p.u. o dell'i.p.s.: anche il privato, dunque, può, in virtù della natura dell'attività svolta, essere alternativamente qualificato come pubblico ufficiale, se eserciterà una pubblica funzione, o come incaricato di pubblico servizio se presterà, per l'appunto, un pubblico servizio.

Per qualche anno, il riferimento comunque ad un rapporto d'impiego contenuto nelle disposizioni in esame, non permetterà un oscuramento repentino della concezione "soggettiva" ma un suo lento tramonto. Nondimeno l'affermarsi della opposta concezione "oggettiva" che, affrancandosi dal dato *formale* dell'appartenenza alla struttura pubblica, cercherà le proprie risposte nel criterio *sostanziale* della natura dell'attività effettivamente svolta, non riuscirà a soddisfare quelle esigenze di certezza giuridica e di garanzia che, nell'ambito del diritto penale, dovrebbero condizionare la validità e l'efficacia di ogni elemento comunque in grado di estendere l'ambito applicativo di una incriminazione. Buona fetta di responsabilità di quel caos interpretativo e di quella altalenante, quando non del tutto arbitraria¹⁹², prassi applicativa cui prima si accennava, è dovuta all'evidente difetto di precisione delle disposizioni codicistiche, le quali pur legando la qualifica soggettiva alla *natura* dell'attività svolta, non si preoccupa poi di definire quali siano i *contenuti* dell'attività svolta: affermare che è incaricato di pubblico servizio chi presta un pubblico servizio, senza null'altro aggiungere, ha l'insoddisfacente sapore di una tautologia¹⁹³.

¹⁹²In questi termini ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p 276.

¹⁹³ Valga per tutti ROMANO, *pre-ART. 357*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 1999, 225 ss.

Ma al di là di paradossali interpretazioni¹⁹⁴, la normativa, per sua natura vaga ed aperta, trova terreno fertile per seminare discordia anche in virtù dei profondi mutamenti che l'organizzazione dello Stato subisce con il progresso della società: non è semplice districarsi in quel *misto di «pubblicizzazione» e di «privatizzazione»*¹⁹⁵, in quel turbine di contropinte che da un lato tendono verso una *deregulation* verso un sistema cioè, che favorisce l'iniziativa privata¹⁹⁶ e spinge la stessa p.a. ad un utilizzo sempre più massiccio degli strumenti di diritto privato; dall'altro invocano un rinnovato interventismo statale, con conseguente pubblicizzazione di molti settori della vita sociale. Se il codice non sembra fornire strumenti adeguati per una corretta ricostruzione di determinate qualifiche soggettive, dunque, è anche la realtà normativa extrapenale e l'organizzazione dei vari enti attraverso cui lo stato esercita le proprie funzioni a non fornire alcuna valida base di appoggio per ipotesi interpretative stabili.

L'evoluzione finora tracciata potrebbe, a questo punto, suggestionare i pensieri di chi volesse credere in un intervento programmato da parte del legislatore al fine di concretizzare quelle formule normative superate ed insoddisfacenti. La conferma potrebbe aversi proprio constatando il fatto che il legislatore è effettivamente intervenuto, nell'ambito della generale riforma del 1990, attraverso le modifiche degli art. 357 e 358 c.p., fornendo una descrizione contenutistica sia del concetto di "funzione pubblica" sia di quello di "servizio pubblico"; resterebbe però delusa tale linea di pensiero ove solo si andassero a sbirciare i lavori parlamentari, che segnalano come nessuno dei progetti di riforma presentati nel corso della IX e X legislatura, rivolti alla riforma dei delitti contro la p.a., abbia preso in considerazione l'idea di suggerire eventuali modifiche in materia, sul presupposto, non del tutto censurabile, che di fronte a soluzioni frettolose (il carattere emergenziale delle scelte non giova mai all'attività normativa in materia penale) e perciò non appaganti, sarebbe stato meglio mantenere invariata una anacronistica

¹⁹⁴ Per esempio MANZINI considerava pubblici ufficiali i bibliotecari della Camera dei Deputati e del Senato, ma non gli stenografi delle due camere, "retrocessi" a semplici incaricati di pubblico servizio; cfr. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p 276, in nota.

¹⁹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 167.

¹⁹⁶ Si pensi, solo per fare un esempio, all'attività bancaria a seguito della privatizzazione degli istituti di credito.

realtà normativa, ma che aveva oramai già saggiato il banco di prova di numerose evoluzioni giurisprudenziali, che qualche risultato minimo avevano pur prodotto, in termini di stabilità dei modelli ricostruttivi delle nozioni di p.u. e di i.p.s.¹⁹⁷.

Fu proprio l'improvvisazione invece, che spinse, alla fine, il «comitato ristretto» della Commissione giustizia alla Camera, di fare propria una proposta di riforma¹⁹⁸ presentata, qualche anno prima, da una parte della dottrina, convenuta per un convegno di studi in materia, proposta che non nascondeva, ma anzi fu esplicitamente confermato¹⁹⁹, la sua natura di «semplice esercitazione accademica».

La mancanza di un serio ed approfondito dibattito sul tema, la genesi “fortunosa” ed occasionale di una riforma che avrebbe richiesto maggiore attenzione da parte del legislatore, spiega perché, solo pochi mesi prima dell'approvazione della legge 26 aprile 1990 n. 87, il ministro Guardasigilli dell'epoca mostrasse poco “calore” nei confronti della modifica²⁰⁰, che nonostante ciò, venne approvata, ed attraverso gli artt. 17 e 18 della suindicata legge, consegnò ai posteri la nuova formulazione degli artt. 587 e 588 c.p. che, a seguito di una ulteriore “correzione” avutasi nel 1992 con la l. 7 febbraio, n. 181, attualmente, così dispongono:

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».

¹⁹⁷ Sul punto FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 167.

¹⁹⁸ La proposta di riforma fu formulata da SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Stile, Napoli, 1987, p 29 e ss.

¹⁹⁹ SEVERINO DI BENEDETTO, *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p 1172.

²⁰⁰ VASSALLI, Seduta del 5 aprile 1990, Senato.

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 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».

Il primo rilievo, acritico, che può essere svolto, esaminando le nuove formulazioni degli artt. 357 e 358, 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 reso manifesto dalla presenza dell'inciso «a qualunque titolo» nell'art. 358 c.p.; la scelta di campo riflette la sensazione da tempo oramai avvertita in dottrina, per cui diverse soluzioni non avrebbero posto fine alle oscillazioni giurisprudenziali in materia, ma soprattutto avrebbero reso la definizione delle qualifiche soggettive poco aderente rispetto al nuovo quadro di riferimento, che, come si è visto, non consente più dalla semplice natura dell'ente di ricavarne informazioni utili ai fini della qualificazione dell'attività svolta²⁰¹. Come prudentemente è stato osservato²⁰², tale impostazione non vuole affermare la completa estraneità al tema, della natura dell'ente o del soggetto cui l'attività viene riferita, anche perché non mancano ipotesi in cui una medesima attività sarà sottoposta al regime di disciplina pubblicistica o privatistica, a seconda che essa venga posta in essere da un soggetto pubblico o da un soggetto privato²⁰³. Si vuole invece 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

²⁰¹ Si pensi al settore dell'economia pubblica, dove, di regola, la regolamentazione della attività dell'ente pubblico è di natura privatistica, cfr. BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 29;

²⁰² BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 29.

²⁰³ A titolo esemplificativo (cfr. SEVERINO DI BENEDETTO, *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358c.p.*, in *Reati contro la pubblica amministrazione. Studi in memoria di Latagliata*, Torino, 1993, p345) si può invocare l'attività di costruzione di opere pubbliche, che nel caso venga assunta dal soggetto pubblico è sempre sottoposta a regime pubblicistico, mentre in caso di opere affidate al privato la soluzione sia variabile.

funzione pubblica deve effettuarsi prendendo in considerazione non già la natura dell'attività dell'ente pubblico *nel suo complesso*, ma avendo riguardo *ai suoi singoli momenti* ed alla normativa che regola ciascuno di essi²⁰⁴. 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 p.u. sia quello dell'i.p.s. a seconda delle mansioni concretamente svolte.

Rimandando alla trattazione delle singole figure soggettive per gli ulteriori rilievi sulla portata e sul significato dell'innovazione legislativa, può per il momento registrarsi un atteggiamento abbastanza "neutro" della dottrina sul tema, che concorde nel rilevare (ed apprezzare²⁰⁵) il consolidamento della concezione oggettivo-funzionale, ha poi espresso giudizi abbastanza tiepidi su di una modifica, che ben lungi dall'aver risolto il problema, offre all'interprete molto meno di quanto prometta, limitandosi, in buona sostanza, a recepire a livello normativo una evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie che si era da ultimo imposta come dominante²⁰⁶. Un dato è certo, la modifica non ha, quantomeno, peggiorato la situazione preesistente, e questo, se contestualizzato all'interno di una riforma che ha accolto ben pochi estimatori, può già considerarsi un ottimo risultato.

Del resto 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 p.u. e di i.p.s.: prova ne sia la tendenza a

²⁰⁴ Cass. pen. 17 giugno 1995, Seri, CED 201948, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1996, p 3324

²⁰⁵ Si è consapevoli, infatti, che nel presente momento storico, il vero problema della delimitazione dell'ambito di rilevanza del pubblico servizio, riguarda le attività che vengono poste in essere da soggetti privati in base ad un rapporto concessorio con il soggetto pubblico. Sul punto SEVERINO DI BENEDETTO, *op. e loc. ult. cit.*; FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 176.

²⁰⁶ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 170.

qualificare come funzione pubblica anche la semplice attività preparatoria rispetto alla attività amministrativa vera e propria, o la tendenza a ricercare ancora indici sintomatici (come l'interesse pubblico perseguito dall'ente) per qualificare come pubblico servizio ogni attività strumentale rispetto al perseguimento di quel fine (vedi *infra* nei par. successivi). La motivazione, non certo sempre apprezzabile, è probabilmente legata alla preoccupazione di dover mantenere un controllo penale "forte" in un settore sempre più in preda ad una allarmante e diffusa criminalità politico-amministrativa, da un lato. 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, e sempre più incline all'attività svolta secondo parametri normativi di chiara impronta privatistica.

IL PUBBLICO UFFICIALE (ART. 357 C.P.)

L'art. 257 c.p. attribuisce la qualifica di pubblico ufficiale a coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria²⁰⁷ 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 ecc.). Il secondo comma della norma si sforza poi 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

²⁰⁷ 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 eserciti funzioni amministrative ad essa collegate, come i cancellieri, i segretari, i dattilografi ecc. (cfr. Cass pen, 14 settembre 1994, Calamai, CED 199449, in *Riv. pen.*, 1995, p 974).

pubblico²⁰⁸. Rispetto alla funzione legislativa ed a quella giurisdizionale non si è ritenuto di doverne precisare i connotati, data le scarse difficoltà di solito incontrate per individuare i soggetti che tali funzioni esercitano.

La delimitazione *esterna* viene tracciata attraverso un criterio formale (di disciplina e non contenutistico quindi) che riguarda le fonti che disciplinano 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.

La formulazione non è sicuramente tra le più felici, sia con riguardo al sottocriterio delle *norme di diritto pubblico*, sia a quello *degli atti autoritativi*; cominciando da questi ultimi, da molte parti, dallo stesso Vassalli, Ministro di Grazia e Giustizia dell'epoca, si è messo in rilievo come la formula adottata sia impropria, posto che l'atto in quanto tale non disciplina una attività, ma ne rappresenta il modo di esternazione, e che il carattere autoritario dell'atto non riflette necessariamente il carattere autoritario dell'intera attività occorsa per porlo in essere; tuttavia non è inesatto il riferimento, poiché non è difficile immaginare, in realtà, attività che abbiano a monte, e quindi come fonte di disciplina, un atto: si pensi ad esempio alle attività svolte in regime di concessione, dove all'emanazione dell'atto che trasferisce le pubbliche potestà in capo al privato, si accompagna, eventualmente, anche un potere di controllo (dunque di disciplina) sull'attività del concessionario²⁰⁹; l'equivoco potrebbe risolversi considerando che la prima parte della disposizione, quella che detta un limite *esterno*, proprio perché non indirizzata a fornire indici *di contenuto*, ma *di disciplina* dell'attività amministrativa, attiene al problema delle fonti che disciplinano l'attività, e non ai modi di estrinsecazione della stessa (e quindi, eventualmente, anche attraverso l'emanazione di atti autoritativi) che sono invece previsti nella seconda parte della disposizione come limiti *interni*. La dottrina amministrativa²¹⁰ ha poi riscontrato il

²⁰⁸ In questo senso BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 31 ss.; FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 170 ss.; BONDI, *op. ult. cit.*, p 53 ss.

²⁰⁹ Così, ad es. BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 34 ss.

²¹⁰ Cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1984, p. 593.

carattere dell'*autoritarietà* in due tipologie di atti: quelli cd. *di imperio* e quelli *caratterizzati da un certa autoritarietà*; con i primi intende riferirsi a quegli atti di volontà unilaterale, espressione di pubbliche potestà, attraverso i quali il pubblico potere che agisce si trova in posizione preminente ed è in grado di costituire, modificare, estinguere l'altrui sfera giuridica soggettiva a prescindere dalla volontà del destinatario dell'atto (contrapposti, in questo senso, agli *atti paritetici*, con i quali la p.a. agisce sullo stesso piano del privato); i secondi sono atti, che, in virtù di specifiche disposizioni di legge, si caratterizzano per una certa intensità della loro efficacia, come ad esempio le *certificazioni*, la cui *autoritarietà* consiste nel creare certezze legali "privilegiate"²¹¹.

Anche il riferimento a norme di diritto pubblico 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: come è noto, uno degli orientamenti più risalenti, distingueva la norma pubblica da quella privata, in considerazione che la prima e non la seconda, si presenta come norma "a soggetto vincolato" e non indifferenziato o libero, nel senso che le norme di diritto pubblico attribuiscono il potere di compiere determinati atti solo a soggetti specificamente determinati²¹². Più di recente si è proposto di adottare un criterio distintivo che fa riferimento al meccanismo sanzionatorio, per cui, di fronte ad attivazioni d'ufficio dello stesso, ci si troverebbe di fronte a norme di diritto pubblico, riconducendo all'ambito del privato quelle norme che invece richiedono un'iniziativa di parte²¹³. Tesi tutte soggette ad obiezioni, e non in grado di fornire risposte certe.

²¹¹ Cfr. BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

²¹² GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, 2^a serie, Milano, 1970, p 216 ss.

²¹³ SEVERINO DI BENEDETTO, *Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 c.p.*, p 1172; la tesi non manca di suscitare obiezioni, poiché, a parte la circostanza per cui si dovrebbe sostenere che le fattispecie penali perseguibili a querela di parte rientrano nel diritto privato, è stato rilevato come attività di indubbio rilievo pubblicistico non sono in realtà accompagnate da alcun meccanismo sanzionatorio. Sul punto, anche per dei riferimenti bibliografici, . BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 35 ss., in nota.

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 reato²¹⁴.

Per quanto riguarda i parametri e gli indici di riferimento volti a tracciare i limiti *interni* di rilevanza della funzione amministrativa, è opportuno 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 essi²¹⁵.

Il legislatore del '90 ha in questo caso tradotto in parametri normativi una serie di criteri (titolarità di poteri certificativi, autoritativi, formativi della volontà della p.a.) oramai 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'esplicazione 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 pubblico²¹⁶ (così ad es., la categoria di

²¹⁴ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 172.

²¹⁵ In tal senso FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 170; BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 32 ss., cui si rimanda anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali che confermano tale assunto (*loc. ult. cit.* in nota).

²¹⁶ Non è stata accolta la proposta presentata durante i lavori parlamentari (seduta del 23 gennaio 1990), di specificare che si dovesse trattare di un "contributo determinante" per la formazione della volontà; precisazione che, ad avviso di alcuni autori, sarebbe stata opportuna perché avrebbe impedito un'elaborazione troppo ampia di tale requisito; circostanza che poi si sarebbe sempre verificata, ad avviso di tale dottrina, con la giurisprudenza pronta, ad esempio, ad attribuire la qualifica di p.u. anche a chi, pur non avendo partecipato alla fase della dichiarazione della volontà della p.a., abbia tuttavia il potere di collaborare, anche occasionalmente o saltuariamente, alla formazione in via indiretta dell'atto (cfr. Cass, 25 gennaio 1995, Crespi, CED 200851, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1996, p1447, che ha ritenuto p.u. anche chi è chiamato a svolgere attività accessorie o sussidiarie, come l'esperto della Presidenza del Consiglio dei Ministri; contra però v. Corte app. Roma, 30 ottobre 1993, Trane, in *Giur.Merito*, 1995, p 109 ss, che ha escluso la

p.u., all'interno della vastissima categoria degli impiegati pubblici, spetterà ai dirigenti, ai cd. funzionari di concetto – segretari amministrativi, ragionieri, ingegneri – restandone esclusi i cd. impiegati d'ordine – archivisti, segretari, schedaristi – a meno che non siano direttamente a contatto con il pubblico – i cd. servizi “di sportello”²¹⁷);

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 cd. *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): 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'artt. 383 c.p.p., i controllori delle ferrovie o delle aziende tramviarie, impiegati autorizzati ad eseguire verifiche ed accertare violazioni di legge ecc²¹⁸;

il terzo parametro è rappresentato dall'esplicazione di poteri *certificativi*, ossia il potere di rappresentare come certa una determinata situazione sottoposta alla cognizione del pubblico agente; si riferisce dunque a tutte quelle attività dotate di una peculiare efficacia probatoria (attività di certificazione, vidimazione, attestazione, documentazione, ecc.) 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 facente fede fino a querela di falso; la giurisprudenza ha ribadito che il potere certificativo è comprensivo di tutte quelle attività cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, “quale che ne sia il

qualifica di p.u. al segretario particolare di un Ministro nel rilievo che partecipa solo indirettamente al processo di formazione della volontà del Ministro, portando un apporto meramente interno); sul punto BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 40-41, in nota.

²¹⁷ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p 284. Contra però, v. FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 172.

²¹⁸ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p 285.

grado”²¹⁹ : 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 ecc.

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”. Nel nostro ordinamento sono investiti di funzione legislativa i parlamentari (senatori e deputati, 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 dell’irresponsabilità per i voti e le opinioni espresse nell’esercizio delle funzioni (art. 68 co 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 partiti²²⁰.

Scarsamente problematica, anche a seguito delle modifiche avutesi con la legge 181 del ’92 (vedi *supra*, in nota), 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 collegate: saranno 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 onorari²²¹.

²¹⁹ Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 1992, Delogu, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1992, p 2718.

²²⁰ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 174.

²²¹ Sul particolare statuto dei giudici della Corte Costituzionale, FIANDACA-MUSCO, *op.e loc. ult. cit.*

L'INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO (ART 358 C.P.)

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

Proprio l'esclusività di tale criterio, permette di non 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'ente²²². 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 assoggettata²²³.

In maniera speculare a ciò che l'art. 357 dispone per il p.u., anche l'art. 358 c.p., dopo aver sancito ed enfatizzato (con l'inciso *a qualunque titolo*) l'esclusivo criterio oggettivo del collegamento con l'attività svolta, nel suo primo comma, nel secondo si preoccupa di individuare dei confini in grado di tracciare il perimetro di rilevanza della suddetta attività, 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, ed attraverso i limiti

²²² Cfr Cass., 13 dicembre 1996, Imperatore, in *Riv. pen.*, 1997, p429; Id, 13 febbraio 1995, Provini, in *Guida al dir.*, 1995, n. 14, p 45.

²²³ BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 44.

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 di opera meramente materiale.

Per quanto riguarda i limiti interni (potendo tranquillamente rinviarsi a quanto detto a proposito della nozione di p.u. per quanto attiene il limite esterno), il legislatore si limita semplicemente ad affermare che il pubblico servizio si caratterizza per *la mancanza dei poteri tipici* della pubblica funzione: poiché i criteri segnalati dall'art. 357 c.p. vanno intesi in senso alternativo e non cumulativo, ciò vuol dire che nessuno di quegli indici deve essere presente affinché possa trattarsi di pubblico servizio: non solo, dunque, devono mancare poteri autoritativi e certificativi, ma in nessun modo l'attività deve contribuire alla formazione ed alla manifestazione della volontà della p.a.; argomentare diversamente, vorrebbe dire se non annullare quanto meno fortemente ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 358, riducendone la configurabilità unicamente a quelle ipotesi in cui il soggetto agisce in nome e per conto della p.a. 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 es, alle attività svolte in regime di concessione)²²⁴.

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.²²⁵.

²²⁴ BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 44; 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.

²²⁵ BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 45.

IL SOGGETTO PASSIVO

Il *soggetto passivo* del reato, o persona offesa dal reato (secondo il linguaggio codicistico, es. art. 120 c.p.; art. 90 c.p.p.), è il titolare del bene o dell'interesse tutelato dalla norma penale, che viene ad essere offeso, nella forma della lesione o del pericolo, dalla condotta criminosa dell'agente. Come tale, la figura deve essere distinta in maniera netta dal *danneggiato*, cioè di colui che, a causa del reato, subisce un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile e che, appunto in quanto titolare del diritto alla restituzione ed al risarcimento del danno, può costituirsi "parte civile" nel processo penale, ai sensi dell'art. 74 c.p.p. La distinzione ha ragione di essere evidenziata, poiché alla persona offesa dal reato vengono attribuiti dei diritti e delle facoltà sul piano processuale che, invece, non competono al danneggiato. Stretto è il legame che sussiste, dunque, tra l'individuazione dell'interesse leso dalle fattispecie incriminatrici e il riconoscimento della qualifica di soggetto passivo del reato.

Coerentemente con una tradizione interpretativa che ha sempre individuato come interessi lesi dal delitto di abuso d'ufficio beni "istituzionali" di pertinenza della p.a., come il buon andamento o l'imparzialità della stessa, dottrina e giurisprudenza hanno sempre individuato nella stessa p.a. il soggetto passivo del reato in parola. Di fronte a condotte direttamente o indirettamente lesive di interessi di pertinenza del privato, lo si è visto, uniforme è stato l'orientamento, almeno fino alla novella del '97, secondo il quale allo stesso compete solo la qualifica di danneggiato, in quanto tale legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale, ma escluso dall'ambito di applicazione di tutte quelle disposizioni che stabiliscono diritti e facoltà processuali in capo al soggetto passivo, come ad esempio la possibilità di proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 410 c.p.p., o il diritto ad essere avvisato della fissazione dell'udienza preliminare (ai sensi dell'art. 419 c.p.p.) o della richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero (art. 408 co 2 c.p.p.).

Se tale impostazione è rimasta inalterata con riferimento alle ipotesi in cui l'abuso d'ufficio sia realizzato secondo lo schema dell'ingiusto vantaggio patrimoniale, ed in questo caso al cittadino eventualmente ed indirettamente leso dalla condotta favoritrice non resterà che la possibilità di costituirsi parte civile, l'evoluzione giurisprudenziale (ed oramai anche dottrina) segna un deciso cambiamento di rotta con riferimento alla seconda possibile alternativa di realizzazione della fattispecie ex art. 323 c.p., riconoscendo, in capo al soggetto direttamente ed ingiustamente danneggiato dal comportamento illegittimo del pubblico funzionario, la qualifica di persona offesa con tutto ciò che, ai sensi dell'art. 90 c.p.p. e di tutte le altre disposizioni contenute nel codice di procedura, tale qualifica comporta in termini di prerogative processuali.

Chiara, in questo senso, la Corte di Cassazione che ha avuto modo di affermare che *«nella condotta abusiva diretta a realizzare un ingiusto danno ad altro soggetto..., occorre considerare che il fatto vietato dalla legge penale non solo contiene in sé la lesione dell'interesse al buon andamento ed alla imparzialità della p.a., ma pone in pericolo l'integrità della situazione giuridica del privato, per cui..., accanto alla p.a...si pone altro soggetto passivo...qual è il privato esposto alla situazione di pericolo in suo danno...»*²²⁶.

La Suprema Corte, coerentemente ed *a fortiori* non ha potuto che confermare tale impostazione, visto il passaggio dalla fattispecie di pericolo a quella di danno con la riforma del '97, che ha senz'altro intensificato la carica lesiva delle condotte prevaricatrici nei confronti dei diritti e delle posizioni del singolo²²⁷.

Al di là delle significative conseguenze, che, soprattutto dal punto di vista processuale, comporta tale paradigma interpretativo, il riconoscere come soggetto passivo del reato di abuso d'ufficio il singolo cittadino direttamente leso dalla condotta tipica (limitatamente alle ipotesi di realizzazione attraverso l'evento di danno ingiusto, rimanendo esclusa tale possibilità in occasione di danno solo indiretto, subito come conseguenza di una condotta che realizza un ingiusto

²²⁶ Cass. pen., 19 dicembre 1996, cit., p 132.

²²⁷ Cass. pen., VI, 27 maggio 1999, Testa, CED 214749, in *Riv. pen.*, 2000, p 393; Id., sez. VI, 8 aprile 1999, Vitalone, in *Cass. pen.*, 2000, p 361.

vantaggio patrimoniale nei confronti di altro soggetto), coinvolge il ben più ampio discorso, di carattere interdisciplinare quando non anche di carattere socio-politico, che attiene al profilo dei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il soggetto privato che con essa viene in contatto. Una volta tramontata la visione statocentrica e statolatrica propria del regime fascista, l'ingresso della costituzione repubblicana che pone al centro dei suoi interessi l'individuo, la cui posizione deve essere tutelata per garantirne il pieno sviluppo della personalità avrebbe dovuto con forza rinnegare quel passato, ed impostare i termini della relazione tra Stato ed individuo nel senso della strumentalità del primo rispetto al secondo. Per lunghi decenni ciò non è stato, e non solo dal punto di vista della produzione normativa o della ricostruzione interpretativa di fattispecie penali, ma soprattutto dal punto di vista dell'organizzazione dell'apparato amministrativo tale da soddisfare, con efficienza e nel pieno rispetto della legalità, le pretese che il singolo, in quanto membro di uno Stato sociale diritto, era legittimato ad avanzare. Ma, almeno a partire dai primi anni '90, in particolare con l'entrata in vigore della legge n. 241 del 7 agosto 1990, si è cominciato ad avvertire un cambio di rotta che, attraverso una serie di misure volte ad assegnare al cittadino sempre più peso in ordine alla partecipazione ed al controllo alla formazione degli atti amministrativi, contribuisce a dare un diverso sapore anche agli ideali canonici di corretta amministrazione del buon andamento e dell'imparzialità, da tutelare e garantire non solo nell'interesse della p.a., ma anche, e soprattutto, nell'interesse dei cittadini. Non sembra enfatizzare i toni, quindi, quella dottrina²²⁸ che, pur non contestando che l'art. 323 c.p. sia norma diretta comunque a tutelare in via diretta e primaria l'interesse della pubblica amministrazione condivide in pieno l'assunto secondo il quale si è realizzata «una vera e propria rivoluzione copernicana, portando a considerare il rapporto governanti-governati non più *ex parte principis* bensì *ex parte populi*, cioè dal punto di vista dei singoli che di essa dovrebbero

²²⁸ In particolare MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit., p 4-5; e BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 22-23, che segnala anche gli attuali orientamenti in ambito civile ed amministrativo, secondo i quali, con la legge n.241 del '90, ed in particolare attraverso i suoi artt. 2, 4 e 5, sia stata innalzata la posizione del cittadino, da semplice portatore di interessi legittimi, suscettibili solo di tutela indiretta, a titolare di veri e propri diritti soggettivi, diretti alla conoscenza ed alla valutazione degli atti amministrativi secondo i ben noti canoni della razionalità, logicità, legittimità ecc.

avvantaggiarsi, cioè dal punto di vista del cittadino cui dovrebbero essere sempre riconosciute pretese a titolo individuale nei confronti dello Stato-amministrazione, con la conseguenza di superare la categoria stessa dell'interesse pubblico come presupposto a quello individuale²²⁹».

Ci si chiede se il consenso del privato in danno del quale si consuma l'abuso, possa, a vario titolo, escluderne la punibilità. Alla risposta tendenzialmente negativa che veniva fornita in passato²³⁰, partendo proprio dal rilievo dell'impossibilità di qualificare come soggetto passivo il privato, oggi può opporsi il nuovo costrutto interpretativo, che, almeno delle ipotesi di abuso per prevaricazione, dovrebbe portare a ritenere scriminante il consenso del singolo coinvolto dalla vicenda. In maniera ancora più radicale, e forse anche più corretta, parte della dottrina afferma che il consenso non opererebbe dall'esterno in quanto causa di giustificazione, ma come vera e propria causa di esclusione del fatto tipico, poiché, attraverso il consenso verrebbe eliminata alla radice la lesione dell'interesse protetto, ossia l'idoneità della condotta abusiva ad arrecare l'evento di danno normativamente richiesto²³¹. Va da sé che, in un caso come nell'altro, non deve accompagnarsi al profilo di danno verso il privato alcuna altra lesione di pubblici interessi, nel qual caso, il consenso non potrà sortire efficacia.

LA CONDOTTA MATERIALE

PREMESSA

Il legislatore del '97, dopo il primo fallimentare tentativo del 1990 di rimodellare una fattispecie in aderenza ai canoni di tassatività e determinatezza, decide di

²²⁹Sono parole di CAIANIELLO, *Il cittadino e le trasformazioni dello Stato*, Relazione al XXXVI Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 20 settembre 1990, in *Economia e diritto del terziario*, 1990, n. 3.

²³⁰ V. ad es. INFANTINI, voce *Abuso...*, cit., p 7.

²³¹ In questo senso PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 232; BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 55; MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit., p 5;

abbandonare definitivamente la strada della descrizione della condotta attraverso il riferimento allo sfuggente concetto di abuso, rimasto solo in rubrica, per percorrere la via di una descrizione del fatto attraverso l'indicazione di comportamenti ancorata a più precisi parametri normativi di riferimento, condotte consistenti nel realizzare un ingiusto evento di danno o di ingiusto vantaggio patrimoniale attraverso una attività in violazione di norme di legge o di regolamento, oppure attraverso la mancata astensione del soggetto agente in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. Entrambe le modalità, ad ulteriore circoscrizione dell'area di rilevanza penale, devono essere compiute nello svolgimento delle funzioni o del servizio.

La netta sensazione che percorre le capacità di comprensione del lettore, che conosca la storia della fattispecie, spinge subito ad accostare l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. a quel primitivo tentativo che, affidato il suo ricordo alle cronache dei lavori preparatori del codice penale, nel 1927, spinse il legislatore ad ancorare la condotta di abuso ad una elencazione casistica dei possibili vizi di legittimità dell'atto, attraverso l'indicazione di riferimenti normativi la cui matrice era di chiara impronta amministrativistica²³².

E se, attraverso un rapido volgere di sguardi verso i lavori parlamentari²³³, si può notare come i progetti iniziali e lo stesso testo approvato al Senato²³⁴ facessero esplicito riferimento anche alle norme sulla competenza, riferimento poi abbandonato perché ritenuto superfluo, quella sensazione si fa certezza delle intenzioni del legislatore, che avendo escluso il vizio di eccesso di potere dal novero delle possibili forme di manifestazione dell'abuso²³⁵, quel problematico

²³² Vedi *supra*, cap. I.

²³³ Cfr. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p 1397 e ss.; ID, *L'antico problema dei confini...*, cit. p 107.

²³⁴ Il testo è integralmente riportato in PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p 1397; la norma faceva espressamente riferimento alla violazione delle "norme sulla competenza". Tra l'altro, se nel testo approvato successivamente alla Camera scompare il riferimento alle norme sulla competenza, in maniera schizofrenica esso riappare nel testo unificato con cui la Commissione giustizia della Camera riferisce all'Assemblea, per poi sparire, accogliendo i suggerimenti sulla ultroneità della previsione, nel testo definitivamente approvato.

²³⁵ Anche da questo punto di vista i lavori parlamentari sono inequivoci: il rigetto da parte della Commissione Giustizia dell'emendamento proposto di aggiungere nel testo della norma, dopo le

sviamento dei poteri dalla loro propria causa istituzionale per realizzare un atto ingiustamente sfavorevole o favorevole nei confronti di un privato, ha voluto spostare radicalmente l'asse dell'offesa dal momento della discrezionalità amministrativa a quello dell'esatto e specifico vincolo legislativo: ove prima il vizio di violazione di legge poteva essere anche solo un sintomo di distorsione funzionale, risolvendosi comunque l'abuso sempre in uno sviamento dalla causa tipica, e quindi in un eccesso di potere, oggi quello stesso vizio diventa il requisito fondamentale e l'esclusiva essenza del contenuto di illiceità del fatto. Come è stato osservato, il giro di boa non potrebbe essere più netto: se prima la legalità dell'agire amministrativo era condizionata ad un serrato giudizio di congruità tra mezzi adoperati e scopo raggiunto (o da raggiungere), oggi viene (dovrebbe essere) identificata attraverso parametri rigorosi (almeno in apparenza), rappresentati dall'aggancio con precise norme di legge o di regolamento o doveri di astensione, la cui violazione si riconnette causalmente alla produzione dell'ingiusto vantaggio o dell'ingiusto danno²³⁶. L'attività discrezionale, prima sede elettiva delle possibili forme di manifestazione dell'abuso d'ufficio, viene oggi esclusa come possibile modalità realizzativa del fatto, e lascia il campo unicamente alle attività vincolate della p.a., le uniche che potendo fare affidamento su specifiche norme di legge, possono dar vita ad una violazione delle stesse rilevante ai sensi del nuovo art. 323 c.p.²³⁷

Sul dato, francamente, sembrano esserci ben pochi dubbi: la dottrina in blocco riconosce l'univocità dei lavori preparatori e delle intenzioni del legislatore in tale direzione²³⁸. Né alcuna ombra può incupire la solare evidenza dell'intenzione di

parole "leggi o regolamenti" l'espressione "l'agire con manifesto ed oggettivo sviamento di potere" viene utilizzato come argomento anche dal G.i.p. presso il Tribunale di Roma, che in una propria sentenza aveva sostenuto l'esclusione di quel vizio ai fini dell'art. 323 c.p.; cfr. G.i.p. Trib. Roma, 22 dicembre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2186. Sul punto anche PAGLIARO, *L'antico problema...*, cit. p. 107.

²³⁶ PADOVANI, *Commento all'art. 1...*, cit., p. 744.

²³⁷ PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*; BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit. p. 58.

²³⁸ Anche autori che non caldegiano la soluzione riconoscono la chiara intenzione del legislatore in tale senso: cfr. ad es. MANNA, *Luci ed ombre...*, cit. 18 ss., secondo il quale, tra l'altro, in tale maniera, risulterebbe fortemente indebolita la tutela dell'imparzialità della p.a. e privilegiata la protezione del patrimonio della stessa. Convinti delle intenzioni del legislatore, ma comunque critici anche PADOVANI, *op. ult. cit.*, 745; GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso*

voler tipizzare la condotta attraverso il ricorso a parametri normativi adatti a conferire sufficiente determinatezza alla fattispecie. I dubbi si addensano laddove si tratti di passare dalle valutazioni sulle intenzioni a quelle sul merito delle scelte del legislatore, per capire da un lato, se la tecnica normativa utilizzata sia davvero riuscita nell'intento, se il mezzo sia risultato idoneo a perseguire lo scopo cui è rivolto; dall'altro se tale scelta sia stata davvero la più opportuna da un punto di vista politico-criminale, se sia cioè riuscito il legislatore, attraverso tale parametro, a selezionare adeguatamente le condotte di abuso secondo parametri di disvalore congrui e riconoscibili²³⁹.

Sotto il primo profilo, come si vedrà, il modello utilizzato dal legislatore non è stato in grado di fornire alla fattispecie una univoca direzione interpretativa²⁴⁰, poiché l'espressione violazione di norme di legge o di regolamento lascia del tutto impregiudicato il problema delle fonti e del possibile contenuto delle norme prese in considerazione dalla fattispecie. Come paventato (o sperato) da alcuni autori²⁴¹, già in sede di primissimi commenti sulla nuova modifica, la dottrina ha cominciato a chiedersi se tra le norme la cui violazione può comportare la rilevanza penale di una condotta abusiva, debbano rientrare anche quelle norme,

d'ufficio, cit., 331 ss.; la maggior parte degli autori, che pure riconosce il senso inequivoco delle intenzioni del legislatore, ritiene tuttavia di poter superare tale ostacolo valorizzando il c.d. criterio di interpretazione letterale della fattispecie, facendo rientrare nel novero delle disposizioni richiamate anche l'art. 97 Cost., con tutto ciò che tale soluzione interpretativa comporta con riferimento all'esercizio dell'attività discrezionale ed all'eccesso di potere, e svalutando correlativamente il c.d. criterio storico basato sulla volontà del legislatore. Sul punto, sul quale si tornerà più ampiamente in seguito, v. TEASURO, *I rapporti tra art. 323 c.p. e art. 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e norme precettive*, in *Foro it.*, 2003, p. 483 ss.

²³⁹ In questo senso PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*; GROSSO, *op. ult. cit.*, 332.

²⁴⁰ In questo senso MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit. secondo il quale se «l'obiettivo era quello di arginare l'invadenza degli organi investigativi e giudiziari rispetto all'attività amministrativa e di restituire al contempo un apprezzabile coefficiente di tassatività ad un fattispecie che pareva a tal riguardo deficitaria, occorre dire che, per come è formalmente strutturata la nuova ipotesi criminosa, simili scopi non potrebbero ritenersi raggiunti senza l'ausilio di una chiave di lettura che sia per certi versi riduttiva...la letterale portata della norma. Il che significa che vi sono seri motivi per dubitare che quegli obiettivi siano stati effettivamente raggiunti, posto che non può ritenersi previsione adeguata alla tassatività quella che ha bisogno, per essere tale, di una etero integrazione di tipo ermeneutico...».

²⁴¹ Tra i più fervidi sostenitori della necessità di inglobare anche l'eccesso di potere nella previsione normativa PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 110 ss.

di contenuto piuttosto ampio e generico, che, tendono a regolamentare non una specifica attività della p.a., ma più in generale, a stabilire i canoni ed i criteri cui dovrebbero attenersi i pubblici uffici nell'esercizio di ogni attività rivolta a perseguire le finalità istituzionali che lo Stato loro affida: il pensiero corre subito all'art. 97 della Costituzione, che contiene innegabilmente una norma di legge, e che, stabilendo il generalissimo doppio criterio dell'imparzialità e del buon andamento come connotato indefettibile della corretta azione amministrativa, porta a considerare ogni attività che non venga svolta attraverso il rispetto di quei parametri, come una attività posta in essere in violazione di norme di legge, riaprendo da questo punti di vista, la finestra dell'art. 323 c.p. proprio per quelle condotte caratterizzate da un eccesso di potere nell'esercizio dell'attività discrezionale (sicuramente sottoposta, al pari di quella vincolata, al rispetto dell'imparzialità e del buon andamento), che proprio il legislatore aveva violentemente "sbattuto" fuori dalla porta²⁴². E se il riferimento alla norma costituzionale è apparso a taluni inappropriato o pericoloso, vista la vecchia disputa tra carattere programmatico e carattere immediatamente precettivo delle norme contenute nella carta fondamentale, che potrebbe inficiare sotto tale profilo la validità del richiamo all'art. 97 Cost., la presenza di numerose norme di carattere primario che rappresentano immediati referenti, a livello di legge ordinaria, della disposizione costituzionale prima richiamata, ad esempio quelle contenute nella legge n. 241 del 1990, potrebbero riaccendere gli animi di quanti ancora sostengono o temono l'ingresso della attività discrezionale, e del suo problematico *pendant* dell'eccesso di potere, nel novero delle condotte rilevanti ex. Art. 323 c.p.²⁴³

Sotto il secondo profilo, merita qualche istante di riflessione il cercare di capire perché il legislatore abbia voluto espungere dal novero dell'attività rilevante ex art. 323 c.p. quell'attività della pubblica amministrazione che si svolge non attraverso passaggi scanditi in maniera precisa ed univoca dalla legge, ma attraverso un potere di scelta della pubblica amministrazione, che vincolata nel

²⁴² In questo senso, ad es. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., 36 ss.; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. 265 ss.

²⁴³ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. 276 ss.

fine, deve di volta in volta procedere ad un contemperamento di tutti gli interessi coinvolti, onde poter esercitare al meglio il proprio potere discrezionale. Perché se è vero che discrezionalità amministrativa non vuol dire assoluta libertà di scelta da parte della p.a., non bisogna trascurare il continuo equivoco in cui spesso ci si imbatte, secondo il quale la valutazione sull'esercizio discrezionale diventa una valutazione sul merito delle scelte amministrative²⁴⁴. Il vizio di eccesso di potere, oramai non possono più sussistere dubbi al riguardo, è un vero e proprio vizio di legittimità dell'atto, ed attiene essenzialmente alla verifica dei presupposti che permettono alla p.a. di effettuare una scelta "corretta" nell'esercizio della sua discrezionalità, e non già alla verifica dell'opportunità o meno del risultato raggiunto²⁴⁵: quando il potere è stato correttamente esercitato, anche se di natura discrezionale, non trova più spazio alcuno la valutazione di legittimità dell'atto, neanche sotto il profilo dell'eccesso o sviamento di potere, ma residuerà solo una valutazione di opportunità, che rileverà solo sotto altri profili, politici o di natura amministrativa, ma mai rilevanti per una qualsivoglia fattispecie penale.

I problemi, quelli che hanno rappresentato, probabilmente, nelle intenzioni della classe politica, i motivi di esclusione dell'attività discrezionale dall'ambito della fattispecie di abuso, sono non certo di natura formale, dunque, ma di natura, per così dire, di opportunità e di contingenza: da un lato infatti, se è vero che il discrimine concettuale tra la discrezionalità ed il merito è piuttosto facile da tracciare in teoria, e dunque è possibile tenere ben distinte le valutazioni che riguardano un esercizio distorto del potere (eccesso di potere) da quelle che riguardano il risultato sotto il profilo dell'opportunità di un'attività comunque formalmente e sostanzialmente legittima (merito amministrativo), nella realtà fenomenica tale confine si fa sempre più labile man mano che si allargano le maglie del potere discrezionale, che può essere esercitato senza particolari

²⁴⁴ Sul punto come al solito molto prezioso PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 110-111, che testualmente afferma «il sindacato di merito concerne il risultato dell'atto amministrativo...il giudice penale, quando accerta un delitto di abuso d'ufficio commesso mediante eccesso di potere, rileva che il potere discrezionale non è affatto stato esercitato»

²⁴⁵ «Il potere discrezionale non è libertà assoluta: la libertà di scelta del p.u. incontra limiti precisi. Il funzionario che non si ispira all'interesse generale...o non rispetta i precetti di logica e di imparzialità, viola le regole che disciplinano il potere discrezionale...ecco allora l'eccesso di potere» cfr. PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*

formalità e vincoli procedurali: quanto più l'attività della p.a. diventa vera e propria attività d'impresa, sebbene rivolta a perseguire finalità pubbliche, tanto più i suoi appartenenti, almeno quelli che rivestono qualifiche dirigenziali, tenderanno ad assumere una veste manageriale, come tali, vincolati certo al rispetto della legalità, ma tesi soprattutto al raggiungimento di uno scopo attraverso scelte spesso di ampio respiro, che possono coinvolgere gran parte dell'assetto e delle attività dell'ente pubblico che sono chiamati a dirigere, e che, in nome dell'efficienza, non possono essere cristallizzati nella loro attività da formalità o da vincoli procedurali che spesso assumono un sapore squisitamente burocratico²⁴⁶.

D'altro canto l'esperienza giudiziaria che ha segnato la vita dell'interesse privato prima, dell'abuso d'ufficio poi, a seguito della riforma del '90, ha dimostrato come spesso, nelle mani sbagliate, lo strumento dell'eccesso di potere diventa un paravento dietro al quale si celano, neanche tanto sottaciute, vere e proprie sostituzioni del magistero penale in quelli che dovrebbero essere i compiti della p.a., attraverso incursioni in quelli che sono stati definiti i "santuari" della p.a.²⁴⁷, ed attraverso valutazioni che non solo attengono al merito delle scelte amministrative, ma che spesso si ha la presunzione di poter sindacare laddove neanche gli esperti in materia sanno muoversi con assoluta dimestichezza.

Insomma la naturale possibilità di confondere due ambiti concettualmente distinti, ma in pratica dai confini non sempre nitidi, diventa allarmante certezza di fronte ai due fenomeni appena descritti, quello di un innalzamento degli standard decisionali degli appartenenti alle "sfere alte" della p.a., sempre meno vincolati alle forme e sempre più tesi al risultato da un lato, e dall'altro di una magistratura, che, onestamente sospinta in tal senso anche da una classe politico-amministrativa troppo sensibile al richiamo degli affari (dopotutto *pecunia non olet*), non sa o non vuole gestire i propri poteri entro parametri di assoluta indipendenza tra valutazioni di carattere legale e valutazioni di carattere politico.

²⁴⁶ Sul punto FIANDACA, *Verso una nuova riforma...*, cit.

²⁴⁷ PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p 88.

Ciò non toglie che le ipotesi più frequenti (ed anche le più subdole e perciò più temibili) di abuso sono proprio quelle che si realizzano o possono essere realizzate attraverso l'esercizio del potere discrezionale²⁴⁸, dove, proprio la presenza di eventuali interessi contrapposti, presta il fianco a possibili stravolgimenti delle finalità pubbliche verso condotte prevaricatrici o predatorie, e qui si giustifica la volontà di parte della dottrina, pur sempre sensibile ad esigenze di certezza e di garanzia offerte dal principio di tassatività e determinatezza, e che apprezzano sotto questo punto di vista alcuni miglioramenti nella tipizzazione della condotta, come l'aver trasformato il reato in fattispecie di danno e l'aver escluso la rilevanza del dolo eventuale (meno convinti dell'opportunità di escludere anche il dolo diretto)²⁴⁹, non credono tuttavia alla bontà della scelta di estromettere il vizio dell'eccesso di potere dall'orizzonte di riferimento dell'art. 323 c.p., perché lo scopo di tutela della norma rischia di non coincidere più con reali esigenze repressive, e perché anzi, ancorando l'abuso unicamente al dato della legalità formale, si rischia di incentivare e di premiare proprio i più "furbi", che perfettamente in grado di gestire e rispettare gli schemi formali di formazione e manifestazione della volontà della p.a., sanno indirizzare le loro condotte verso pericolose e dannose attività di favoritismo²⁵⁰.

Due considerazioni di carattere generale prima di procedere ad una analisi dei singoli elementi che compongono la fattispecie oggettiva.

La prima riguarda una valutazione sul ruolo che la norma di abuso d'ufficio ha rivestito e riveste oggi nel complesso sistema dei delitti contro la p.a. e più in generale nei rapporti che intercorrono fra autorità amministrativa ed autorità giudiziaria: la norma nasce come ipotesi volta non a gestire conflitti tra poteri dello stato, ma come fattispecie a tutela dei singoli contro i soprusi e le angherie dei p.u. che in virtù dei poteri loro conferiti (specialmente quando si tratti di poteri coercitivi e di polizia) possono seriamente danneggiare la sfera di libertà del

²⁴⁸ MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 19.

²⁴⁹ PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p 1397 e ss; sulla tematica dell'elemento soggettivo v *infra*.

²⁵⁰ MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 19.

singolo; in questa dimensione l'abuso, assume una sua valenza anche lessicale, ben diversa da quella solitamente riportata, che la identifica nel cattivo uso o nel non uso del potere²⁵¹. L'abuso è una vera e propria prepotenza che, in virtù della posizione "privilegiata", o meglio dei poteri che quella posizione attribuisce, permette al p.u. di ledere il singolo che con lui venga a scontrarsi, ed è chiaro che in questa prospettiva, legata soprattutto al danno nei confronti del cittadino, non ha alcun significato il voler legare la tipicità della condotta alla presenza di una illegittimità di derivazione amministrativistica, ed anzi la generica descrizione bene si sposa con l'importanza del bene tutelato, da difendere contro ogni arbitraria interferenza²⁵².

Ma nel momento in cui l'abuso diventa una fattispecie a tutela della stessa p.a., ove il profilo della prevaricazione viene annacquato in quello della strumentalizzazione per ogni genere di finalità privata nell'esercizio della propria funzione, la norma e tutte le sue evoluzioni diventano solo un resoconto della infinita battaglia tra due organi che non hanno alcuna intenzione di rimanere entro i "ranghi" delle competenze che loro vengono affidate dalla costituzione²⁵³. Da un lato l'apparato amministrativo che, inefficiente nella struttura e nel personale, non è in grado neanche di infondere in chi quell'apparato deve gestire e nelle formazioni politiche da cui si proviene, una cultura del rispetto della legalità che faccia dei pubblici uffici dei promotori di trasformazioni sociali o delle "centrali" di erogazione di servizi indispensabili per la collettività, e non delle ghiotte occasioni per accontentare parentado, affezionata clientela o propri sogni di ricchezza; dall'altro una magistratura che, consapevole della totale assenza di meccanismi di controllo interno alla stessa p.a., decide anche essa di sfruttare l'occasione, tanto più a portata di mano quanto più la norma penale risulta slabbrata e polifunzionale, di sentirsi protagonista di battaglie contro l'illegalità *latu sensu* politica, verso il cui mondo il sospetto e la gelosia non si esauriranno mai²⁵⁴, perché dopotutto anche il mondo giudiziario, che opportunamente

²⁵¹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale – parte speciale*, cit., p 228.

²⁵² PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 1406-1407.

²⁵³ PADOVANI, *Commento...*, cit., p. 743.

²⁵⁴ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., XIII.

controlla ma non viene controllato, se non da sé stesso, non sa adeguarsi al suo compito e sfrutta la sua privilegiata posizione per assecondare, a volte, semplici manie di protagonismo o veri e propri deliri di onnipotenza.

Di fronte a tale inevitabile conflitto, il legislatore sa di non poter rinunciare più ad una fattispecie di abuso (poiché francamente in presenza di specifici abusi nominati che già sanzionano le più gravi disfunzioni nella gestione dei pubblici uffici e servizi, si potrebbe tranquillamente ipotizzare un efficace sistema di controllo interno alla stessa p.a., con sanzioni disciplinari e sanzioni amministrative, per quelle che, a tutti gli effetti, non sono altro che illegittimità di carattere amministrativo, seppur accompagnate dalla volontà di ledere o avvantaggiare ingiustamente), e decide tuttavia di percorrere una strada, quella della legalità, finalmente, che tra dubbi o proteste sull'esclusione di un concetto piuttosto inafferrabile come quello di eccesso o sviamento di poter, ha comunque il merito di imboccarsi nei tracciati segnati da un diritto penale inteso come "magna charta" del reo²⁵⁵, di un diritto penale che attraverso la piena affermazione del principio di legalità e dei suoi corollari della tassatività e determinatezza, preferisce assicurare la certezza nei singoli di sapere quando i loro comportamenti desteranno le "ire" di quel sistema, piuttosto che criminalizzare a tappeto una serie di condotte, di fronte ad esigenze, anche reali, di contenimento del fenomeno criminoso, ma attraverso fattispecie troppo elastiche e non in grado di selezionare anticipatamente quelle condotte in grado di ledere effettivamente gli interessi protetti dalle norme di diritto penale²⁵⁶.

²⁵⁵ Cfr. VON LISZT, *Ueber den Einfluss der Soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in *Strafrecht Aufsätze un Vorträge*, II, 1905, 80.

²⁵⁶ PATALANO, *Amministratori senza paura della firma...*, cit., p .18.

IL PRESUPPOSTO DELLA CONDOTTA

Il tentativo di circoscrivere quanto più possibile le condotte abusive penalmente rilevanti, si attua già attraverso la previsione del presupposto per il quale tanto la violazione di norme di legge o di regolamento, quanto la mancata astensione in situazione di conflitto di interessi devono avvenire “*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*”.

In tale maniera, ritenendo essenziale un collegamento con i poteri relativi alla specifica attività funzionale, il legislatore fuga ogni possibile dubbio sulla possibilità che un semplice abuso della qualità del pubblico funzionario, cioè di mero sfruttamento della sua qualifica o della sua posizione, senza che a ciò si accompagni alcuna attività funzionale, incarni il delitto in parola²⁵⁷, cui si aggiunge anche l'irrelevanza della mera partecipazione, *uti civis*, del p.u. agli atti negoziali di gestione della pubblica amministrazione²⁵⁸.

Dello stesso avviso la giurisprudenza quando afferma che «ai fini della configurabilità del delitto di abuso d'ufficio, l'atto amministrativo deve essere posto in essere dal p.u. nella sua qualità, e cioè agendo formalmente nella sua veste pubblica e nell'esercizio di pubbliche funzioni; mentre si deve ritenere non idonea ad integrare gli estremi del reato in questione una condotta che, se pure posta in essere da persona che rivesta la qualità di p.u., non sia però espressione di tale qualità, come nel caso in cui la qualità di p.u. venga esibita semplicemente per rafforzare una pretesa privata o per ottenere un'adesione spontanea della controparte a siffatta pretesa; in tal caso, il comportamento del p.u., pur sempre contrario al dovere generico di correttezza e di imparzialità connesso all'esercizio della funzione, potrà eventualmente rilevare sotto il profilo disciplinare e anche integrare, in ipotesi ove concorrano gli elementi della violenza o della minaccia,

²⁵⁷ BENUSSI, *Abuso d'ufficio*, cit., p 566; GROSSO, *Condotte ed eventi...*, cit., p 338. Così, ad es, la pratica sicuramente deplorabile, ma non per questo penalmente rilevante, della “raccomandazione” fatta da un p.u. o da un i.p.s. ad altro soggetto pubblico, non costituirà abuso d'ufficio, a meno che non sia rivolta al compimento di un atto illegittimo, nel qual caso potrebbero assumere valenza come condotte di istigazione.

²⁵⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 249.

estremi di reato (ad es. art. 393 o art. 610 c.p., non però gli estremi del reato di cui all'art 323 c.p.)»²⁵⁹.

Un ulteriore supporto normativo dell'esclusione dall'area di rilevanza dell'abuso del semplice abuso di una qualità personale, può riscontrarsi nella circostanza per cui, quando il legislatore ha voluto attribuire autonoma rilevanza a tale situazione lo ha espressamente sancito, come nell'ipotesi di concussione di cui all'art. 317 c.p.²⁶⁰.

Sempre in prospettiva comparatistica, parte della dottrina, segnalando una differenza con l'espressione utilizzata dal legislatore a proposito dell'art. 314 c.p. (ove si parla di fatto commesso *per ragione del suo ufficio o servizio*), ritiene di poter escludere, attraverso la diversa espressione utilizzata dall'art. 323 c.p., la possibilità di un *occasionale* collegamento del fatto con l'ufficio, in quanto, un simile collegamento si tradurrebbe, in sostanza, in un vero e proprio abuso della qualità²⁶¹.

Secondo alcuni autori, l'espressione andrebbe intesa nel senso che il comportamento illecito non deve necessariamente consistere nell'emanazione di un atto o di un provvedimento come tipica espressione della funzione rivestita dal soggetto, ma può anche consistere in attività o comportamenti comunque

²⁵⁹ Cass. sez. VI, 19 giugno 1997, Ceraso, in *Guida al dir.*, 1997, n. 28, p 82; anche in alcune pronunce di merito è stato ribadita l'irrelevanza di un semplice abuso della qualità, affermando, ad es., che ai fini dell'art. 323 c.p. «non è sufficiente che l'agente si richiami abusivamente all'esercizio delle funzioni pubbliche, ma è necessario che il comportamento abusivo sia posto in essere nel corso di un regolare svolgimento delle funzioni o del servizio» cfr. Trib. Bologna, 1 ottobre, 1999, Romeo, in *Cass. pen.*, 2000, p 1432. Va segnalata, tuttavia, anche qualche pronuncia in senso contrario della stessa S.C. che in occasione di una vicenda che vedeva coinvolto un agente di polizia penitenziaria, che aveva utilizzato la paletta segnaletica del corpo in suo possesso per impedire che alcune persone intervenissero in soccorso della fidanzata, con cui stava litigando, chiedendo loro anche i documenti, ha ritenuto sufficiente per la configurabilità del reato il fatto che l'agente, seppur abusivamente, si richiami all'esercizio delle funzioni pubbliche anche se poi, in concreto, il suo comportamento abusivo viene realizzato al di fuori del regolare svolgimento delle funzioni o del servizio: cfr. Cass. sez. VI, 19 marzo 1999, Cofrancesco, in *Riv. pen.*, 1999, p 1007.

²⁶⁰ BENUSSI, *Abuso d'ufficio*, cit., p 568.

²⁶¹ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 65.

espressivi dell'azione del servizio o dell'ufficio pubblico, e quindi riconducibili al loro svolgimento.²⁶²

Sul punto si può tranquillamente concordare, vista anche la giurisprudenza²⁶³ e l'opinione dottrina²⁶⁴ formatasi durante la vigenza della vecchia disposizione (ed anche della originaria formulazione del 1930) che hanno sempre ammesso la possibilità di realizzazione dell'abuso mediante semplici attività materiali o meri comportamenti da parte del p.u., a condizione che gli stessi rappresentino una violazione di norme di legge o di regolamento.

In particolare, l'attività giuridica penalmente rilevante comprenderà sia l'emanazione di atti amministrativi, sia l'emanazione di atti legislativi e giurisdizionali; nulla esclude poi, che in caso di attività amministrativa, l'abuso possa manifestarsi sia con riguardo agli atti di cd. amministrazione attiva (quella cioè con cui si manifesta la volontà dell'ente, al termine di un procedimento) sia con riferimento alle attività di controllo o di consultazione²⁶⁵. Si pensi, ad esempio, ad un atto adottato previa acquisizione di un parere, ove la responsabilità in capo al soggetto tenuto ad effettuare il parere potrà individuarsi sia nel caso di vero e proprio accordo collusivo con il soggetto chiamato ad esprimere la volontà dell'ente mediante l'adozione dell'atto o del provvedimento conclusivo dell'iter procedimentale o di una sua fase; sia nel caso in cui, attraverso una falsa

²⁶² LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p 1051.

²⁶³ Cfr. ad es. Cass. sez. VI, 1 febbraio 1995, Gadani, in *Cass. pen.*, 1996, p 488.

²⁶⁴ Contra sul punto MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., secondo il quale la nuova formulazione avrebbe espunto l'attività materiale della p.a. in quanto rispetto ad esse non sussisterebbe né una violazione di legge né di regolamento;

²⁶⁵ La Cassazione, tuttavia, ha avuto modo di affermare che «*il parere (obbligatorio ma non vincolante) non ha di per sé alcuna incidenza sull'atto amministrativo...da latri posto in essere attraverso una specifica delibera*», cfr. Cass., sez. VI, 2 agosto 2000, Vitale, in *Guida al dir.*, 2000, n.35, 55; contra FORLENZA, *Se l'opinione non incide sulla decisione finale non c'è concorso morale con i soggetti deliberanti*, ivi, 56, secondo cui «*il parere è atto amministrativo che si pone nell'ambito del procedimento e contribuisce...alla definizione della determinazione finale assunta dall'amministrazione. Non può, quindi, escludersi l'incidenza del parere: ovviamente, essa sarà completa...nel caso di parere vincolante; sarà invece di diverso peso, a seconda dei casi, nelle ipotesi di parere obbligatorio ma non vincolante, e anche nelle ipotesi di parere né obbligatorio né vincolante, ma comunque richiesto da chi deve provvedere*».

rappresentazione degli elementi portati ad oggetto della sua valutazione, induca in errore l'autorità di vertice, nel qual caso si profilerà una responsabilità ex. Art. 48 c.p.²⁶⁶.

L'attività materiale coinvolta nell'ambito di rilevanza dell'abuso d'ufficio, ad esempio, potrà consistere in operazioni tecniche o in comportamenti comunque espressivi dell'attività amministrativa in senso lato, come ispezioni, sopralluoghi ecc²⁶⁷.

LA CONDOTTA

La condotta tipica ai sensi del'art. 323 c.p. come riformato dalla novella del 1997, può consistere, dunque, tanto nel compimento di una attività giuridica (emanazione di atti o provvedimenti amministrativi) oppure nel compimento di una attività materiale, purché si tratti di attività svolte nell'esercizio della funzione o del servizio, nel senso prima chiarito, e che siano in contrasto con norme di legge o di regolamento, di cui ne rappresentano una violazione; quanto nell'inottemperanza di doveri di astensione tipicizzati o dalla stessa fattispecie incriminatrice (la presenza di un interesse prossimo o di un prossimo congiunto) o da altre fonti normative.

La formulazione della norma, vista dalla prospettiva del legislatore della riforma, ricavabile in maniera serena dall'esame dei lavori parlamentari, lascia intendere che l'abuso, oggi, deve esprimersi attraverso una attività che sia inosservante di *specifiche* prescrizioni normative, che possono riguardare o l'*iter* formativo del provvedimento o più in generale l'esercizio della funzione svolta. Secondo gran parte della dottrina, la fattispecie così costruita, non sarebbe accostabile al modello della *norma penale in bianco*, poiché il fatto di reato nasce in sé chiuso, essendo già integralmente descritto dalla norma incriminatrice mediante il rinvio a

²⁶⁶ BENUSSI, *Abuso d'ufficio*, cit., p 568.

²⁶⁷ BENUSSI, *Abuso d'ufficio*, cit., p 569.

ben delineati parametri normativi extrapenali, che tuttavia assumerebbero la caratteristica di elementi normativi della fattispecie, e non di norme integranti il precetto. Lasciando per il momento impregiudicata tanto la questione del significato dell'espressione "norme di legge o di regolamento", tanto quella della natura di tali norme, se si tratti cioè di elementi normativi o disposizioni integratrici di una norma penale in bianco, si può già affermare, pur sempre con il beneficio del dubbio, come il legislatore abbia fatto un passo in avanti rispetto alle formulazioni previgenti, nelle quali la condotta veniva semplicemente individuata attraverso l'ambiguo concetto di abuso, e che pertanto poteva consistere in ogni comportamento contrastante con qualsivoglia parametro di doverosità risultante e da norme scritte e da norme non scritte contenute in altrettanto generici concetti quali quello della legalità dell'azione amministrativa, dell'imparzialità o del buon andamento della stessa ecc.; diretta conseguenza dell'impostazione precedente, era la totale arbitrarietà delle ricostruzioni dogmatiche, ma soprattutto giurisprudenziali, del concetto di abuso, che si riscontrava in ogni uso deviato o distorto dei poteri per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione o del servizio. In particolare, l'abuso finiva quasi sempre per coincidere con un eccesso di potere, che la dottrina amministrativistica fa coincidere con uno sviamento dell'atto dalla causa tipica per il perseguimento di finalità o di interessi privati o comunque estranei rispetto a quello preordinato dalla norma che regola la particolare attività pubblica di volta in volta presa in considerazione. A dispetto di quanti hanno sempre sostenuto, e giustamente, l'autonomia delle valutazioni di legittimità dell'atto amministrativo rispetto alle valutazioni sull'illiceità di un comportamento proprie del magistero penale, e quindi l'impossibilità di trasportare nell'ambito penalistico nozioni tratte invece dalla branca del diritto amministrativo, e che oggi muovono soprattutto tale accusa al legislatore della novella, l'esperienza storica dimostra che il cordone ombelicale che fin dalla nascita della fattispecie di abuso nel codice del '30, lega indissolubilmente quella norma al concetto di abuso derivante dal diritto amministrativo, non è, in realtà, mai stato reciso, e che, da questo punto di vista, la norma si pone in linea di continuità con le precedenti fattispecie (si ricordi che l'eccesso di potere rimane pur sempre un vizio di legittimità dell'atto): il fulcro della modifica, starebbe, dunque, non nell'aver ricondotto la fattispecie

nell'ambito del cd. diritto penale sanzionatorio, di quel diritto penale cioè, che prendendo come modelli descrittivi di condotta concetti e forme di illegittimità tipiche di altri settori dell'ordinamento, si limita poi a sanzionarli con la pena, se siano diretti a particolari finalità o se realizzino eventi non desiderati (e quindi, in sostanza, se siano accompagnate da un atteggiamento doloso del soggetto agente, nella forma del dolo specifico o generico); risiederebbe invece nel fatto che il legislatore ha espunto dai possibili vizi dell'atto amministrativo proprio quella figura dell'eccesso di potere, che, sebbene dominasse la scena nel periodo pre-riforma del '97, monopolizzando del tutto o quasi la casistica relativa al delitto di abuso, era tuttavia considerato concetto troppo elastico la cui rilevazione risultava facilmente sovrapponibile alle valutazioni che attengono al merito dell'attività amministrativa, come tali censurabili solo sotto il profilo dell'opportunità, e comunque, in sede diversa da quella di un giudizio penale. Lo sviluppo dell'analisi dimostrerà, in realtà, come sia possibile recuperare l'autonomia della valutazioni penali non semplicemente negando o criticando un collegamento pedissequo tra i concetti di illegittimità propri del settore amministrativo dell'ordinamento giuridico e le nozioni ricavabili dal testo dell'art. 323 c.p., ma attraverso una ricostruzione dogmatica della fattispecie di abuso che, a prescindere dai vizi di legittimità dell'atto, con i quali potrà coincidere o meno, sia in linea con le regole di validità e di efficacia caratterizzanti in maniera imperativa l'ordinamento penale, primo fra tutti il principio di determinatezza delle fattispecie incriminatrici, di cui all'art. 25 co. 2° Cost.

LA PRIMA FORMA DI CONDOTTA TIPICA: LA VIOLAZIONE DI NORME DI LEGGE O DI REGOLAMENTO

La prima forma di condotta rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. è quella realizzata attraverso la violazione di norme di legge o di regolamento. Se lo scopo della novella era quello di un recupero di selettività delle condotte qualificabili come abuso attraverso una maggiore tipizzazione degli elementi di fattispecie, la formula adottata dovrebbe rappresentare uno dei cavalli di battaglia del

legislatore, che ostenta, almeno nelle intenzioni, di aver recepito la necessità di ancorare saldamente ogni fattispecie penale ad un dato di immediata riconoscibilità, attraverso il canone della determinatezza, onde garantire il pieno rispetto di tutti i principi che segnano il volto del diritto penale moderno, primi fra tutti quello di legalità e quello di colpevolezza. Certo le intenzioni sono manifeste, vincolare la fattispecie d'abuso alla ricognizione di specifiche norme di legge, che regolino cioè quella specifica materia e quel settore di attività funzionale, e non si riferiscano, in generale, a quei principi di buon andamento e di imparzialità della p.a. che coinvolgono ogni aspetto dell'attività dei pubblici funzionari è un chiaro segnale di una volontà che, guardando al passato, vuole evitare soprattutto il ricorso a quel concetto così sfuggente e pericoloso rappresentato dall'eccesso di potere²⁶⁸. E dopotutto, anche se non coincidenti, tuttavia si assomigliano le espressioni utilizzate dalla norma in esame e quella utilizzata per caratterizzare il vizio di legittimità dell'atto amministrativo strettamente collegato alla attività vincolata della p.a., vale a dire la violazione di legge²⁶⁹. Ma la volontà del legislatore si sa, non è quella della legge, che anzi, secondo quanto dispone l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, andrebbe ricavata secondo il senso fatto palese dal significato delle parole, secondo la connessione di esse, e solo dopo, dalla intenzione del legislatore²⁷⁰. Non è dunque priva di fondamento

²⁶⁸ PAGLIARO, *L'antico problema...*, cit. p 107.

²⁶⁹ Contra, nel senso della non coincidenza del sintagma "violazione di norme di legge" di cui alla norma incriminatrice rispetto a quello "violazione di legge" ex art. 26 r.d. 26 giugno 1994, n. 1054 (T.U.L.C.d.S.) e art. 2 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale...*, cit., p 265 ss; PAGLIARO, *L'antico problema...*, cit., p 108, secondo il quale il testo del nuovo art. 323 c.p. non alluderebbe ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, bensì alla gerarchia delle fonti del diritto di cui all'art. 1 delle preleggi.

²⁷⁰ Proprio partendo dalla disposizione richiamata GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, p 279, afferma come solo «quando il significato proprio delle parole sia oscuro o qualche termine presenti uno spazio semantico "aperto" si può ricorrere all'intenzione del legislatore. Qui le parole usate dal legislatore sono viceversa molto chiare e univoche, esse si riferiscono alle norme di legge *tout court*: e dunque a tutte le norme senza fare eccezione»; contra BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso...*, cit., p 93, secondo cui il richiamo, in sede di interpretazione, alle ragioni politico-criminali che hanno sorretto le scelte legislative (e dunque alle intenzioni del legislatore) viene comunemente considerato come uno strumento di grande utilità per l'interprete se utilizzato "non in via esclusiva, ma concorrente"; dello stesso avviso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p 105, i quali sottolineano come «sia inevitabile il ricorso ad esso per il commento delle leggi di nuova emanazione e ciò perché, in mancanza di un'elaborazione consolidata, è

quella ricostruzione ermeneutica, che, facendo leva sulla lettera dell'art. 323 c.p., ove la formulazione "violazione di norme di legge o regolamento" nulla concede ad una sua interpretazione restrittiva nel senso dell'individuazione delle sole norme di legge o di regolamento *specifiche* come parametri di legittimità della condotta ai fini dell'abuso, e svalutando contestualmente il cd. criterio storico, basato sulla volontà del legislatore, quale risultante dai lavori preparatori, il cui utilizzo esporrebbe l'interpretazione alla cd. "fallacia intenzionalistica" e cioè alla "riduzione del significato della legislazione all'intenzione del legislatore"²⁷¹, ritiene di poter includere nel novero delle violazioni punibili in qualità di abuso d'ufficio anche le condotte inosservanti dei principi generali espressi dall'art. 97 Cost., confortata anzi, nella propria prospettiva anche da un argomento *a minori ad maius*, che, partendo dalla sufficienza della violazione di una norma di rango primario o secondario (quella contenuta nella legge o nel regolamento) per integrare la condotta di abuso, *a fortiori* deve inverarsi anche nella violazione di una norma di sicura predominanza gerarchica qual è appunto una norma di rango costituzionale²⁷². La conseguenza più significativa di un tale modo di intendere il sintagma "violazione di norme di legge" risiede nel poter ricondurre nell'ambito delle condotte di abuso proprio quelle attività in cui si esplica l'esercizio del potere discrezionale da parte della p.a., che, se viziate da eccesso di potere, secondo il consueto schema della deviazione della causa pubblicistica verso

naturale orientare le prime interpretazioni secondo le indicazioni desumibili dai lavori preparatori».

²⁷¹ In questi termini soprattutto GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, p 265; e PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p 240 ss; consci di tale possibilità interpretativa, considerata tuttavia "pericolosa", FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 242, i quali segnalano come «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 Cost: 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 di buon andamento e di imparzialità, col risultato possibile di dilatare il campo della rilevanza penale entro confini forse ancora più estesi di quelli precedenti»; molto critico nei confronti della formulazione legislativa, pur assecondando una ricostruzione della fattispecie conforme allo spirito ed alle intenzioni proclamate con la riforma, PADOVANI, *Commento...*, cit., p 744 ss, secondo il quale il carattere "elementare" delle nozioni di legge o di regolamento «non è purtroppo sinonimo della loro univocità né della loro precisione».

²⁷² GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, p 279.

private sponde di interessi, costituiscono una patente violazione dei principi di buon andamento e soprattutto di imparzialità innalzati dalla Costituzione a criteri fondanti dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione costruita secondo una piena espressione di legalità. Non stupisce, di conseguenza, come ad avallare tale ricostruzione sia stata soprattutto la dottrina più sensibile alle esigenze di tutela contro le strumentalizzazioni dei pubblici uffici e servizi, ed in definitiva contro le possibili lesioni del bene dell'imparzialità della pubblica amministrazione²⁷³, e che per tale via aveva apertamente censurato le scelte della riforma novellistica, volta a trascurare proprio la forma più pericolosa e statisticamente dominante di abuso, quella perpetrata attraverso le distorsioni funzionali dell'attività discrezionale della p.a.²⁷⁴.

Né sono mancate alcune prese di posizione in tal senso da parte della giurisprudenza di merito, che a poche settimane dall'entrata in vigore della nuova norma hanno portato anche a sollevare, innanzi alla Corte, questione di legittimità costituzionale per contrasto, fra gli altri, proprio con l'art. 97 della Costituzione, i cui orizzonti di riferimento (l'organizzazione dei pubblici uffici secondo il binomio imparzialità/buon andamento) verrebbero irrimediabilmente frustrati dalla presenza di una norma che lascia libero il campo a "favoritismi, raccomandazioni, prepotenze e maneggi che rimangono a monte dell'atto amministrativo", ma che non sono in grado di concretizzare alcuna violazione specifica di norme di legge o di regolamento²⁷⁵.

²⁷³ V. soprattutto MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., p 36 ss.

²⁷⁴ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale...*, cit., p 289.

²⁷⁵ Trib. di Bolzano, G.i.p., 7 agosto 1997, Jossef, in *Guida al dir.*, 1997, n. 42, p 72 ss, con nota critica di PATALANO, *Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite*, p 76 ss., ove, attraverso anche un linguaggio piuttosto "colorito", dopo una ricostruzione ed un elogio della vecchia disposizione sull'abuso (non stupisce affatto la "nostalgia" della magistratura verso un sì versatile strumento di controllo della p.a.), si arriva ad ipotizzare un contrasto dell'attuale art. 323 c.p. con gli art. 97 e 3 Cost., ed un'ulteriore censura mossa con riguardo all'art. 79 Cost., motivata sull'assunto che la legge di riforma dell'abuso assumerebbe i connotati di una vera e propria "amnistia mascherata", e come tale, da approvare con la maggioranza richiesta per tali operazioni (i due terzi del Parlamento); assunto polemico che se pur non esclude un fondo di verità, sicuramente viene espresso in una sede impropria.

Se risultano facilmente comprensibili tali tentativi di reintroduzione della figura dell'eccesso di potere all'interno dell'area di rilevanza penale definita dall'art. 323 c.p., attraverso il ricorso all'art. 97 Cost. (e a tutte quelle disposizioni che, a livello di legge ordinaria, tracciano quegli stessi binari del buon andamento e dell'imparzialità come criteri cui informare l'attività dei pubblici uffici, rimanendo pur sempre disposizioni di carattere generale e di principio²⁷⁶), in vista di una maggiore aderenza della fattispecie di abuso rispetto alle reali esigenze di politica criminale, che indicano certamente la gravità, sia dal punto di vista quantitativo che di quello qualitativo, delle possibili distorsioni funzionali nel corso di attività di natura discrezionale²⁷⁷, gran parte della dottrina²⁷⁸ e la maggior parte della giurisprudenza²⁷⁹ hanno tuttavia deciso di seguire la direzione impressa

²⁷⁶ Si pensi, ad esempio, all'art. 1 co 1° della l. 7 agosto 1990, n. 241, laddove si afferma che l'attività della pubblica amministrazione dovrà uniformarsi a criteri di "economicità ed efficacia"; o fra le tante altre, all'art. 13 co 2 della legge 88 del 1989, in materia di riforma dell'INPS, ove, rispetto alla figura del "dirigente" si prescrive che egli "garantisca l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione attenendosi ai principi della legalità, della tempestività e della economicità della gestione"; sul punto per tutti PADOVANI, *Commento...*, cit., p 745.

²⁷⁷ Sostengono viva preoccupazione per l'estromissione delle condotte di abuso concretatesi in forma di eccesso di potere durante lo svolgimento di attività discrezionali, anche se approdano poi a diverse conclusioni in ordine alla portata del sintagma "violazione di orme di legge", GROSSO, *Condotte ed eventi...*, cit., p 334 ss, che ritiene l'art. 97 Cost. valida norma ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio, in maniera tale da far rientrare "a vele spiegate" anche l'uso distorto della discrezionalità amministrativa nel novero delle condotte rilevanti ex art. 323 c.p.; contra PADOVANI, *op. ult. cit.*, p 747, il quale, pur avvertendo come sia "proprio nelle maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa, e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza delle leggi e dei regolamenti, che si annida l'arbitrio più sfacciato e partigiano, ritiene tuttavia non percorribile la strada dell'inclusione di principi e regole generali come possibili fonti di violazione rilevante per l'abuso; in tal senso anche DE FRANCESCO, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p 1636.

²⁷⁸ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 87 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 241 ss; TESAURO, *I rapporti tra l'art. 323 c.p. e art. 97 Cost tra disposizioni programmatiche e norme precettive*, in *Foro it.*, 2003, p 484 ss; PAVAN, *La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e la norma di cui all'art. 97, I comma Cost.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p 283 ss.

²⁷⁹ V. soprattutto Cass. 4 dicembre 1997, Tosches, in *Foro it.*, 1998, II, p 258 ss. con nota di TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, pubbl. anche in *Cass. pen.*, 1998, 2332, con nota di GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, ed in *Guida al dir.*, 1998, n. 9, p 67, con nota di FORLENZA, *La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale*, che rappresenta la prima pronuncia della giurisprudenza di legittimità dopo la riforma del '97, tesa, anche se solo in via incidentale, a contenere le virtuali capacità espansive del reato in questione, e che rappresenterà, in buona sostanza, il paradigma cui si atterrano, con poche eccezioni (ad es.

alla fattispecie in parola dal legislatore, intesa a circoscrivere il novero delle possibili condotte connotate dal requisito di tipicità unicamente a quelle che si sostanziano in violazioni di specifiche norme di legge o di regolamento, vale a dire norme che in maniera dettagliata e puntuale indicano quale sia il comportamento cui la p.a. deve conformarsi affinché il suo operato possa definirsi legittimo: è pur vero, infatti, che la definizione legislativa consentirebbe senza vizi di logica ermeneutica di ricomprendere anche disposizioni come quelle contenute nell'art. 97 della Cost., che sono a tutti gli effetti “norme di legge”, ma è anche vero che attraverso il “rinvio a catena”²⁸⁰ della norma penale alla norma costituzionale, e quindi anche a tutte le regole non positivizzate che permettono di valutare la conformità o meno dell'agire amministrativo agli elastici concetti del buon andamento e dell'imparzialità, renderebbe la norma di cui all'art. 323 c.p. una norma assolutamente imprecisa, una norma non contenente “riconoscibili direttive di comportamento” in grado di definire, con certezza ed in anticipo, l'area del penalmente rilevante sì da non permettere un libero orientamento, da parte dei consociati, delle proprie condotte; il richiamo a norme che, in quanto espressione di principi di carattere generale, non sono in grado di soddisfare “i requisiti minimi di riconoscibilità e intelligibilità del precetto penale”, e che dunque necessitano di volta in volta dell'intervento dell'interprete del caso concreto per ricavarvi una puntuale regola di condotta, porta alla temibile conseguenza per cui “i confini tra lecito ed illecito non vengono posti in via generale ed astratta dal legislatore, ma sono individuati secondo la logica del caso per caso dal singolo giudice”²⁸¹.

In definitiva la questione va risolta non attraverso il ricorso alla pendolare preferenza verso un rigoroso rispetto della lettera della norma o verso una immedesimazione dello spirito della legge con quello del legislatore: se è vero infatti che l'analisi “storica” si rivela non necessariamente un utile criterio di orientamento delle ricostruzioni interpretative, soprattutto di fronte a scelte

Cass, 9 febbraio 1998, Masucci, in *Cass. pen.*, 1999, 17761 ss.) le successive pronunce sia di merito che di legittimità (ad es. Cass., 10 gennaio 2001, Masi, in *Riv. pen.*, 2001, 353 ss).

²⁸⁰ TESAURO, *I rapporti...*, cit., p 485.

²⁸¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, I, p 119.

parlamentari che rappresentano non l'accoglimento di un preciso indirizzo di politica criminale, ma, molto più di frequente, una compromissoria e contingente composizione di conflitti tra diversi "gruppi di interessi"²⁸², è anche vero che un'interpretazione che tenda ad idolatrare l'aspetto lessicale e grammaticale delle disposizioni rischia, in virtù di un eccessivo formalismo, di far perdere di vista l'intima relazione che deve esistere tra la norma da interpretare ed il sistema, comprensivo di precise regole di validità cui conformarsi, in cui detta norma deve inserirsi. In particolare, in una prospettiva costituzionalmente orientata, diventa criterio fondante per l'interpretazione delle norme penali l'adozione di soluzioni che siano in linea con le irrinunciabili direttive fissate dall'art. 25, 2° c. Cost., che esige il rispetto del principio di determinatezza come indefettibile corollario della legalità del sistema penale²⁸³.

Attraverso l'adozione del principio di determinatezza come guida nella definizione dei contenuti delle fattispecie penali, sfuma, a proposito dell'art. 323 c.p., anche la riproponibilità della risalente questione circa il carattere programmatico o immediatamente precettivo delle norme costituzionali²⁸⁴: alla costante accusa mossa all'art 97 Cost. di essere norma meramente programmatica, vale a dire norma che contiene un valore precettivo non immediatamente vincolante nei confronti dei singoli consociati, poiché rispetto ad essi non pone alcuna diretta regola di condotta, ma solo nei confronti del legislatore, tenuto ad organizzare la p.a. attraverso disposizioni che garantiscano il perseguimento delle finalità pubbliche secondo il buon andamento e l'imparzialità²⁸⁵, si è potuto

²⁸² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p 107.

²⁸³ In questi termini TESAURO, *op. ult. cit.*, p 486.

²⁸⁴ Si tratta di vecchia distinzione, sorta negli anni immediatamente successivi l'entrata in vigore della Costituzione, attraverso la quale si cercava di negare, da parte di giuristi conservatori tesi a depotenziare la carica innovativa della Carta fondamentale dello Stato, il carattere precettivo delle disposizioni costituzionali, che invece, contenendo unicamente principi direttivi rivolti al futuro legislatore, erano inadeguate alla regolamentazione diretta di rapporti intersubiettivi. In generale sul tema SORRENTINO, in *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, a cura di G. Amato ed A. Barbera, p 127 ss; a proposito della rinnovata proposizione della distinzione in tema di abuso d'ufficio GROSSO, *Condotte ed eventi...*, cit., p 335.

²⁸⁵ Così BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 95; MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 1999, sub art. 323, 1824.

obiettare come, soprattutto nella giurisprudenza amministrativa, alla norma sia stato da sempre attribuito valore immediatamente condizionante le condotte dei singoli amministratori, tenuti al rispetto, nello svolgimento delle loro attività, dei criteri suindicati, come dimostra, del resto la possibilità di invocare tali parametri come criteri cui commisurare, ad esempio, l'illegittimità degli atti o dei provvedimenti, proprio attraverso il vizio dell'eccesso di potere²⁸⁶.

Bene si argomenta, invece, quando dalla differenza tra norme programmatiche e norme precettive si passa invece a considerare la ben più pregnante (e se vogliamo anche meno anacronistica) distinzione, almeno per il discorso che si vuole portare avanti, tra norme che contengono "regole" e norme che contengono "principi": mentre le prime rappresentano «schemi di valutazione dei comportamenti umani a contenuto tendenzialmente determinato, la cui applicazione richiede il compimento di un'operazione di mera sussunzione della fattispecie concreta all'interno del modello normativo astratto», le seconde, invece «non contengono al loro interno una disciplina compiuta e autosufficiente dei fenomeni da essi regolati, ma presuppongono il necessario svolgimento di una successiva attività di concretizzazione da parte del legislatore o dell'interprete»²⁸⁷.

Premesso che in entrambe le tipologie di norme è possibile riscontrare un carattere "precettivo"²⁸⁸, poiché entrambe comunque forniscono dei modelli di comportamento cui il soggetto è tenuto ad uniformarsi, è evidente come la mancanza di autonomia descrittiva dei principi, la loro irriducibilità a fattispecie autosufficienti cui poter attingere per stabilire in anticipo la condotta vietata, li

²⁸⁶ In dottrina soprattutto GAMBARDELLA, *Considerazioni...*, cit., 2340; in diritto amministrativo v. BARONE, voce *Discrezionalità* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, 1989, XI, p 1.

²⁸⁷ TESAURO, *op. ult. cit.*, p. 486.

²⁸⁸ GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, p. 2341; ID, *Il controllo del giudice penale...*, cit., p 285, ove l'Autore afferma che «sebbene non possano farsi coincidere i concetti di norma e di principio, e dunque non si possa contestare la distinzione nei suoi fondati presupposti dogmatici, ciò non toglie, però, che si tratti di una distinzione interna al concetto di norma, appartengono cioè al "genere" delle norme: ossia enunciati del discorso precettivo rivolti alla guida del comportamento...le norme di principio costituiscono, in pratica, soltanto una specie particolare di norma giuridica perché contraddistinte da tratti peculiari...»; nello stesso senso, ma teso ad escludere la rilevanza dei principi ai fini della fattispecie di abuso, nel senso anche qui prospettato, PAVAN, *op. cit.*, p 285; in generale BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p 890 ss.

rende facilmente vulnerabili se inseriti in un sistema, come quello penale, in cui la determinatezza è requisito fondante ed essenza della validità delle norme incriminatrici ed in cui non è possibile ricorrere all'attività dell'interprete per identificare, di volta in volta, in quei "contenitori di precetti in attesa di espansione"²⁸⁹ costituiti dai principi, la regola specifica da applicare al caso concreto, se non al caro prezzo di una caduta verticale in termini di certezza e di garanzia e della conseguente frustrazione delle possibili finalità riconnesse all'applicazione della sanzione criminale²⁹⁰. Il carattere precettivo dell'art. 97 1° co. della Costituzione e di tutte quelle norme che contengono "clausole generali di copertura" è confermato dall'evoluzione storica dello stesso diritto amministrativo, che rappresenta quel ramo del diritto ove più cospicuo è l'impiego in sede giudiziaria non solo di tali principi ma anche e soprattutto di regole non direttamente formalizzate a livello positivo, dando vita a quello che icasticamente è stato definito come un sistema di regole fondato in larga parte su una "legalità senza legge"²⁹¹; quando si passa a considerare il settore del diritto penale, la regola contenuta dall'art. 25, co 2° Cost. innalza una barriera contro la forza espansiva connaturata nei principi e nelle regole generali, dimodochè è possibile affermare che se all'art. 97 1° co Cost. va riconosciuto un indubbio valore qualificante l'intera organizzazione dell'apparato amministrativo, la sua efficacia è destinata a limitarsi, nel diritto penale, a criterio selettivo delle condotte tipiche solo per quanto riguarda il versante del bene giuridico tutelato dalle norme che prevedono in generale i delitti contro la p.a. ed in particolare l'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.²⁹²; ma non potrà in alcun modo contribuire alla

²⁸⁹ L'espressione è di TESAURO, *op. ult. cit.*, p 488, al quale si rimanda anche per alcune interessanti ricognizioni ed osservazioni personali in tema di teoria generale del reato.

²⁹⁰ Aspetto ben evidenziato, a proposito dell'abuso, da BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit. p 99, il quale concentrandosi soprattutto sull'aspetto general-preventivo riconnesso alla minaccia della sanzione penale, afferma come «è sempre vero - qualunque sia il destinatario delle norme incriminatrici - che le prescrizioni penali, solo se formulate in modo chiaro e preciso, possono esercitare un'adeguata funzione deterrente:l'effetto generalpreventivo di una norma incriminatrice è infatti precluso quando la legge è imprecisa, non potendo produrre nessun effetto di intimidazione qualora il destinatario della norma non sappia, né possa sapere ciò che gli è vietato sotto minaccia di pena».

²⁹¹ TESAURO, *op. ult. cit.*, p 490.

²⁹² BAFFI, *op. cit.*, p 279.

determinazione della tipicità per quanto riguarda l'aspetto delle condotte poste in essere "in violazione di legge".

La chiave di lettura finora prospettata, se indubbiamente paga un prezzo, secondo molti elevato, in termini di aderenza rispetto a criteri di opportunità politico criminale, poiché non è francamente negabile la valenza offensiva delle condotte attraverso le quali l'uso discrezionale del potere viene deviato verso obiettivi incompatibili con le finalità pubbliche cui si è istituzionalmente tenuti, in maniera tale che risulta significativamente indebolita la tutela penale del bene giuridico dell'imparzialità della p.a., è comunque in grado di soddisfare le esigenze di tassatività affermate dall'art. 25 co 2° Cost., sulla cui preminenza rispetto a qualunque esigenza di politica criminale non si può seriamente discutere, a meno di non voler riconsiderare i rapporti che hanno oramai visto cristallizzarsi il ruolo del diritto penale proprio come l'insormontabile limite della politica criminale²⁹³, nel senso di un diritto penale che, «non tutela già l'ordinamento giuridico, né la collettività, bensì proprio quegli che ad essa si ribella. Esso gli accorda una assicurazione scritta, in base alla quale egli verrà punito soltanto ove ne ricorrano i presupposti legali e soltanto entro i limiti stabiliti dalle leggi»²⁹⁴.

Oltretutto la necessità di apprestare una efficace tutela anche contro possibili forme di eccesso di potere può essere soddisfatta, anziché assecondando una formulazione lessicale sicuramente non felice da parte del legislatore²⁹⁵, intervenendo proprio a livello di regolamentazione dell'attività amministrativa, attraverso disposizioni che in maniera precisa siano in grado di fornire paletti entro i quali l'esercizio del potere discrezionale debba essere esercitato: se è vero infatti che discrezionalità non è assoluta libertà di scelta da parte dell'amministrazione pubblica, nulla esclude la possibilità di ricondurre al

²⁹³ PAVAN, *op. cit.*, p 293.

²⁹⁴ VON LISZT, *op. e loc. ult. cit.*

²⁹⁵ Sul punto MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 20-21: «Se...l'intenzione fosse stata realmente e, soprattutto, univocamente, quella di togliere l'eccesso di potere dall'ambito della tutela offerta dal nuovo art. 323 c.p., sarebbe stato quanto meno opportuno aggiungere una importante precisazione che avrebbe reso realmente impossibile il riferimento all'art. 97 Cost. – come pare fosse previsto in alcuni testi di legge – nel senso di formulare nel modo seguente la norma "in violazione di *specifiche* norme di legge o di regolamento"».

concetto di violazione di “norme di legge” anche la violazione di disposizioni che con sufficiente precisione siano in grado di descrivere elementi, valori ed interessi sulla base dei quali un determinato potere discrezionale debba essere esercitato; eloquente esemplificazione di tale *modus operandi* lo si è avuto con la l. 241/90, che ha stabilito, attraverso l’art. 3 come «*ogni provvedimento amministrativo...deve essere motivato...la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione*», trasformando, così, una delle tipiche “figure sintomatiche” dell’eccesso di potere, vale a dire uno di quegli elementi, che in assenza di regole precise, era comunque in grado di condizionare il giudizio della legittimità dell’atto sotto il profilo dell’eccesso di potere, in una vera e propria prescrizione normativa, la cui violazione, senza dubbio alcuno, costituirà, insieme agli altri elementi di fattispecie, valida base per una incriminazione ai sensi dell’art. 323 c.p.²⁹⁶.

Dunque, senza dover necessariamente sacrificare i fondamentali principi di garanzia del sistema penale, la strada percorribile per colmare vuoti di tutela di fronte a gravi forme di abuso e di sfruttamento privato degli uffici pubblici, deve essere quella di una progressiva attuazione del principio di legalità della funzione amministrativa, nel senso della necessaria prescrizione, a livello di norme connotate da sufficiente tasso di precisione, delle condizioni di validità dell’esercizio dell’attività, anche quando contrassegnata dal carattere della discrezionalità²⁹⁷.

SEGUE: LA VIOLAZIONE DI NORME DI LEGGE

La linea interpretativa finora tracciata, secondo la quale l’art. 25 co 2° Cost. opererebbe come limite ad ogni ipotesi di ricostruzione ermeneutica tendente a far rientrare nell’art. 323 c.p. anche la violazione di norme a contenuto generico o di

²⁹⁶ Così BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 94-95.

²⁹⁷ BENUSSI, *op. ult. cit.*, p 100; PAVAN, *op. ult. cit.*, p 291 ss.

principio, per tal via riaprendo la strada al vizio dell'eccesso di potere, rende meno aspra, anzi scarsamente significativa, la diatriba dottrinarica intorno al possibile accostamento tra la "violazione di legge" come vizio di legittimità del diritto amministrativo e la "violazione di norme di legge o di regolamento" cui il legislatore del '97 affida il compito di selezionare le condotte rilevanti ai sensi dell'art. 323c.p.²⁹⁸; più in generale rende superflua, limitatamente a questo ed a simili casi, anche la disputa sull'autonomia dei concetti propri del diritto penale rispetto a quelli provenienti da altri settori e rami del diritto²⁹⁹, nel senso che l'autonomia del diritto penale, in questo caso, viene sancita attraverso l'applicazione di una regola di validità del sistema, quella della determinatezza delle fattispecie incriminatrici appunto, che impone all'interprete di considerare soddisfatto il requisito in parola solo di fronte a *specifiche* norme di legge, norme che cioè disciplinino in maniera sufficientemente determinata i momenti in cui si esplica l'attività amministrativa, sia essa di natura vincolata (nel qual caso le due espressioni possono effettivamente considerarsi coincidenti), sia essa di natura discrezionale (nel qual caso è necessaria la presenza di una norma che individui con esattezza i presupposti di quell'attività, trasformando i relativi vizi di eccesso di potere, che nel settore amministrativo potranno continuare a considerarsi tali, in vere e proprie violazioni di norme di legge ai sensi dell'art. 323 c.p.); le norme possono riguardare anche l'attività materiale della pubblica amministrazione, nel qual caso l'accostamento tra i due sintagmi, quello tipico del settore amministrativo e quello contenuto nel testo dell'art. 323 c.p., appare del tutto fuori

²⁹⁸ Assolutamente contrari alla sovrapposibilità dei due concetti PAGLIARO, *L'antico problema...*, cit., p 108, secondo il quale il testo dell'art. 323 c.p. non alluderebbe al vizio di violazione di legge bensì alla gerarchia delle fonti del diritto, di cui all'art. 1 delle preleggi, con il significato di escludere gli usi come possibile fonte della regola da violare per integrare il delitto in parola; GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, p 2336; PAVAN, *op. cit.*, p 290; BENUSSI, *I delitti...*, cit., p 573; la circostanza per cui, anche chi propende nettamente per l'esclusione del vizio di eccesso di potere come possibile illegittimità rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., è portato poi ad escludere la coincidenza fra i due sintagmi (BENUSSI, PAVAN), dimostra evidentemente, come la limitazione imposta dall'interpretazione tesa a ricomprendere solo la violazione di norme specifiche tra quelle rilevanti in tema di abuso, non si ricolleghi ad una presunta dipendenza della norma penale rispetto ai concetti propri del diritto amministrativo, tale da limitare l'autonomia del diritto penale, e da degradarlo a semplice "diritto sanzionatorio", ma ribadisca, anzi, proprio l'autonomia del sistema penale, affermando l'esigenza di un rigoroso rispetto del principio di determinatezza come criterio fondante dell'impianto punitivo e come regola generale di validità delle fattispecie incriminatrici.

²⁹⁹ sul punto MANNA, *Abuso d'ufficio...*, cit., p 36 ss

luogo, non essendoci alcun atto in senso tecnico cui ancorare il vizio di violazione di legge.

Ciò premesso, il concetto di “legge” ai sensi dell’art. 323 c.p. risulta comprensivo sia della legge *formale* (leggi costituzionali, leggi ordinarie, leggi regionali e delle provincie autonome), sia degli atti normativi, aventi forza di legge, e riconducibili al concetto di legge in senso *materiale* (decreti legislativi e decreti legge), purché si tratti di atti normativi sufficientemente determinati, che siano cioè in grado di descrivere puntualmente il modello di condotta cui il pubblico agente è tenuto a conformarsi³⁰⁰.

Tale assunto rappresenta orientamento costante della giurisprudenza sin dalle prime pronunce di legittimità dell’art. 323 c.p. come riformato nel ’97, secondo la quale, la norma violata non deve essere genericamente strumentale alla regolarità dell’azione amministrativa, ma deve vietare puntualmente il comportamento del p.u. o dell’i.p.s.³⁰¹.

Con riferimento, dunque, all’attività vincolata della p.a., potranno essere inquadrati sotto lo schema della violazione di legge tutti i vizi dell’atto relativi alla forma, al contenuto o all’oggetto dell’atto, ovvero al suo procedimento di formazione: se dunque la norma di legge che regola l’attività della p.a. richiede, ad esempio, l’acquisizione di un parere per l’emanazione di un atto, ne rappresenterà senz’altro violazione il provvedimento posto in essere in assenza del prescritto parere³⁰², nonostante alcune pronunce in cui la Suprema Corte ha affermato l’irrelevanza delle violazioni di norme a carattere meramente procedimentali, come ad esempio quelle che impongono all’amministrazione di tenere conto delle memorie o dei documenti prodotti dal privato, o di motivare l’atto amministrativo³⁰³. L’assunto, che si baserebbe sulla rilevanza di tali norme

³⁰⁰ BENUSSI, *op. ult. cit.*, p573.

³⁰¹ Vedi *supra* in nota.

³⁰² BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit. p 70.

³⁰³ Cass. 22 gennaio 1998, Toshes, cit; ID 5 agosto 1999, Nacci, in *Riv. pen.*, 2000, p 173, con la quale la Corte ha escluso la configurabilità del reato in esame nel comportamento di un soggetto, componente di una commissione esaminatrice, che aveva immotivatamente e reiteratamente fatto rinviare lo svolgimento di prova d’esami, allo scopo di favorire un determinato candidato.

solo interna al procedimento, per cui non inciderebbero sulla fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali, oggetto della valutazione amministrativa, secondo parte della dottrina³⁰⁴ non può essere condiviso, poiché, si dice, oltre ad essere contenute in norme di legge, spesso è proprio dalla violazione di tali disposizioni che si realizza l'evento costitutivo della fattispecie; poiché la norma sull'abuso costituisce oggi fattispecie causalmente orientata³⁰⁵, ciò che rileva non è tanto il carattere sostanziale o meramente procedimentale della norma violata, quanto la sua efficienza causale in ordine alla produzione del risultato voluto dalla norma incriminatrice³⁰⁶: si pensi al caso dell'amministrazione che, dopo aver contestato un addebito ad un proprio dipendente, irroghi la relativa sanzione senza lasciar trascorrere il termine per consentirgli di presentare proprie deduzioni³⁰⁷.

Più in generale è stato affermato come l'esclusione dall'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. delle norme a carattere procedimentale risulterebbe in contrasto con le moderne concezioni del procedimento amministrativo, considerato non più come semplice sequenza di atti preordinati all'emanazione del provvedimento finale, ma come il luogo in cui si realizza la vera e propria "legalità" dell'agire amministrativo.

A proposito del difetto di motivazione si registrano, soprattutto nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativistica, opinioni contrastanti, nonostante come si è avuto modo di segnalare, dal 1990, attraverso l'art. 3 della l. n. 241, sia stato previsto l'obbligo di motivazione per ogni provvedimento della p.a., salvo per gli atti normativi e quelli a contenuto generale: a fronte della situazione pre-riforma del 1990, in cui si sosteneva la presenza del vizio di violazione di legge solo se l'obbligo di motivazione era espressamente sancito dalle disposizioni che

³⁰⁴ BENUSSI, *I delitti...*, cit., 575; DI MARTINO, *op. cit.*, p 251-252

³⁰⁵ Sulla necessità che il delitto di abuso d'ufficio vada considerato come «reato causalmente orientato, nel senso che deve sussistere un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione di legge o di regolamento, posta in essere dall'agente, e l'evento», cfr. Cass, 5 luglio 2000, Cecconi, in *Guida al dir.*, 2000, dossier n. 8, p 123 ss.

³⁰⁶ Sul punto BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁰⁷ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 75.

regolavano una particolare attività, negli altri casi ricavando nel difetto di motivazione solo un “sintomo” dell’eccesso di potere, dopo la 241/90, mentre la maggior parte della dottrina ha affermato il carattere vincolante di quella disposizione in grado di inficiare per violazione di legge ogni atto emanato in assenza di motivazione o con motivazione priva dell’indicazione dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato il provvedimento, la giurisprudenza ha continuato ad affermare che, in mancanza di specifiche disposizioni da cui desumere l’obbligo in parola, il difetto di motivazione dovrà continuare ad essere considerato come figura sintomatica di eccesso di potere³⁰⁸.

Nella dottrina penalistica, si è invece affermato il carattere vincolante dell’art. 3 l. 241/90 che soddisferebbe i requisiti di precisione richiesti per l’applicazione dell’art. 323 c.p., almeno con riferimento alle ipotesi di omessa motivazione o di motivazione priva delle indicazioni dei presupposti che sono alla base della decisione; rimarrebbero confinati nell’ambito dell’eccesso di potere, come tali irrilevanti ai sensi del delitto di abuso d’ufficio, tutti gli altri vizi della motivazione che non trovano espressa menzione nella suindicata disposizione, come nei casi di motivazione incongrua, contraddittoria o falsa ecc³⁰⁹.

³⁰⁸ T.A.R. Sardegna, 14 maggio 1996, n. 683, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 2904, secondo cui «con l’entrata in vigore della...l. 241/90, la quale...ha espressamente introdotto l’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, si è da più parti ritenuto che il difetto di motivazione abbia mutato natura giuridica, configurandosi, oramai, in tutti i casi, come una violazione di legge...tale orientamento non sembra condivisibile...premesso che il dovere di motivare non può riferirsi che ai provvedimenti discrezionali...non sembra che a tale norma, la quale sostanzialmente si limita ad esplicitare un principio giurisprudenziale già consolidato, possano essere riconosciuti significativi effetti su quelli che sono i tradizionali principi regolatori dell’attività amministrativa discrezionale...»; ben diversa l’impostazione adottata dalla giurisprudenza penale secondo la quale la mancanza di motivazione del provvedimento integra sempre il vizio di violazione di legge rilevante ai sensi dell’art. 323 c.p.: cfr. Cass., 19 novembre 1999, Stagno D’alcontres, in *Riv. pen.* 2000, p. 612; e Trib. Milano, 26 settembre 1998, Arioli, in *Guida al dir.*, 1998, n. 46, p. 48, per il quale «la mancanza di motivazione del provvedimento amministrativo non integra il vizio di “eccesso di potere”, come tale irrilevante secondo il nuovo testo dell’art. 323 c.p., bensì costituisce “violazione di legge” rilevante ai fini del nuovo abuso d’ufficio poiché, in seguito alla previsione dell’art. 3 della l. 241/90 che ha prescritto l’obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi, risultano viziati per violazione di legge e non per eccesso di potere gli atti che non rispettano tale obbligo».

³⁰⁹ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p. 73 ss.

Per contro dovrà ritenersi irrilevante, per quanto prima detto, ogni violazione di norme di rango primario dal contenuto generico, che riguardino in via del tutto programmatica i criteri di legalità, efficacia, economicità, pubblicità dell'attività amministrativa, ma dalle quali non è possibile ricavare precise regole di condotta in grado di soddisfare l'esigenza di determinatezza della fattispecie penali (es. l'art. 1 della l. 241/90)³¹⁰; non condivisibile appare un recente orientamento della Cassazione³¹¹, che, partendo dall'evoluzione giurisprudenziale in tema di risarcibilità del danno conseguente alla violazione di interessi legittimi ex art. 2043 c.c., per cui tale norma non sarebbe più una norma secondaria sanzionatrice di una condotta vietata da altre norme, bensì norma primaria volta ad apprestare la riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'altrui attività³¹², ha affermato, in caso di attività amministrativa illegittima, come tale non in grado di giustificare la lesione dell'interesse del singolo, e ricadente dunque nella previsione dell'art. 2043 c.c., come tale norma «*letta in congiunzione con le specifiche previsioni inerenti all'interesse protetto di volta in volta lesa, risponde certamente ai requisiti di positività delle "norme di legge o*

³¹⁰ Si tratta, in sostanza, di disposizioni che riprendono, a livello di legge ordinaria, quanto disposto dall'art. 97 1° co. Cost.; in quanto violazione di specifiche norme di legge che presidono lo svolgimento delle funzioni del pubblico dipendente (art. 13 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, secondo cui nei rapporti con i colleghi questi deve ispirarsi al principio di un'assidua e solerte collaborazione), integra il reato di abuso d'ufficio, ad es., il comportamento del pubblico dipendente che intenzionalmente ponga in essere atteggiamenti persecutori e vessatori nei confronti dei subordinati (Cass., 19 marzo 1999, Sanna, in *Guida al dir.*, 1999, n. 18, 86; Id, 19 aprile 2000, Genazzani, in *Riv. pen.*, 2000, p. 575); così come integra il reato *de quo* la condotta di un commissario d'esami che riveli ad un candidato il titolo della prova scritta di un concorso pubblico, visto il dovere del segreto d'ufficio per i dipendenti della p.a. sancito dall'art. 28 l. 241/90 (Cass., 27 agosto 1999, Cianetti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2245); anche il comportamento del commissario d'esame di un pubblico concorso che, a fronte del risultato sostanzialmente equivalente della prova orale sostenuta da due candidati assegna un voto sensibilmente diverso e, al momento della valutazione dei titoli, si rifiuta di prenderli in considerazione dopo aver riscontrato la maggiore consistenza numerica di quelli prodotti dal candidato "inviso", in quanto in contrasto con l'art. 20 della l. 93/1983, integrerà l'aspetto materiale dell'art. 323 c.p. (Cass., 19 ottobre 1999, Petriano, in *Cass. pen.*, 2001, p. 380).

³¹¹ Cass., 19 aprile 2000, Genazzani, cit., che ha ritenuto integrato il reato di abuso d'ufficio attraverso il comportamento del titolare di una cattedra universitaria di medicina, il quale, ledendo il risarcibile interesse sostanziale di un professore associato ad una compiuta estrinsecazione della propria professionalità, cui si collega l'interesse legittimo ad essere assegnato all'espletamento di determinate mansioni comprendenti l'attività di sal operatoria, lo aveva escluso da detta attività.

³¹² Cass. S.U. civili, 26 marzo – 22 luglio 1999, n. 500, in *Guida al dir.*, 1999, n. 31, p. 36.

regolamento” la cui violazione rileva ai sensi dell’art. 323 c.p.»; è ovvio, infatti, che attribuendo efficacia tipizzante alla violazione di una norma generalissima quale quella contenuta nell’art. 2043 c.c., si finisce col rimettere nelle mani della discrezionalità del giudice la scelta delle condotte penalmente rilevanti, in evidente contrasto con quanto finora detto a proposito del carattere necessariamente determinato delle disposizioni la cui violazione rileva ex. art. 323 c.p.³¹³.

Rientrano nella formula “norme di legge” anche le norme a contenuto disciplinare, cioè quelle disposizioni relative ai dipendenti pubblici contemplate nel T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.p.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (e che stabiliscono, ad esempio, determinate incompatibilità tra la funzione ricoperta e l’assunzione di determinati incarichi); ovviamente la violazione di tali norme sarà rilevante in quanto connessa da un lato all’esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio, dall’altro alla produzione dell’ingiusto evento contemplato dall’art. 323 c.p.³¹⁴: solo apparentemente, dunque, sembra contraddire la rilevanza delle disposizioni disciplinari, la Cassazione quando afferma che *«la semplice violazione di norme disciplinari...se non si traduce in una situazione concretamente lesiva delle finalità istituzionali dell’ufficio non vale di per sé ad integrare il reato di abuso di cui all’art. 323 c.p.»*, poiché nel caso concreto sottoposto alla sua valutazione, e che riguardava la vicenda di un ispettore che, nel corso di una verifica fiscale presso un’azienda, aveva concordato per l’avvenire prestazioni di consulenza in favore di quest’ultima dietro corrispettivo, non era emersa alcuna violazione dei doveri di efficacia e di imparzialità, né alcuna altra strumentalizzazione della funzione concretamente svolta al fine di conseguire il futuro incarico,

³¹³ In questo senso BENUSSI, *I delitti...*, cit., p 578-579; BAFFI, *op. cit.*, p 280-281.

³¹⁴ BENUSSI, *op. ult. cit.*, p 574; rientrano nell’ambito delle norme di legge rilevanti ai sensi dell’art. 323 c.p., anche le disposizioni, come quella contenuta all’art. 14 d.p.r. n. 128/1969 sulla violazione del dovere di fedeltà alla p.a., che stabiliscono determinati doveri professionali: integrerà, ad esempio, l’aspetto materiale dell’abuso d’ufficio, la condotta del medico appartenente a struttura pubblica che “dirotti” i propri pazienti verso una clinica privata (cfr. DI MARTINO, *op. cit.*, p 252).

confermando, appunto *a contrario*, la rilevanza della violazione di norme disciplinari se connesse allo svolgimento dell'incarico pubblico³¹⁵.

Nel concetto di violazione di legge rientra anche la violazione di norme penali, diverse da quella che incrimina l'abuso, come nel caso del p.u. che si renda responsabile di una falsa attestazione, punibile ai sensi dell'art. 479 c.p.³¹⁶, così come la violazione di norme processuali, come quelle che disciplinano l'acquisizione di sommarie informazioni da parte di persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 350 co 3 c.p.p.), o quelle che disciplinano i presupposti o le modalità di documentazione delle perquisizioni (artt. 352, 357, co 2 lett. d c.p.p.)³¹⁷.

Di recente è stata ritenuta sussistente l'integrazione del reato di abuso di ufficio attraverso la violazione dell'art. 97 co 3° Cost.³¹⁸, secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, sul presupposto che la disposizione in esame, sebbene rivesta la natura di norma programmatica nei confronti del legislatore, sarebbe tuttavia precettiva per la p.a., nel senso che la regola stabilita sarebbe di generale ed immediata applicazione, mentre solo la previsione di eventuali eccezioni è demandata alla regolamentazione mediante formazione primaria: la vicenda, che nel caso specifico riguardava la condotta di un sindaco di un comune che aveva proceduto all'assunzione con contratto di lavoro a tempo determinato di settantacinque unità di personale selezionate in base a vincoli di parentela o di accordi spartitori fra le forze politiche, senza ricorrere a procedure concorsuali di valutazione comparativa, in realtà, trova una sua completa e dettagliata regolamentazione a livello di legge ordinaria, in particolare dall'art. 36 d. leg. 3 febbraio 1993, n. 29, in base al quale «l'assunzione agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni avviene a) per concorso pubblico per esami, per titoli, per titoli ed esami, per corso-concorso, o

³¹⁵ Cass. 4 giugno 1996, Spisani, in *Riv. pen.*, 1996, p 1365.

³¹⁶ Cass. 30 gennaio 2001, Pasino, in *Cass. pen.*, 2002, 248.

³¹⁷ Sul punto DI MARTINO, *op. cit.*, p 253.

³¹⁸ Cass., 26 febbraio 2002, Marcello, in *Foro it.*, 2003, con nota critica di TESAURO, *I rapporti tra art. 323 c.p. e art. 97 Cost.*, cit. p 483 ss.

per selezione mediante lo svolgimento di prove volte all'accertamento della professionalità richiesta; b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento; c) mediante chiamata numerica degli appartenenti alle categorie protette. Il concorso pubblico deve svolgersi con modalità che ne garantiscano l'imparzialità, la tempestività, l'economicità e la celerità di espletamento»; ed in maniera ancora più specifica, con riferimento alle assunzioni a tempo determinato del personale dipendente degli enti locali, dall'art. 9 d.p.r. 25 giugno 1983, n. 347, che, rinviando sul punto alla disciplina prevista dagli accordi sindacali, prescrive il ricorso a graduatorie formate dagli uffici di collocamento o stilate dall'ente stesso in base a prove o titoli; ciononostante, la Cassazione considera la violazione dell'art. 97 3° co. Cost già di per sé idonea ad integrare l'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio, affacciandosi nuovamente a pericolose aperture verso l'immediata utilizzazione di parametri troppo generici per garantire il rispetto del principio di determinatezza³¹⁹.

SEGUE: LA VIOLAZIONE DI NORME DI REGOLAMENTO

La condotta penalmente rilevante può essere realizzata anche attraverso la violazione di norme contenute in regolamenti. La scelta di circoscrivere unicamente alla legge ed alle norme regolamentari le possibili fonti rilevanti perché si configuri la fattispecie di abuso si spiega con il carattere di maggior valore formale che tali categorie di atti produttivi di norme e regole presentano rispetto agli altri strumenti normativi presenti nel panorama delle fonti, e dunque con la loro capacità di assicurare maggiore certezza e conoscibilità delle regole la cui violazione possa, in presenza degli altri requisiti di fattispecie, realizzare un fatto penalmente rilevante³²⁰. Anche per i regolamenti, del resto, devono essere

³¹⁹ TESAURO, *op. ult. cit.*, p 483.

³²⁰ BENUSSI, *I delitti...*, cit., p 571; negli stessi termini si è espressa la Cassazione affermando che «la legge e il regolamento si caratterizzano...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...E proprio in relazione a detti caratteri, si spiega che il legislatore del 1997...abbia fatto ricorso a categorie di atti aventi efficacia erga

ripetute tutte le precisazioni valide per le fonti primarie, nel senso che si deve trattare di norme di natura regolamentare tese a disciplinare concreti aspetti dell'attività della p.a., senza che possano assumere rilievo norme genericamente concernenti i parametri di legittimità e di efficienza nello svolgimento delle pubbliche funzioni o dei pubblici servizi, si deve trattare di norme la cui violazione si ricollega causalmente alla produzione dell'evento di danno o vantaggio patrimoniale ingiusto richiesto dall'art. 323 c.p., deve trattarsi di norme, di natura sostanziale, procedimentale o anche solo disciplinare, che si ricolleghino, tuttavia, all'esercizio della funzione o del servizio, non essendo sufficiente un mero rapporto di occasionalità tra la norma violata e l'attività posta in essere dal p.u. o dall'i.p.s.

Rispetto alla violazione di norme di legge, su cui non si incontrano significativi contrasti dottrinari, nel senso che alla nozione di legge vanno sicuramente ricondotte tante le leggi in senso formale (leggi ordinarie, leggi regionali e delle province autonome) quanto quelle in senso materiale (decreti legge e decreti legislativi di cui agli artt. 76 e 77 Cost), rimanendo escluse tendenzialmente le leggi e le norme Costituzionali solo per difetto di determinatezza, non certo per l'impossibilità "lessicale" di includerle nel sistema delle fonti di cui all'art. 323 c.p., la nozione di regolamento risulta sicuramente meno afferrabile, poiché, come è stato efficacemente segnalato, «il termine viene assunto in una tale varietà di significati da rendere assai ardua la prospettazione unitaria di tutto ciò che in esso viene ricompreso³²¹». Dunque, rispetto alla norme regolamentari, la ricostruzione ermeneutica della fattispecie di abuso si presenta sicuramente segnata da un maggiore grado di difficoltà: al di là della nozione più ristretta ed intuitiva di regolamento, che lo identifica con gli atti normativi di portata generale posti in essere dai vertici del potere esecutivo, sono presenti, nella multiforme varietà di atti normativi di portata generale posti in essere dai più disparati organi dello

omnes, in relazione ai quali meglio possono giustificarsi la gravità della sanzione penale e quella presunzione di conoscenza della regola violata che ne è il fondamento», cfr. Cass, 18 novembre 1998, Tilesi, Riv. trim. dir. pen. ec., 1999, p 623.

³²¹ CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p 605.

Stato³²², numerosi tipi di provvedimenti che, secondo la dottrina, rivestono natura “regolamentare” nonostante la loro diversificata denominazione, come le ordinanze, i decreti, i bandi, le istruzioni, gli statuti e via discorrendo³²³. In sede di primi commenti dell’art. 323 c.p. a seguito della riforma, non sono mancate aspre critiche mosse al legislatore per l’utilizzo di un termine che non si contrassegna né per la sua precisione, né, soprattutto, per la sua univocità, e si sono profilati scenari ben poco entusiasmanti, in cui «i processi per abuso di ufficio diventano “contenitori stralunati di squisite diatribe giuridiche sulla natura di un determinato atto e di dotte disquisizioni sulla rilevanza della “forma” e la portata del “contenuto”»³²⁴.

La Corte di Cassazione ha ritenuto di poter identificare il concetto di regolamento con riferimento ai soli atti che abbiano i caratteri formali della generalità e dell’astrattezza ed il regime giuridico del “regolamento”³²⁵ ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, che, com’è noto, ha completamente rivisitato la materia in tema di esercizio della potestà regolamentare del Governo: la legge, in particolare, prevede tre classi di regolamenti che possono essere emanati dal Governo o dai singoli Ministri, quelli *governativi*, quelli *ministeriali* e quelli *interministeriali*,

³²² In questi termini DE FRANCESCO, *op. cit.*, p 1635, che evidenzia come «una simile categoria è destinata a racchiudere figure e tipologie normative notevolmente eterogenee, sia in quanto ad organo di provenienza, sia quanto a contenuto dispositivo»; e TANDA, *Abuso d’ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, p 2128 ss.

³²³ PADOVANI, *Commento...*, cit., p 571.

³²⁴ PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*; nello stesso senso DE FRANCESCO, *op. cit.*, secondo cui «ci si può domandare se sia stata davvero una scelta opportuna quella di “trasferire” nelle aule giudiziarie le difficoltà che s’incontrano nell’identificazione di una simile categoria di fonti normative...la macchina processuale...non potrà ricevere alcun vantaggio dallo svolgersi di dispute sottili circa la “natura” dell’atto posto a fondamento del dovere violato»; *contra* FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 248, secondo i quali «la formula...nono suscita particolari problemi di ordine interpretativo: essendo chiaro il concetto di regolamento, quale fonte di formazione secondaria tipica della pubblica amministrazione. Semmai obiezioni potrebbero 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...concorra alla descrizione dell’illecito penale per la determinazione di elementi significativi del fatto punibile».

³²⁵ Cass., 29 aprile 1999, Sarsi, in *Riv. pen.*, p 549, secondo la quale «ai fini della configurazione dell’elemento costitutivo in esame rileva soltanto la violazione di norme emanate con atti che abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento».

stabilendo anche una superiorità gerarchica dei primi rispetto agli altri. All'interno della categoria dei regolamenti *governativi*, l'art. 17 della l. 400/88 distingue quelli *esecutivi* di legge e di decreti legislativi; quelli *integrativi* di legge e decreti legislativi recanti disposizioni di principio; e quelli *praeter legem*, destinati a disciplinare fattispecie e rapporti fino a quel momento non disciplinati in alcun modo dalla legge o da atti equiparati. Al di fuori di queste categorie, è esclusa la possibilità di adottare regolamenti atipici, e dunque non possono avere più natura regolamentare i vari decreti presidenziali o ministeriali con i quali, ad esempio, vengono fissate tabelle, elenchi, tariffe, ecc.: in tutti questi casi, se dal preambolo dell'atto non risulta richiamato l'art. 17 della l. 400/88 e se non risulta che il Consiglio di Stato abbia espresso il necessario parere preventivo, è da ritenere che l'atto non possa rivestire natura regolamentare³²⁶.

A queste fonti, sempre secondo la Suprema Corte, andrebbero aggiunti anche i regolamenti emanati dalle Province e dai Comuni, ai sensi della l. 8 giugno 1990, n 142 (art. 4) che ha ampliato notevolmente lo spazio della potestà regolamentare di tali Enti, in relazione ai più diversi settori della vita amministrativa comunale e provinciale, come l'edilizia, la polizia urbana, lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, applicazione della tassa sulle concessioni comunali ecc³²⁷.

In termini ancora più generali, la Cassazione ha ritenuto di poter qualificare come regolamento rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. solo quelle fonti normative che siano approvate attraverso un *iter* regolamentare configurato da un provvedimento di legge e formalizzato con la qualifica espressa di regolamento, non essendo sufficiente il mero carattere di astrattezza e generalità, proprio anche di atti amministrativi di natura non regolamentare, come atti di programmazione, di pianificazione, ecc³²⁸.

³²⁶ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 77.

³²⁷ Cfr. Cass., 24 aprile 2001, Gallitelli, in *Cass. pen.*, 2002, p 247.

³²⁸ Cass., 3 ottobre 2000, Della Morte, in *Cass. pen.*, 2001, 1285.

In maniera contraria si è espressa tuttavia la dottrina³²⁹, che ritiene di poter includere nella nozione in parola tutti gli atti emessi in base ad ogni disposizione di legge che attribuisce potestà normativa ad un Ente pubblico, come i regolamenti organici di cui alla l. 20 marzo 1975, n. 70, e gli Statuti comunali e provinciali, che in quanto fonti sovraordinate rispetto ai regolamenti degli stessi enti locali, sicuramente rientrano nella categoria valida ai sensi dell'art. 323 c.p.³³⁰: a titolo esemplificativo, integrerà la condotta delineata dall'art. 323 c.p. il comportamento del pubblico funzionario che impedisca ad un consigliere comunale di ottenere notizie, informazioni e documenti utili all'espletamento del proprio mandato, in violazione della norma statutaria, ricorrente in quasi tutti gli statuti comunali, che impone tale obbligo³³¹.

Andrebbero ricondotti alla categoria del regolamento, anche gli atti amministrativi a contenuto generale emanati dai Ministri sotto forma di decreto in base a precise disposizioni di legge che stabiliscono i limiti di tale potestà normativa, nonostante la giurisprudenza abbia espresso, sul punto, parere contrario³³²; rivestono natura di regolamento anche gli accordi collettivi nazionali, resi esecutivi con d.p.r., come ad es. quelli resi esecutivi ai sensi dell'art. 48 2° co. l. 833/1978, disciplinanti i c.d. rapporti di lavoro convenzionale autonomo fra medici ed aziende di unità sanitarie locali³³³, o quelli resi esecutivi attraverso le disposizioni contenute nell'art. 32 d.P.R. n. 348 del 1983 e nell'art. 34 del d.P.R. n. 270 del 1987, relativi alla disciplina prevista dagli accordi sindacali per il trattamento del personale dipendente delle u.s.l.³³⁴.

³²⁹ BENUSSI, *I delitti...*, cit., p 579 ss; DI MARTINO, *op. cit.*, p. 253 ss; BAFFI, *op. cit.*, p 285 ss.

³³⁰ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 78, secondo il quale «nel loro contenuto si caratterizzano come atti normativi destinati a regolare le competenze ed i rapporti reciproci tra gli organi degli enti locali ed i cittadini».

³³¹ Cass., 28 maggio 1997, Di Ielsi, in *Guida al dir.*, 1997, n. 23, p 90.

³³² BENUSSI, *I delitti...*, cit., p 580.

³³³ Cfr. Cass., 31 marzo 2000, Stendardo, in *Cass. pen.*, 2001, 1284, con la quale si è stabilito che rispondono del reato in esame i componenti del Comitato di Gestione di una U.S.L. che abbiano stipulato convenzioni con biologi senza osservare le formalità prescritte dai predetti accordi collettivi; sul punto DI MARTINO, *op. cit.*, p 254.

³³⁴ BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

Il legislatore del '97, dopo una serie di passaggi parlamentari in cui in maniera intermittente appariva e spariva il riferimento esplicito alla violazione di norme sulla competenza, decide, nell'approvazione del testo definitivo di omettere quell'indicazione, non già per volontà di escludere tale violazione di norme, che tra l'altro nel settore del diritto amministrativo rappresenta uno dei possibili vizi tipici dell'atto (l'incompetenza, appunto), ma per la constatazione dell'evidente ultroneità della previsione, sicuramente confluyente nella più generale violazione di legge o di regolamento, cioè di quelle fonti che necessariamente regolano anche la disciplina della competenza³³⁵. Considerata la competenza secondo il significato organizzativo-formale³³⁶, cioè secondo la concezione per cui essa consiste in un «*criterio di organizzazione, in virtù del quale sono ripartiti tra diverse Autorità gli interessi pubblici e gli strumenti necessari per la loro attuazione, e costituisce misura e limite del potere di ciascun organo o ente*»³³⁷, la condotta consistente nella violazione di norme di legge o regolamentari sulla competenza potrà realizzarsi quando l'atto verrà posto in essere da un organo diverso da quello avente la potestà di provvedere, quando cioè il pubblico agente sconfini dalla propria sfera di attribuzioni ed invada quella relativa ad altro soggetto pubblico, a condizione che si tratti di *incompetenza relativa* (la quale a sua volta può distinguersi nelle tre specie della *incompetenza per grado, per territorio, e per materia*), posto che i casi di *incompetenza assoluta* integreranno la diversa fattispecie di usurpazione dei poteri ex art. 347 c.p.

³³⁵ La richiesta di inserire esplicitamente tale previsione (cfr. l'intervento dell'On.le Marotta alla Camera del 15 aprile 1997) era motivata, tra l'altro, per fare maggiore chiarezza non tanto sulla rilevanza della violazione di tali norme ai fini della configurazione dell'abuso d'ufficio, di cui francamente non si discuteva, quanto piuttosto sul versante dell'eccesso di potere, che in quanto unico vizio non menzionato nell'elencazione dell'art. 323 c.p., sarebbe sicuramente risultato irrilevante ai fini della configurazione del delitto in parola. Sul punto BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 80.

³³⁶ Il termine *competenza* può assumere anche un significato cd. soggettivo sostanziale, inteso come sfera o somma di attività attribuite dalla legge a ciascun organo; cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1945, p 131.

³³⁷ Cons. Stato, Sez V, 24 giugno 1976 n. 983, in *Riv. Cons. Stato*, 1976, I, p 781.

LE FONTI ESCLUSE DAL DETTATO DELL'ART. 323 C.P.

Tra le fonti escluse dal dettato dell'art. 323 c.p. e quindi dal suo ambito di rilevanza, figurano, ad esempio, le ordinanze con tingibili ed urgenti che possono essere emesse dal Prefetto o dal Sindaco (in qualità di ufficiale del Governo) in presenza di un'eccezionale, imminente ed improcrastinabile situazione di pericolo per un pubblico interesse, non fronteggiabile con gli ordinari mezzi apprestati dall'ordinamento: tali ordinanze, infatti, non costituiscono fonti legislative o regolamentari secondo i parametri sinora delineati, ma solo meri atti amministrativi³³⁸, aventi, tra l'altro, efficacia limitata nel tempo in relazione alla situazione di necessità che ne rappresenta il presupposto ed il fondamento³³⁹.

Del pari andrà esclusa la rilevanza della delibera CIPE, per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 17 4° co l. 400/88, che richiede, oltre al fatto che i regolamenti debbano essere espressamente denominati come tali, anche, lo si è visto, il previo parere del Consiglio di Stato ed il visto della Corte dei Conti.³⁴⁰ Non rientrano nella categoria delle norme regolamentari neanche le delibere comunali che fissano, ad esempio, il prezzo di sosta di aree di parcheggio private, dal momento che il d.p.r. n. 616 del 1997, che ha previsto il potere per i Comuni di autorizzare l'esercizio di tali attività, non dispone che le modalità di attuazione di tale potere siano delimitate da un previo regolamento³⁴¹.

³³⁸ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit. p 84.

³³⁹ Costituirà invece "violazione di norme di legge" rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., la condotta con la quale un tale atto (ordinanza di necessità ed urgenza) dovessero essere emanato in assenza delle condizioni richieste dalla singola norma attributiva del relativo potere. Cfr. Trib. Taranto, 19 marzo 1999, Cito, in *Foro it.*, 2000, p 487 ss., con nota di GIAMMONA, *Una decisione interessante in tema di abuso d'ufficio e di ordinanze di necessità e urgenza in materia di rifiuti*.

³⁴⁰ G.I.P. Trib. Roma, 22 dicembre 1997, Prodi, in *Cass. pen.*, 1998, 2186, n. 1263.

³⁴¹ Cass., sez. VI, 3 ottobre 2000, Della Morte, in *Cass. Pen.*, 2001, 2682, n. 1285.

Non assume natura regolamentare, e quindi rilevanza come fonte di norme la cui violazione può dar corpo all'elemento materiale dell'art. 323 c.p., il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (emanato, da ultimo, dal Presidente del Consiglio dei Ministri con il d.p.c. 28 novembre 2000), sempre per difetto dei requisiti imposti dalla 400/88 affinché un determinato atto normativo possa assumere la qualifica di regolamento³⁴²; risulterà estranea all'area di rilevanza ex art. 323 c.p. anche la violazione di circolari, essendo questi atti sforniti di vera e propria forza normativa, e consistendo invece in semplici atti di natura meramente interpretativa di norme preesistenti³⁴³ o in enunciazione di criteri tecnico-amministrativi la cui violazione può integrare, al massimo, il vizio di eccesso di potere, come tale irrilevante per la fattispecie di abuso d'ufficio³⁴⁴.

Per quanto riguarda la inosservanza di disposizioni contenute, ad es., in un bando di concorso, la stessa non dovrebbe rilevare per l'integrazione del delitto in parola, in quanto atto amministrativo di natura non regolamentare, con l'avvertenza, tuttavia, che la mancata valutazione obiettiva dei candidati risulterà comunque rilevante ai sensi dell'art. 20 della legge quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983, n. 93), che come si è avuto modo di constatare, impone che il reclutamento dei pubblici dipendenti avvenga mediante concorso, e che questo si sostanzia nella valutazione obiettiva del merito dei candidati accertato mediante l'esame dei titoli e/o delle prove selettive. Il cattivo uso, da parte dei commissari, dei poteri di valutazione dei candidati, escluderà il ricorso all'art. 323 c.p., in quanto attività viziata o da eccesso di potere, come tale irrilevante, o come vero e proprio vizio di merito, per definizione escluso da ogni possibilità di sindacato da parte del giudice penale³⁴⁵.

Senza dubbio dovrà escludersi la rilevanza di ordini o discipline, la cui violazione rilevante ai fini della colpa specifica (art. 43 c.p.), è estranea all'ambito di

³⁴² Cass. sez. VI, 24 settembre 2001, Nicita, in *Guida al dir.*, dossier n. 3, 2002, p. 81.

³⁴³ Così BENUSSI, *I delitti...*, cit., p. 584.

³⁴⁴ BAFFI, *op. cit.*, p. 287; in giurisprudenza cfr. Cass. sez. VI, 18 aprile 2002, Cirielli, in *Guida al dir.*, dossier n. 9, 2002, p. 69.

³⁴⁵ BAFFI, *op. e loc. ult. cit.*

operatività dell'art. 323 c.p., come confermato, del resto, dagli stessi lavori preparatori³⁴⁶.

Ipotesi controversa è quella relativa alla violazione dei cd. regolamenti interni o di organizzazione, cioè le norme emanate dagli enti pubblici per disciplinare il funzionamento o per definire l'esercizio delle relative funzioni, ove alla risposta negativa fornita dalla giurisprudenza di merito³⁴⁷, basate sulle solite argomentazioni che si riferiscono al difetto dei requisiti richiesti dalla l. 400/88, fa da contraltare l'opinione di parte della dottrina che ritiene possibile ricomprendere nella formula in esame anche la violazione dei regolamenti interni emanati dagli enti pubblici³⁴⁸.

Il caso più spinoso e controverso, tuttavia, è quello che riguarda la materia urbanistica, ed in particolare la possibilità di configurare l'abuso attraverso la condotta consistente nel rilascio di concessione edilizia illegittima, perché in violazione di quanto prescritto dagli strumenti urbanistici, come ad es. un piano regolatore. In giurisprudenza sono stati avanzati due opposti orientamenti sul punto: un primo filone interpretativo ritiene di non poter includere tali condotte nell'ambito di rilevanza dell'art. 323 c.p. in quanto gli strumenti urbanistici non rivestirebbero natura regolamentare, pur contenendo prescrizioni generali ed astratte, né sarebbe possibile prendere in considerazione le norme di legge che prevedono il rilascio della concessione edilizia in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, in quanto le stesse non conterrebbero in sé in modo concluso la disposizione ritenuta violata, ma rinviando ad atti della più varia natura e del più vario contenuto, renderebbero quanto mai ampia ed indefinita l'area del penalmente rilevante: dunque, partendo dal rilievo per cui l'abuso d'ufficio può essere integrato, nel suo aspetto materiale, solo dalla violazione di norme di legge o di regolamento che contengano in modo compiuto la disposizione violata, escludono la sussistenza di tale requisito in norme che

³⁴⁶ In sede di approvazione del testo definitivo fu infatti soppressa la menzione degli "ordini o discipline" contenuta nel testo unificato del relatore On.le Siniscalchi. Sul punto BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁴⁷ Cfr. ad es. Trib. Milano, 15 gennaio 1998, Oglio, in *Ind. pen.*, 1998, p 50.

³⁴⁸ BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

rinviano ad atti di natura non regolamentare e dall'incerta collocazione sistematica all'interno delle fonti ordinarie, per la definizione nel caso concreto, della regola di condotta da rispettare³⁴⁹.

Un secondo orientamento, invece, senza soffermarsi ad esaminare la natura giuridica dei piani regolatori e degli altri strumenti urbanistici, concentra l'attenzione sulla normativa di rango primario che disciplina il rilascio di concessioni edilizie, in particolare gli artt. 1 e 4 della l. 28 gennaio 1977, n. 10 e l'art. 31 della l. 17 agosto 1942, n. 1150: si è infatti affermato, in tale prospettiva, che nel caso della concessione edilizia rilasciata in difformità da quanto disposto dagli strumenti urbanistici, sussisterebbe ugualmente l'elemento costitutivo della violazione di legge, in quanto lo strumento urbanistico viene degradato a semplice "presupposto di fatto" della violazione delle leggi urbanistiche, che dunque, risulterebbero connotate dal requisito della sufficiente specificità e determinatezza in grado di rispettare sia in generale il principio di stretta legalità vigente per le fattispecie penali, sia, in particolare, l'estremo della specificità delle norme violate ai sensi dell'art. 323 c.p.³⁵⁰.

LA SECONDA FORMA DELLA CONDOTTA TIPICA: 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 p.u. o dell'i.p.s., in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti, vale a dire in quelle situazioni, tipizzate direttamente dalla norma incriminatrice attraverso un generale richiamo al cd. conflitto di interessi, o indirettamente attraverso il rimando ad altre fonti normative che espressamente prevedono altri casi di

³⁴⁹ Cfr. ad es. Cass. sez. VI, 18 novembre 1998, Tilesi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2214 ss., con nota adesiva di TANDA, *cit.*, p. 2119 ss; la stessa sentenza è pubblicata anche in *Guida al dir.*, 1999, n. 10, p. 82 ss., con nota critica di FORLENZA, *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*.

³⁵⁰ Cfr. Cass., sez. VI, 5 settembre 2000, Placidi, in *Guida al dir.*, 2000, n. 37, p. 64.

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 amministrazione.

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 (sul piano soggettivo, inoltre, tale evento dovranno essere stati intenzionalmente provocati dal soggetto attivo).

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 convinzione secondo la quale il delitto si perfezionava per il solo fatto del compimento di un atto dell'ufficio da parte del p.u. in situazione di conflitto di interesse, senza necessità tuttavia, che tale situazione avesse concretamente influito sulla decisione finale, nel senso della non necessari età di una vera e propria strumentalizzazione e deviazione del poter pubblico per il perseguimento della finalità privata. Successivamente la giurisprudenza mutò opinione, sostenendo che la semplice violazione del dovere di astensione non fosse più da sola sufficiente per integrare l'estremo materiale del reato di cui all'art. 324 c.p., occorrendo viceversa, che egli avesse preso in concreto un interesse privato nella vicenda, in maniera tale da strumentalizzare la propria funzione, ponendola al servizio della causa privata anziché di quella che sarebbe stata la naturale finalità pubblica istituzionalmente

perseguita dall'ente di appartenenza. Inoltre tale strumentalizzazione era in grado di soddisfare i requisiti di fattispecie dell' art. 324 c.p. anche in assenza di danno nei confronti della p.a., e persino in presenza di semplice coincidenza dell'interesse pubblico con quello privato, rilevando soltanto lo scopo del pubblico ufficiale di violare il dovere di astensione come mezzo per il perseguimento dei propri interessi personali. Il quadro di riferimento giurisprudenziale non muta sostanzialmente l'assetto neanche con il passaggio alla fattispecie di abuso nella versione del '90, anche se una maggiore sensibilità verso il rispetto del canone di offensività delle fattispecie penali, spinge sempre più a negare rilevanza a quelle fattispecie in cui l'interesse privato semplicemente si affianca, senza tuttavia inibirla, alla finalità pubblica, e quindi, di fatto, senza provocare alcun danno nei confronti della p.a.

Oggi, come meglio si vedrà in seguito, la fattispecie è costruita come evento di danno, nel senso che alla condotta deve accompagnarsi necessariamente il realizzarsi di un evento di danno ingiusto verso altri o di un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri, mentre sul piano soggettivo tale duplice finalità alternativa deve rappresentare lo scopo intenzionale dell'agente: come ha avuto modo di chiarire la Suprema Corte, tuttavia, intenzionalità dello scopo non vuol dire unicità dello stesso: nel senso che la compresenza di finalità pubblica accanto a quelle private, a meno che le prime non risultino prevalenti nelle intenzioni del soggetto, non impediranno l'integrarsi della fattispecie, e dunque, se la presenza di alcuni elementi specificizzanti, come l'evento ed il dolo intenzionale, sono in grado di restringere l'area del penalmente rilevante rispetto alla precedente formula, non può però riprendersi in pieno lo schema della strumentalizzazione, se con essa si intende, appunto, che la violazione del dovere di astensione rilevi solo se l'agente ha agito sotto la spinta dell'unico ed assorbente scopo di piegare la pubblica funzione al proprio tornaconto o all'altrui prevaricazione.

La norma non specifica, poi, da quali attività il soggetto agente debba astenersi, se cioè il dovere di astensione rilevi solo nel compimento di atti giuridici in senso tecnico, o anche nel compimento di semplici attività materiali della p.a.: contro la giurisprudenza che in una isolata pronuncia, limitava al solo compimento di atti amministrativi la rilevanza della condotta in esame, può richiamarsi l'attenzione

dell'interprete sia sul differente tenore letterale dell'attuale art. 323 c.p. rispetto all'oramai abrogato art. 324 c.p., nel quale espressamente si richiedeva il compimento di un atto giuridico; sia sul valore del presupposto della condotta, che impone di valutare la violazione del dovere di astensione rispetto a qualunque attività avvenga “nello svolgimento della funzione o del servizio”, senza alcuna distinzione tra attività giuridiche e mere attività materiali.

L'obbligo di astensione, oltre che fondarsi sulla tipizzata presenza di un interesse prossimo o di un prossimo congiunto, può rilevare anche “negli altri casi prescritti”: tra le innumerevoli disposizioni (necessariamente di legge o di regolamento) che fondano il dovere di astensione, possono richiamarsi, ad es., gli artt. 77 e 78 d. ls. 18 agosto 2000, n. 267, in tema di obbligo di astensione degli amministratori locali, e gli artt. 36 c.p.p. e 51 c.p.c., in tema di astensione dei giudici nei processi penali e civili.

L'EVENTO

Tra le novità più rilevanti, e probabilmente l'unica accolta da un generale plauso da parte della dottrina³⁵¹, si segnala la scelta del legislatore del 1997 di trasformare il reato di abuso di ufficio in reato di evento (o con evento materiale), laddove le precedenti formulazioni, caratterizzate dalla presenza del dolo

³⁵¹ MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 26; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p 242; BENUSI, *Il nuovo delitto*, cit. p 129 ss; PATALANO, *Amministratori...*, cit., p 18-19; meno entusiasti della modifica VINCIGUERRA, *Non tutte le riforme sono migliorative: il nuovo art. 323 c.p.*, in *Giur. it.*, 1998, p 1022; MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit., p 5, che, lamentando la mancata previsione di due distinte fattispecie a seconda dell'evento realizzato, soprattutto nella prospettiva del danno rispetto al privato, rispetto al generale processo di ribaltamento delle posizioni del singolo rispetto alla p.a. in una prospettiva di efficace tutela contro i malfunzionamenti della stessa, ritiene un passo indietro la scelta di punire non più condotte che tendono alla prevaricazione, ma solo quelle che effettivamente raggiungono tale risultato.

specifico, arretravano la soglia di punibilità delle condotte di abuso ad una fase prodromica rispetto al concreto realizzarsi di un evento di danno o di vantaggio, bastando a tal riguardo la semplice presenza di una direzione finalistica impressa alla condotta, senza necessità che tale finalità realizzasse effettivamente una situazione di danno o di vantaggio oggettivamente verificabile. Proprio il precedente schema, costruito secondo il modello del reato di pura condotta con il requisito del danno o del vantaggio rilevante solo in quanto oggetto del dolo specifico (e quindi, in definitiva, la costruzione della fattispecie come reato di pericolo sotto il profilo dell'offesa), assieme alla carente puntualizzazione descrittiva della condotta, aveva contribuito a rendere l'abuso d'ufficio quella figura inafferrabile ed incapace di selezionare in maniera efficace gli episodi criminosi davvero degni di una risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento, dalle semplici ipotesi di illegittimità di natura amministrativa³⁵²: non avendo ancorato la condotta ad alcun preciso parametro di riferimento normativo, dimodochè la legittimità formale di un agire del p.u. o dell'i.p.s. non avrebbe comunque inibito la configurazione del delitto, era proprio dal particolare profilo soggettivo, e quindi dalla direzione finalistica impressa alla condotta, che era possibile ricavare il connotato di illiceità della stessa, che, in quanto diretta al perseguimento di un esito di natura privatistica (nella forma del danno verso altri o del vantaggio verso sé o altri) qualificava per ciò solo la stessa come espressione di un eccesso di potere, e si riteneva quindi configurato l'abuso.

La costruzione della fattispecie in termini di reato di evento, oggi, invece comporta la necessità non solo di accertare in sede processuale la concreta ed attuale presenza di un tale requisito, ma anche, ovviamente, la necessità di provare la sussistenza di un rapporto di causalità che sia in grado di stabilire con certezza la derivazione del danno o del profitto ingiusto proprio dall'abuso comportamento del soggetto agente, che ha violato specifiche norme di legge o di regolamento o non ha rispettato il suo obbligo di astensione in presenza di una situazione di conflitto di interessi .

³⁵² BENUSSI, *op. ult. cit.*, p. 130.

Si è obiettato che la modifica apportata dal legislatore sia più apparente che reale, rimanendo comunque punibili, a titolo di tentativo, quelle condotte che pur non avendo realizzato in concreto uno degli eventi alternativamente richiesti dall'art. 323 c.p., sia siano comunque realizzate attraverso il compimento di atti idonei e diretti in modo non equivoco alla commissione del delitto³⁵³. Il rilievo però, che affonda le sue radici in ben più pregnanti questioni che attengono *in generale* ai rapporti tra fattispecie consumata e tentativo, e che riguardano la difficile ricerca di un assetto ottimale tra esigenze di controllo sociale e rispetto del principio di offensività e di *extrema ratio*³⁵⁴, questioni che tutto sommato si presentano senza varianti di rilievo o profili di particolarità a proposito dell'abuso d'ufficio, non coglie appieno il senso della modifica, ove si consideri che il binomio abuso/dolo specifico, totalmente svincolato dalla presenza di ulteriori parametri di riferimento (era praticamente un'equazione, ove la presenza del dolo specifico dava vita all'abuso), permetteva di abbracciare un'area di punibilità anche assai arretrata rispetto ai requisiti di un ipotetico tentativo, con la possibilità di riscontrare la presenza di un abuso anche in fasi praticamente primordiali di un procedimento amministrativo: in pratica la fattispecie di abuso, secondo la precedente formulazione, era ben lontana, quando *consumata*, dal raggiungere quei requisiti di idoneità e di univocità che sarebbe stato lecito attendersi per la punibilità almeno del tentativo³⁵⁵.

Rispetto alla previgente formulazione, inoltre, mentre è stato deciso di mantenere il requisito dell'ingiustizia che deve qualificare tanto il danno quanto il vantaggio patrimoniale, è stato invece deciso di eliminare dall'ambito di rilevanza del delitto di abuso d'ufficio tutte le condotte dirette alla realizzazione di un vantaggio di natura non patrimoniale. Sempre in prospettiva comparatistica con il suo predecessore, l'art. 323 c.p. equipara, sotto il profilo sanzionatorio le condotte dirette a produrre indifferentemente l'uno o l'altro degli eventi presi in

³⁵³ GROSSO, *Condotte ed eventi...*, cit., p 340.

³⁵⁴ In generale sul tentativo e sulle complesse opzioni politico-criminali che sono alla base della configurazione dell'istituto PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966; e nella manualistica FIORE, *Diritto penale*, cit., p 42 ss.

³⁵⁵ PADOVANI, *Commento...*, cit., p 747.

considerazione, laddove in passato il perseguimento di un vantaggio patrimoniale comportava un significativo aumento del vantaggio edittale di pena rispetto alle ipotesi di abuso dirette alla realizzazione di un danno ingiusto o di un ingiusto vantaggio non patrimoniale³⁵⁶.

Sull'esclusione del vantaggio di natura non patrimoniale come possibile esito diretto della condotta di abuso, si sono alternate in dottrina le opinioni di chi ha "gradito" la scelta legislativa³⁵⁷, in virtù di una minore carica offensiva delle condotte dirette a favoritismi di natura non patrimoniale, magari anche censurabili sotto il profilo della correttezza e dell'imparzialità dell'operato del pubblico funzionario, e quindi suscettibili di provocare una reazione dell'ordinamento, ma al limite sotto un profilo meramente disciplinare, e non sotto quello della rilevanza penale; e quelle di chi ha posto seriamente in dubbio la bontà dell'estromissione, non tanto in virtù di una pretesa equivalenza in termini di gravità fra vantaggio patrimoniale e vantaggio non patrimoniale, peraltro in alcuni casi riscontrabile, quanto piuttosto sulla difficoltà a discernere con precisione le ipotesi in cui il vantaggio possa qualificarsi come patrimoniale da quelle in cui difetta tale requisito³⁵⁸, rilievo critico tra l'altro già opposto durante il periodo di vita del previgente art. 323 c.p., ed oggi accentuato nei toni visto che la differenza tra i due profili non vale più a qualificare diversamente due fattispecie distinte sotto il profilo dell'intensità dell'offesa, ma a stabilire un discrimine tra l'illecito ed il penalmente irrilevante³⁵⁹. Oltretutto l'esperienza concreta insegna come spesso il perseguimento di finalità di carattere non patrimoniale, come certe attività volte preminentemente a rafforzare posizioni politiche o ad accaparrarsi un certo consenso elettorale, si accompagni spesso all'attribuzione di posizioni

³⁵⁶ Molto critica sul punto la dottrina, sia in ordine alla scelta di equiparare sotto il profilo sanzionatorio condotte tendenzialmente differenti dal punto di vista della gravità dell'offesa, sia in ordine alla evidente sperequazione punitiva rispetto a condotte di sfruttamento affaristico e patrimoniale ben più gravemente sanzionate, come ad esempio, nelle ipotesi di peculato. Cfr. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p 805; PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 749.

³⁵⁷ GROSSO, *op. e loc. ult. cit.*; BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio...*, cit., 613.

³⁵⁸ V. soprattutto PADOVANI, *op. ult. cit.*, p 748; in posizione critica anche MANNA, *Luci ed ombre...*, cit. p 26; DE FRANCESCO, *op. cit.*, p 1636.

³⁵⁹ PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

vantaggiose e sicuramente qualificabili come patrimoniali nei confronti dei destinatari diretti del provvedimento o dell'atto amministrativo posto in essere in maniera illegittima, e che tuttavia non saranno in grado di fornire un contributo di tipicità alla condotta, poiché non intenzionalmente perseguite, ma solo come riflesso di una condotta rivolta ad altri tipi di vantaggio. Non è mancata la richiesta, rivolta alla Corte Costituzionale, di censurare, anche sotto tale profilo, la nuova formulazione dell'art. 323 c.p., che, lasciando impunte le condotte dirette ad ottenere vantaggi di natura non patrimoniale, violerebbe il principio di eguaglianza stabilito dall'art. 323 c.p.³⁶⁰, richiesta tuttavia che, se coglie lo stato d'animo di chi non ha digerito l'innovazione, urlando al "colpo di spugna", o di chi comunque ritiene non opportuna tale selezione delle condotte penalmente rilevanti sulla base del carattere patrimoniale o meno del vantaggio perseguito, non considera la ragionevolezza di una scelta differenziata che si rivolge ad ipotesi, almeno in teoria, obiettivamente diverse, anche sotto il profilo della gravità³⁶¹.

Il vantaggio patrimoniale come effetto giuridico della condotta posta in essere dovrebbe abbracciare qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica³⁶², vale a dire qualunque forma di accrescimento della situazione del soggetto beneficiario, risultando irrilevante qualunque tipo di vantaggio non patrimoniale, anche se lo stesso possa anche solo indirettamente avere dei riflessi economicamente valutabili³⁶³. Non potranno dunque più considerarsi penalmente rilevanti, ad esempio, abusi tesi a spartire, secondo logiche di partito, cariche ed impieghi pubblici, ove appunto lo scopo dell'operazione sia non già quello di avvantaggiare i beneficiari delle assunzioni o delle nomine, né quello di danneggiare eventuali soggetti pretermessi nelle graduatorie di merito, ma quello di "cementare" alcune posizioni di forza delle formazioni politiche in un

³⁶⁰ Gip presso Trib. di Bolzano, ordinanza 7 agosto 1997, in *Guida al diritto*, cit.

³⁶¹ In questi termini PATALANO, *Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite*, in *Guida al dir.*, 1997, n. 42, p. 76.

³⁶² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 238.

³⁶³ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p. 138.

determinato territorio³⁶⁴. Viceversa, dovrà considerarsi patrimoniale il vantaggio quando l'illegitima attribuzione di posti di lavoro o di attività lavorative retribuite sia proprio lo scopo intenzionalmente perseguito dal soggetto agente. Del pari andrà considerato di natura patrimoniale il tipo di vantaggio scaturente dal rilascio di una concessione edilizia illegittima, o dal provvedimento con il quale si rende edificabile un terreno che prima non lo era, e così via³⁶⁵.

Sotto il profilo del danno, la lettera della norma consente di ricomprendere nel concetto di danno ingiusto, in mancanza di indicazioni espresse, tanto il danno di natura patrimoniale quanto quello di natura non patrimoniale: si tratta delle ipotesi storicamente più risalenti nel tempo, in cui il p.u. (oggi anche l'i.p.s.) agisce sfruttando le proprie prerogative funzionali a discapito dei singoli con cui viene in contatto, secondo il più volte segnalato modello della prevaricazione. Nella nozione di danno patrimoniale, rientreranno sia lesione di diritti patrimoniali perfetti sia la lesione di situazioni giuridiche attive comunque economicamente valutabili e meritevoli di tutela, come gli interessi legittimi e persino le mere aspettative³⁶⁶; pacifica è anche l'inclusione nel concetto di danno tanto del cd. *danno emergente*, conseguente alla perdita di un bene patrimoniale, tanto del *lucro cessante*, vale a dire il mancato acquisto di un bene patrimoniale di utilità economica³⁶⁷. Il danno non patrimoniale si configurerà ogniqualvolta l'abuso sarà comunque in grado di ledere una situazione giuridica attiva facente capo al soggetto passivo³⁶⁸, ivi compresa l'aggressione ingiusta alla sfera della personalità

³⁶⁴ Cfr. ad es. Trib. Milano, sez. IV pen., 26 settembre 1998, in *Guida al dir.*, 1998, p. 48, con nota di PATALANO, ove è stata esclusa la configurabilità dell'abuso d'ufficio in un caso in cui alcune nomine a direttori generali di Asl era stata effettuata in base non a criteri di comprovata professionalità manageriale nei candidati, pur selezionati e suddivisi in categorie a seconda della maggiore o minore "convergenza" rispetto alla qualifica da rivestire, ma in base a veri e propri accordi di spartizione delle cariche in base alla colorazione ed al "peso" politico degli appartenenti alla giunta regionale che procedeva alle suddette nomine. I giudici, in questo caso, hanno ritenuto di natura non patrimoniale il fine perseguito, mentre hanno escluso di considerare rilevante il danno prodotto nei confronti dei candidati ingiustamente esclusi, in quanto semplice conseguenza indiretta dell'accordo spartitorio, e dunque non qualificabile come oggetto del dolo intenzionale.

³⁶⁵ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 243.

³⁶⁶ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 140.

³⁶⁷ BENUSSI, *Il nuovo delitto...*, cit., p 141.

³⁶⁸ DI MARTINO, *op. cit.*, p 258.

e dei relativi diritti³⁶⁹: la casistica offerta dalla giurisprudenza segnala, in quest'ambito, tutta una serie di abusi perpetrati, di solito, per motivi di vendetta, di ritorsione, di inimicizia, di discriminazione basata su motivi religiosi, politici e via discorrendo³⁷⁰, anche se l'accertamento del danno andrà, in queste ipotesi, effettuato scrupolosamente, al fine di escludere dall'ambito di rilevanza della fattispecie ipotesi scarsamente lesive dell'altrui sfera soggettiva, sì da rispettare comunque in maniera rigorosa il principio di offensività, e tale da placare gli animi di chi teme la possibilità di una troppo elastica ricostruzione del requisito in parola, tale da ricomprendervi anche il semplice fastidio o la perdita di tempo dovuti a comportamenti sicuramente poco "professionali" e corretti da parte dei soggetti agenti, ma privi di qualsivoglia significato per poter avanzare pretese punitive di stampo penale³⁷¹.

Mantenendo inalterata sotto tale profilo la previgente formula, anche l'abuso d'ufficio nella versione del '97 richiede, affinché si realizzi la fattispecie, che tanto il danno quanto il vantaggio patrimoniale siano qualificabili come ingiusti. Inalterate sono rimaste, sul punto, anche le opinioni dottrinarie espresse sotto la vigenza della precedente formulazione dell'art. 323 c.p., e che sono riassumibili in due posizioni, che considerano l'estremo dell'ingiustizia rispettivamente o come requisito di illiceità espressa o come requisito di illiceità speciale: nel primo caso, si sostiene, il requisito non avrebbe nessun particolare significato, risultando pleonastica la sua previsione, e quindi non rivestirebbe nessuna ulteriore capacità selettiva delle condotte penalmente rilevanti rispetto agli altri requisiti di fattispecie. Poiché è richiesta già l'illegittimità della condotta, che deve necessariamente svolgersi in contraddizione rispetto a specifiche disposizioni normative, il risultato di quella condotta non può che considerarsi ingiusto, essendo contraddittorio un risultato diverso che vorrebbe da una condotta illegittima (e quindi ingiusta) veder scaturire un risultato, in termini di vantaggio o

³⁶⁹ Cfr. Cass., 2 ottobre 1998, Arcidiacono, *Cass. pen.*, 1999, 1436.

³⁷⁰ A titolo esemplificativo, si pensi al caso del primario che esclude due aiuti del proprio reparto dalla sala operatoria e dai servizi relativi alla loro qualifica per destinarli ad altro a causa di dissapori personali (Cass., 16 marzo 1995, Mangione, in *Cass. pen.*, 1996, p 801; più di recente, Cass. 24 febbraio 200, Genazzani, in *Dir. e giust.*, 2000, p 23)

³⁷¹ DE FRANCESCO, *op. cit.*, p 1639.

di danno, qualificabile come giusto, e quindi come conforme al diritto³⁷²; e se nella precedente versione dell'art. 323 c.p. aveva comunque il significato di ancorare il disvalore della condotta ad un suo carattere illegittimo, vista la genericità della descrizione normativa allora presente (vedi *supra* cap. II), oggi, con la segnalazione di specifiche modalità di condotta, rilevanti solo se poste in essere in violazione di norma di legge o regolamento, ivi comprese quelle cui è affidata la gestione dei conflitti di interesse, il requisito dell'ingiustizia scolorirebbe del tutto³⁷³. Di diversa opinione sembra essere non solo la maggioranza della dottrina, ma anche, e soprattutto, la giurisprudenza che, anche sotto l'imperio della vecchia disposizione sull'abuso d'ufficio, ha sempre tenuto distinti i due profili, quello dell'illegittimità della condotta e quello dell'ingiustizia del danno o del vantaggio, richiedendo dunque uno specifico accertamento del carattere illecito di tali eventi (prima solo come requisiti specificizzanti del dolo, oggi come elementi della fattispecie obiettiva) distinto ed autonomo rispetto alla constatazione del carattere illegittimo della condotta³⁷⁴. Secondo tale impostazione, dunque, sarebbe impossibile integrare il delitto di abuso quando, pur essendo stata provata la natura abusiva della condotta, la stessa tuttavia non abbia prodotto danni o vantaggi qualificabili come ingiusti, affidando

³⁷² Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p 244; scettico sull'utilità del requisito dell'ingiustizia anche VINCIGUERRA, *Non tutte le riforme...*, cit., p 1022, che pur ammettendo come poco "plausibile" una interpretazione tesa ad affermare il carattere semplicemente pleonastico dell'estremo dell'ingiustizia, ritiene poi problematico trovare un soddisfacente criterio al quale ancorare la nota di disvalore propria del danno o del vantaggio patrimoniale ingiusti, come tale distinto da quello cui ancorare l'illegittimità della condotta.

³⁷³ Si ricordi come nella precedente formulazione la descrizione della condotta era affidata unicamente al concetto di abuso, per cui, anche nell'ottica che vedeva nel requisito dell'ingiustizia del danno o del vantaggio un semplice requisito di anti giuridicità espressa e non speciale, lo stesso assumeva valore pregnante proprio ai fini della descrizione della condotta tipica, che in quanto tesa alla realizzazione di un evento (rilevante, è bene ribadirlo, solo come elemento del dolo specifico) ingiusto, doveva necessariamente riallacciarsi ad un comportamento illegittimo del pubblico agente: tale interpretazione permetteva, in definitiva, di escludere la rilevanza di quelle condotte in cui la presenza di una causa privata si accompagnava, senza per questo deviarla o escluderla, alla causa pubblica cui l'ufficio o il servizio erano istituzionalmente vincolati. Sul punto PADOVANI, *L'abuso d'ufficio – la nuova struttura...*, cit., p591 ss.

³⁷⁴ In dottrina v. soprattutto BENUSSI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p 609 ss; in giurisprudenza v., ad es., Cass., 28 maggio 1997, Di Ielsi, in *Riv. pen.*, p 716, ove si afferma, testualmente, che «in tema di abuso d'ufficio, l'ingiustizia del vantaggio o del danno richiesta dall'art. 323 c.p. deve avere una propria autonomia rispetto a quella che contraddistingue l'atto o il comportamento illegittimo, ossia l'ingiustizia deve riguardare non solo il fatto causativo, ma anche il risultato dell'azione».

dunque al requisito in parola un ulteriore capacità selettiva dell'ambito del penalmente rilevante: la casistica sembra, tutto sommato, avallare tale orientamento, che a prima vista potrebbe sembrare un pignolo sforzo di recupero di significato della formula, onde evitarne una sua *interpretatio abrogans*: si pensi al caso, tratto dalla giurisprudenza, di un preside di scuola superiore che richiede indiscriminatamente a tutti gli studenti di versare una somma di denaro, pro quota ed in parti uguali, per danni cagionati all'istituto da allievi non identificati³⁷⁵. Alla sicura violazione delle norme civili in materia di responsabilità per fatto illecito, e quindi al carattere illegittimo della condotta, si accompagnerebbe in questo caso un vantaggio non qualificabile come ingiusto, poiché non si è avuto un incremento patrimoniale dell'istituto, ma il conseguimento di quanto dovuto in base alle stesse norme sulla responsabilità civile per danni, vale a dire il risarcimento per intero del danno subito. Aderire alla tesi della *doppia ingiustizia*, della condotta e dell'evento, comporta, tuttavia la necessità di individuare i parametri normativi alla stregua dei quali poter valutare il carattere ingiusto o meno del danno o del vantaggio patrimoniale³⁷⁶: in questo caso, infatti, la formulazione dell'art. 323 c.p. non pone alcun limite in ordine al novero delle fonti da cui ricavare i suddetti parametri di giudizio, potendo gli stessi essere ricavati, ad esempio, da un piano regolatore generale, da un contratto d'appalto stipulato con la p.a., dalla concessione che oltre ad affidare lavori pubblici, ne contiene anche la disciplina ecc.³⁷⁷; né si può escludere il ricorso a quelle stesse norme che disciplinano l'attività di volta in volta presa in considerazione, senza che ciò comporti una apparente duplicazione del giudizio, poiché gli stessi parametri di giudizio, se presi in considerazione con riferimento ad oggetti diversi, in un primo caso alla condotta, nel secondo all'evento, possono dar vita a

³⁷⁵ Trib. Palermo, 19 gennaio 1999, *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Abuso d'ufficio in genere*, nr. 86; altri esempi possono essere quelli del sindaco che rilascia una concessione edilizia senza il parere della relativa Commissione, a soggetto che ne avrebbe comunque diritto; o dell'assessore all'urbanistica che, in violazione di norme urbanistiche, autorizza il mutamento di destinazione di un fabbricato per evitare al destinatario dell'atto di stipulare contratti di vendita di porzioni dell'immobile sulla base di valori catastali più elevati, che sarebbero entrati in vigore l'anno successivo, consentendogli così un vantaggio fiscale considerato non "ingiusto"; cfr. DI MARTINO, *op. cit.*, p 259.

³⁷⁶ Così DI MARTINO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁷⁷ BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso...*, cit. p 136.

differenti prospettive di valutazione: nell'esempio prima proposto, infatti, sono le stesse regole sulla responsabilità civile per fatto illecito che se da un lato rendono sicuramente illegittima la condotta del preside, dall'altro attribuiscono un carattere di "giustizia" al risultato perseguito³⁷⁸.

La legge 16 luglio 1997 n. 234, non ha invece modificato, e dunque non ha contribuito a risolvere un'annosa questione, l'aspetto relativo all'individuazione del destinatario del vantaggio o del danno ingiusto: in linea di continuità con la precedente formulazione, il legislatore ha preferito non prendere posizione sull'argomento, caricando di conseguenza l'interprete della responsabilità di definire sotto tale aspetto i limiti applicativi della norma, nonostante alcune proposte avanzate in sede di lavori parlamentari, tese ad introdurre una speciale causa di non punibilità per tutte le forme di abuso che si risolvessero in un esclusivo vantaggio della p.a.³⁷⁹.

Rimane dunque aperto il problema ermeneutico, in passato già profilatosi in tema di peculato³⁸⁰, teso a stabilire se l'ingiusto vantaggio (meno problematico il profilo del danno) che l'agente deve procurare ad "altri", debba essere esclusivamente *privato* o possa anche essere *pubblico*; se dunque tra i possibili soggetti destinatari dei positivi effetti della condotta abusiva debba includersi anche la p.a., ed in caso di risposta affermativa, se l'abuso si configuri in caso di vantaggio rispetto ad una amministrazione pubblica *diversa* da quella presso cui esercita la pubblica funzione l'agente, ovvero possa essere anche la stessa.

La risposta più aderente rispetto sia al requisito dell'ingiustizia, sia più in generale ad una "sensata" ricostruzione dell'abuso d'ufficio come intenzionale forma di arricchimento o di prevaricazione, sembra essere quella che individua unicamente

³⁷⁸ Così DI MARTINO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁷⁹ Cfr., ad es., il disegno di legge n. 2380 ad iniziativa del sen. Di Ricco, comunicata alla Presidenza del Senato in data 20 dicembre 1995.

³⁸⁰ Vedi *supra* cap. II, in nota.

nel soggetto privato il possibile destinatario tanto del vantaggio quanto del danno³⁸¹.

LA FATTISPECIE SOGGETTIVA

PREMESSA – DOLO GENERICO

Dopo aver trasformato la struttura dell'abuso d'ufficio secondo il modello *del reato di danno*, il legislatore del 1997, non accontentandosi della consequenziale e meccanica metamorfosi del dolo specifico³⁸² (contemplato dalle precedenti versioni dell'art. 323) in dolo generico, in virtù dello slittamento dell'evento (di danno o di vantaggio patrimoniale) dal semplice piano dello scopo a quello della necessaria conseguenza oggettiva della condotta criminosa, ritiene di dover restringere ancora di più l'ambito applicativo della fattispecie, riducendo all'osso la struttura dell'elemento psicologico e richiedendo che lo stesso sia limitato alla sola (e più grave) forma del dolo intenzionale³⁸³. Prima di stabilire quale sia la conseguenza dell'introduzione dell'avverbio *intenzionalmente* nella disposizione, è già sufficiente rilevare che l'episodio normativo rappresenta un caso senza precedenti, nel senso che, riferendosi ad una oramai consolidata ricostruzione dottrina e giurisprudenziale in tema di elemento psicologico, che vuole la figura

³⁸¹ BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso...*, cit., p 145; in senso sostanzialmente analogo PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato...*, cit., p 92; FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 243; nel senso di ricomprendere nell'espressione "altri" anche un interesse pubblico estraneo rispetto ai fini istituzionali del settore della p.a. alla quale appartiene il pubblico agente GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., p 341; per la soluzione più estensiva, secondo la quale beneficiario può essere qualsiasi soggetto diverso dal pubblico agente, e quindi persino lo stesso ente pubblico presso il quale vengono esercitate le funzioni pubbliche, PAGLIARO, *Principi...*, cit., p 239.

³⁸² Così anche MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit., p 7, dove si afferma che «l'atteggiamento psicologico appare inevitabilmente trasformato, "sintonicamente" alla variazione della fattispecie da ipotesi di pericolo a ipotesi di danno, in dolo generico da specifico che era».

³⁸³ Soluzione ampiamente "caldegiata" ad es. da, PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, n.11, 1996, p 1408;.

del dolo generico distinta nelle tre forme del dolo intenzionale, del dolo diretto e del dolo eventuale, il legislatore, per la prima volta, decide di selezionare e dare rilevanza alle sole condotte accompagnate dalla prima forma di dolo, quello intenzionale, prendendo spunto proprio dalla suindicata distinzione fornita dalla scienza penalistica: il che, oltre a spiegare la generale freddezza e le riserve con cui tale modifica è stata accolta, vista l'incognita di una novità assoluta, conduce anche ad alcune considerazioni di carattere metodologico: come confermeranno alcune pronunce giurisprudenziali, ci troviamo qui non di fronte ad un dato normativo preesistente sul quale si siano formate alcune ipotesi interpretative, onde occorre poi, secondo le proprie convinzioni, effettuare una scelta di campo fra i possibili modelli interpretativi. Al contrario, in questo caso è proprio partendo dall'elaborazione dottrina fornita in materia che si renderà possibile "leggere" correttamente il requisito in parola, visto il chiaro intento del legislatore di recepire quel preciso indirizzo dogmatico.

Ciò premesso, la circostanza di aver trasformato il reato di pericolo in reato di danno, con lo spostamento in avanti della soglia di punibilità, comporta che lo stesso evento, sia esso di danno che di vantaggio, debba dal soggetto, insieme a tutti gli altri elementi della fattispecie, essere preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione (artt. 42 co 2, 43 e 47 c.p.): il dolo generico dovrà cioè intendersi come la coscienza e la volontà di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale a sé o ad altri oppure un ingiusto danno attraverso la 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 (rispetto al passato, dunque, non è più possibile prescindere dal concreto verificarsi dell'evento).

Occorre, perché si configuri il dolo di abuso, che il soggetto si rappresenti correttamente tutti gli elementi della fattispecie oggettiva³⁸⁴, e che dunque, sappia di violare la legge o i regolamenti, o l'obbligo di astensione, si renda conto dell'ulteriore requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno, ed è necessario

³⁸⁴ Sull'oggetto del dolo in generale FIORE, *Diritto penale*, cit., p 216 ss; GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p 149 ss.

che abbia la consapevolezza anche, e preliminarmente, di esercitare una pubblica funzione o un pubblico servizio³⁸⁵.

È evidente infatti, che nei reati *propri* anche la particolare qualifica soggettiva richiesta perché si configuri la fattispecie, rientra fra gli elementi che il soggetto deve conoscere perché il dolo sia effettivamente sussistente. Né si dimentichi nel delitto di abuso d'ufficio è necessario che il fatto avvenga nell'esercizio delle funzioni, per cui, come è stato osservato (e il discorso può essere esteso a tutte le fattispecie in cui è richiesto un particolare rapporto tra *l'intraneus* e un requisito di fatto del reato), si tratta di un *reato proprio a struttura inversa*³⁸⁶, in quanto è «un elemento del fatto del reato a rifluire sulla qualifica subiettiva»³⁸⁷, o, in altri termini, «la qualifica soggettiva non precede il fatto, ma deriva all'agente per l'attività che in quel momento concretamente svolge»³⁸⁸. Se dal dato obiettivo, cioè dall'attività concretamente svolta, “deriva” la qualifica soggettiva secondo lo schema proposto, è evidente che l'errore su quel dato influirà necessariamente anche sulla consapevolezza di rivestire la qualifica richiesta, e dunque sarà in grado, sotto tale profilo, di inibire la completa cognizione della fattispecie soggettiva.

DOLO INTENZIONALE

Il penalista sa che dolo, nel suo settore di competenza, è sinonimo di volontà. È la tradizione che glielo insegna, ed è la disciplina codicistica che glielo impone (art. 43 c.p.). Cosa voglia dire volontà, tuttavia, non sempre è patrimonio lessicale e concettuale unanimemente condiviso dalla dottrina: basti solo pensare alle tradizionali dispute, oramai risalenti nel tempo, tra i sostenitori delle teorie

³⁸⁵ BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 149.

³⁸⁶ PAGLIARO, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p 978

³⁸⁷ PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁸⁸ BENUSSI *op. e loc. ult. cit.*

dell'intenzione (secondo le quali, in estrema sintesi, il dolo si identifica con lo scopo avuto di mira dal soggetto) e quelli delle teorie della rappresentazione (secondo le quali solo la condotta umana può essere oggetto di volontà, mentre le conseguenze della stessa possono essere solamente rappresentate)³⁸⁹. Oggi lo scarto tra le varie scuole di pensiero ed i relativi costrutti dogmatici intorno alla figura del dolo, sembra essersi ridotto al minimo, con la comune affermazione secondo la quale il dolo è rappresentazione, ossia conoscenza anticipata di tutti gli elementi del fatto e prefigurazione delle conseguenze della propria condotta, e volontà, il cui limite minimo di rilevanza è stato individuato, attraverso la teoria cd. *dell'accettazione del rischio*, nell'agire nonostante la consapevolezza dei possibili rischi riconnessi alla propria condotta, e quindi anche *a costo* di realizzare quegli eventi conseguenti alla propria azione od omissione, di cui, appunto, se ne accetta il rischio di verificaione³⁹⁰.

Aderendo anche a quanto la giurisprudenza ha avuto modo di elaborare intorno alla figura del dolo, è possibile individuare tre forme di dolo, in ragione dei vari livelli di intensità che la volontà dolosa può raggiungere nel caso concreto: la prima figura, quella del *dolo intenzionale* ricorre quando l'evento tipico (e più in generale il fatto di reato) rappresenta lo scopo precipuo per il quale il soggetto agisce, nel senso che la realizzazione del fatto coincide con il fine avuto di mira dal soggetto. In questi casi l'intensità del dolo è massima, perché il soggetto vuole come risultato della sua condotta proprio quello che la norma penale, attraverso il suo comando, impone di non realizzare. La seconda forma di dolo, gradualmente meno grave ed intensa, *il dolo diretto*, coinvolge tutte quelle ipotesi in cui l'evento non costituisce l'obiettivo finalistico avuto di mira dal soggetto agente, ma rappresenta solo un mezzo per raggiungere quello scopo, oppure una conseguenza secondaria, certa o altamente probabile, riconnessa al proprio agire, diretto tuttavia ad altro scopo. La terza e più sfumata forma di dolo, *quello eventuale*, riguarda le ipotesi in cui tale conseguenza secondaria (l'evento) si rappresenta all'agente solo come una possibile conseguenza del suo agire, e che, tuttavia, nonostante l'incertezza, non è in grado di frenare l'azione del soggetto

³⁸⁹ Cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, p 322 ss.

³⁹⁰ Nella manualistica MANTOVANI, *op. cit.*, p 323; FIORE, *Diritto penale*, cit., p 216.

che ne accetta consapevolmente il rischio di verifica³⁹¹. E chiaro che mentre nelle due prime ipotesi il legame psichico rispetto all'evento è molto forte, perché lo stesso o rappresenta lo scopo del proprio agire, o comunque ne rappresenta una conseguenza certa o quasi certa, nella terza ipotesi il confine con le ipotesi di colpa cosciente, o con previsione, si fa più sottile, venendo affidato il discrimine tra le due ipotesi alla accettazione del rischio da un lato, ed alla cd. *certezza negativa* dall'altro che caratterizzerebbe le ipotesi in cui il soggetto pur rappresentandosi le possibili conseguenze negative della propria condotta, agisce nella convinzione che queste non si verificheranno (ipotesi di colpa con previsione).

Detto ciò, il legislatore, benché nella generale definizione di dolo il codice faccia ricorso al termine *intenzione*, non aveva mai sentito l'esigenza, in presenza di un dolo *generico*, di limitare la portata applicativa di una disposizione al solo dolo intenzionale: nell'art. 323 c.p., come riformulato attraverso la modifica del '97, l'inserimento di quell'avverbio *intenzionalmente*, riferito alla produzione dell'evento tipico, sta appunto a significare che il delitto in parola si configurerà solo ove il soggetto abbia agito proprio con il fine di realizzare l'evento richiesto, non rilevando a tal fine, non solo le ipotesi in cui il soggetto si rappresenti solo come possibile conseguenza il realizzarsi di un danno ingiusto o di un ingiusto vantaggio patrimoniale, ma anche le ipotesi in cui il soggetto, pur nella certezza del verificarsi di queste conseguenze, abbia agito per scopo diverso. Insomma attraverso l'inserimento di quell'avverbio, il legislatore, ha inibito la realizzazione della fattispecie in parola anche di fronte ad ipotesi di dolo diretto, circostanza messa in luce solo in un secondo momento, ove inizialmente dottrina e giurisprudenza si erano concentrate solo sulla compatibilità tra dolo intenzionale e dolo eventuale, negando appunto rilievo a tutte quelle condotte contrassegnate dalla semplice accettazione del rischio di possibili eventi di danno o vantaggio. Ma se, come sembra corretto, è all'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale che si deve fare riferimento, è chiaro che anche le ipotesi di dolo diretto dovranno essere espunte dall'ambito di rilevanza dell'art.323 c.p., che da questo punto di

³⁹¹ Cfr. ad es. Cass. Sez. un., 25 gennaio 1994, Cassata, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1994, p 1186 e, Id, Sez. un., 12 aprile 1996, Mele, *ivi*, 1996, p 205; GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, p 750 ss; FIORE, *op. eloc. ult. cit.*

vista si pone in linea di continuità con le sue precedenti formulazioni: come è stato correttamente osservato, nel dolo intenzionale, l'evento costituisce, sul piano del dolo generico, l'equivalente strutturale del dolo specifico, osservazione che mette bene in luce come la differenza tra dolo specifico e dolo intenzionale non si riscontra tanto a livello di fattispecie soggettiva, poiché in entrambi i casi la volontà deve essere indirizzata verso il perseguimento di uno scopo normativamente previsto, ma a livello di fattispecie oggettiva, poiché nel dolo specifico non è necessario che l'evento in cui si sostanzia la finalità si realizzi effettivamente, mentre nel dolo intenzionale, ad un identico atteggiamento psichico (la volontà diretta verso uno scopo) si accompagna la necessità della concreta ed effettiva realizzazione dell'evento tipico.

Il reato di abuso, quindi, sussiste solo in presenza di una chiara intenzionalità aggressiva nei confronti dell'interesse protetto e il dolo, al pari degli altri elementi finora analizzati, si pone come ulteriore elemento determinativo della fattispecie penalmente rilevante: il soggetto non potrà essere punito, per mancanza di tipicità, ove difetti la prova che l'evento realizzato costituisca proprio la finalità avuta di mira dal soggetto agente, e dunque sarà necessario, nel caso concreto, accertare quale sia l'obiettivo prefissato dall'agente, potendo configurarsi il reato di abuso solo ove lo stesso si identifichi nel procurare un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusto, ed escludendolo in caso contrario.

La dottrina di fronte alla scelta legislativa ha assunto un atteggiamento scettico quando non di disapprovazione³⁹²: bene accolta la modifica strutturale dal pericolo al danno, considerata sicuramente opportuna la scelta di escludere dall'ambito di rilevanza le ipotesi di dolo eventuale (categoria generalmente avversata, non solo a proposito dell'abuso d'ufficio, quindi), le critiche si concentrano proprio sulla circostanza di aver voluto escludere il dolo diretto,

³⁹²Cfr. MANZIONE, voce *Abuso d'ufficio*, cit., p 5; PADOVANI, *Commento...*, cit., 748; MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 28. FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, 250.

soluzione che, pur osteggiata come scelta di politica criminale, appare tuttavia obbligata, e quindi immune da possibili interpretazioni in senso diverso³⁹³.

Le obiezioni si muovono sotto un duplice profilo: il primo, squisitamente di politica criminale, critica una scelta che rischia di creare vere e proprie “franchigie”³⁹⁴ per amministratori e politici che, attraverso condotte illegittime perseguono, come obiettivo primario, un intento di fidelizzazione clientelare o di promozione politica e partitica non qualificabile come vantaggio patrimoniale: essendo stato eliminato dall’ambito di rilevanza della fattispecie tale forma di vantaggio, l’abuso non sarebbe configurabile tutte le volte in cui a suddetta finalità presa di mira, si accompagni, nella rappresentazione del soggetto agente, la produzione di un vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto, anche se questi eventi rappresentino conseguenze secondarie sì, ma certe o altamente probabili della condotta illegittima. Il sospetto di un «ben orchestrato espediente»³⁹⁵, attuato mediante le spinte di quei “gruppi di interesse” che sottovoce e sottobanco indirizzano e condizionano tutte o quasi tutte le scelte di politica criminale, è sensazione che aleggia in molti commentatori³⁹⁶.

Il secondo profilo, che vale anche ad acuire il primo, è di carattere processuale, e più precisamente, di carattere probatorio: come si è detto, il dolo intenzionale richiederà una attenta verifica degli scopi perpetrati dal soggetto agente, e solo di fronte alla certezza della direzione univoca impressa alla volontà nel senso della produzione del danno ingiusto o del vantaggio patrimoniale, potrà dirsi realizzata (anche) la fattispecie soggettiva, il che rischia di trasformare la prova del dolo in una vera e propria *probatio diabolica*, ove risulterà impossibile o difficilmente adattabile il ricorso in via ausiliaria a massime di esperienza, ben più facili da

³⁹³ In questo senso, BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., p 154; , FIANDACA-MUSCO, *op. e loc. ult. cit.*, PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell’illecito la giurisprudenza stenta a trovare soluzioni*, in *Guida al dir.*, n. 46, 1998, p 61.

³⁹⁴ PADOVANI, *Commento...*, cit., 748

³⁹⁵ PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁹⁶ Non è un caso, ad esempio, che il legislatore abbia fatto ricorso alla “blindatura della fattispecie” mediante l’indicazione del dolo intenzionale nella recente riformulazione del reato di *false comunicazioni sociali*, nelle ipotesi previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c.; cfr. BAFFI, *op. cit.*, 295.

utilizzare per il dolo eventuale e per quello diretto. Anzi, dovendosi scavare a fondo nelle intenzioni del soggetto, il giudizio in parola tenderà a dare maggior rilievo soprattutto alle dichiarazioni dell'imputato, con il rischio di un'eccessiva quantità di assoluzioni proprio per difetto di prova del requisito del dolo³⁹⁷.

Una precisazione potrebbe in qualche misura (probabilmente minima) addolcire gli animi: intenzionalità non significa necessariamente esclusività di quel fine presi di mira dall'agente: questo vuol dire che il contemporaneo perseguimento di un fine pubblico, o di una finalità di carattere non patrimoniale, non escluderanno il dolo di abuso se contemporaneamente il soggetto abbia voluto perseguire, come scopo del suo agire, anche il realizzarsi di eventi di danno ingiusto e di ingiusto vantaggio patrimoniale. Chiari in questo senso sia il dato normativo che le posizioni della giurisprudenza di legittimità³⁹⁸ e della stessa Corte Costituzionale³⁹⁹: la norma richiede che il dolo sia intenzionale, è che quindi rilevi il precipuo scopo avuto di mira dall'agente, ma non già che lo scopo stesso debba essere l'unico a motivare le scelte del soggetto, poiché quando il legislatore richiede l'esclusività della finalità tipica, utilizza espressioni chiare in tal senso (si pensi, ad esempio, al ricorso alla formula "al solo scopo di" o altre similari negli artt. 314, 334, 424, 427 ecc. c.p.); la giurisprudenza di legittimità, richiamata anche dalla Corte Costituzionale, partendo proprio da tale differenza rilevabile anche sul piano semantico, oltre che sistematico, ha escluso quindi, che la semplice compresenza del perseguimento della finalità pubblica valga in astratto ad eliminare la rilevanza dell'abuso, laddove tale soluzione sarà ipotizzabile solo ove detta finalità pubblica si presenti come "dominante" e dunque rappresenti l'obiettivo principale perseguito dall'agente, nel qual caso gli eventi di danno o di vantaggio eventualmente realizzati, rientreranno nell'ambito delle conseguenze

³⁹⁷ MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 28-29.

³⁹⁸ Cfr. Cass. pen., 20 maggio 1993, Atzori, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1994, p 571. (si tratta invero di pronuncia avente ad oggetto la vecchia disposizione sull'abuso d'ufficio, ma, come si è visto, dal punto di vista della struttura psicologica, dolo intenzionale e dolo specifico sono assimilabili).

³⁹⁹ Corte Cost., ord. 28 giugno 2006, n. 251, in *Dir. e giust.*, n. 29, 2006, p 77 ss.

certe o probabili della condotta, e quindi qualificanti il dolo solo come dolo diretto⁴⁰⁰.

LA RILEVANZA DELL'ERRORE

La figura criminosa in esame non dovrebbe presentare particolari difficoltà o deviazioni da quanto generalmente si afferma in tema di errore sul fatto, salvo registrare alcune divergenze (anche queste non esclusive del delitto di abuso d'ufficio) tra la giurisprudenza, tesa in genere a restringere l'ambito di rilevanza dell'errore, e la dottrina più incline ad interpretare le norme sull'errore in maniera garantista, in maniera tale da richiedere in capo al soggetto attivo requisiti di consapevolezza ben più ampi⁴⁰¹.

Nel caso specifico dell'abuso d'ufficio sono astrattamente individuabili tre tipi di errore, che ricadano su altrettanti elementi o requisiti della fattispecie⁴⁰²: l'errore sulle qualifiche soggettive, l'errore sulla condotta materiale, l'errore che cade sul requisito dell'ingiustizia del danno o del vantaggio patrimoniale. In ordine alla prima ipotesi di errore prospettata, già si è avuto modo di dire come sia necessario che il soggetto abbia la consapevolezza di esercitare un pubblico servizio o una pubblica funzione. Più in generale si può oggi affermare come pacifica l'idea secondo la quale, nei reati propri, le qualifiche soggettive siano riconducibili al fatto di reato che costituisce il punto di riferimento della norma di cui all'art. 47 1° e 3° co. c.p. Ovviamente quando la qualifica si basa su di un particolare dato normativo o statuto giuridico, non è necessario che il soggetto agente conosca nei precisi termini tecnico-giuridici i tratti caratterizzanti della qualifica, essendo sufficiente la conoscenza del substrato fattuale che ne determina la rilevanza (così

⁴⁰⁰ Cfr. Cass. sez. VI, 2000, Spitella, in *Cass. pen.*, 2001, 2681, n.1283; con riferimento alla produzione di un danno ingiusto Cass. sez. IV, 2002, Lenoci, *Riv. pen.*, 2002, p 1050.

⁴⁰¹ In generale sul tema dell'errore sul fatto GROSSO, voce *Errore*, in *Enc. giur.*, XIII, 1989; FIORE, *Diritto penale*, cit., p 275 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p 376 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p 335 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., p 491 e ss.

⁴⁰² BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 156 ss.

nelle ipotesi di abuso, se il soggetto deve sapere, ad es. di esercitare una pubblica funzione, non è necessario che egli abbia consapevolezza dell'esatto significato giuridico del requisito "norme pubbliche" contenuto nell'art. 357 c.p.): si parla, a proposito degli elementi normativi della fattispecie di *conoscenza parallela nella sfera laica*⁴⁰³.

Con riferimento alla seconda ipotesi di errore, si può ipotizzare la situazione in cui il soggetto non si renda conto del fatto di violare la legge o il dovere di astensione: trattasi, dunque, di uno dei paradigmatici casi di errore su legge diversa da quella penale (incriminatrice) che comporta un errore sul fatto ai sensi del 3° comma dell'art. 47 c.p. (a meno di non voler considerare le norme di legge o di regolamento richiamate dall'art. 323 non come elementi normativi del fatto, ma come fonti integratrici di una *norma penale in bianco*: in questo caso l'errore potrebbe rilevare solo come errore sul precetto, come tale riconducibile alla disciplina dettata dall'art. 5 c.p., che, a seguito della "celebre" sentenza 364/88 della Corte costituzionale, esclude la punibilità solo in caso di errore inevitabile)⁴⁰⁴. Troppo nota e troppo dibattuta la questione sull'errore ex art. 47 co 3°⁴⁰⁵ per poter qui essere riproposta, si può solo segnalare come il costante orientamento della giurisprudenza, almeno fino a qualche tempo fa, fosse quello di non riconoscere efficacia scusante all'errore su norma extrapenale, ogniquale volta la norma fosse stata richiamata esplicitamente o implicitamente dalla disposizione incriminatrice, in tal modo integrandone il contenuto, e qualificando in questi casi l'errore su norma extrapenale come vero e proprio errore sul precetto ex art. 5 c.p. E a tale paradigma interpretativo, che, come è stato segnalato dalla dottrina⁴⁰⁶, equivale ad una vera e propria abrogazione dell'art. 47 co. 3° (poiché non si comprende come potrebbe un errore su norma extrapenale comportare un errore sul fatto, se la norma penale non sia in qualche maniera richiamata dalla disposizione incriminatrice) non si è sottratta la

⁴⁰³ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p 316.

⁴⁰⁴ Sulla delicata questione circa la differenza tra errore sul precetto e ed errore sul fatto dovuto a norma extrapenale MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p 381 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. ad es. FIORE, *Diritto penale*, cit., p 279.

⁴⁰⁶ FIORE, *op. e loc. ult. cit.*

giurisprudenza neanche con riferimento all'art. 323 c.p., almeno nelle sue previgenti versioni, ritenendo irrilevante, ad esempio, l'errore che cadeva su norme disciplinanti l'esercizio del potere⁴⁰⁷. Oggi più di prima, invece, risultando la violazione di norme di legge o di regolamento uno degli elementi costitutivi espressamente previsti dall'art. 323 c.p., deve affermarsi la necessarietà, ai fini della configurazione del dolo, che il pubblico funzionario si renda conto di violare la legge o i regolamenti ovvero l'obbligo di astensione⁴⁰⁸, con la precisazione che, l'invocazione di un simile errore dovrà risultare credibile, e quindi, ad esempio, corredata dall'allegazione di pareri di organi tecnici o di esperti che abbiano contribuito ad ingenerare nel soggetto agente l'errore di operare nel rispetto delle regole disciplinanti la particolare attività che viene in rilievo nel caso concreto (e, ovviamente, a nulla varrebbe il rimprovero di essere caduto in errore per colpa, cioè di errore evitabile attraverso una più accentuata diligenza, poiché l'ipotesi delittuosa disciplinata dall'art. 323 c.p. confina la sua rilevanza unicamente alle realizzazioni dolose del fatto tipico)⁴⁰⁹.

La terza forma di errore cade sul requisito dell'ingiustizia del danno o del vantaggio, e ripropone considerazioni in parte analoghe a quelle svolte sul precedente tipo di errore, nel senso che qui, a prescindere dal carattere di anti-giuridicità espressa o illecita da riservare al requisito in parola, la giurisprudenza ha risolto il nodo interpretativo secondo il solito schema della riconducibilità all'errore sul precetto degli errori sugli elementi normativi, come tale scusante solo se inevitabile⁴¹⁰. Analoghe soluzioni, rispetto al profilo

⁴⁰⁷ Cass., 22 novembre 1996, Pugliese, in *Riv. pen.*, 1996, p 1323 (in motivazione); prima della riforma del '90, Cass. 20 dicembre 1980, Palma, CED 147144, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 403. Successivamente alla riforma del '90 si segnala, tuttavia, nella giurisprudenza di merito un mutamento di prospettiva, poiché, in più occasioni, si è esplicitamente affermato che ai fini della configurabilità del dolo di abuso è necessaria la rappresentazione chiara e consapevole di tutti gli elementi oggettivi della fattispecie, compresa la qualifica di illegittimità dell'atto; sul punto, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali in tal senso BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 158, in nota.

⁴⁰⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 246; MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 34.

⁴⁰⁹ Così BENUSSI *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p 159.

⁴¹⁰ Cfr. ad es. Cass., 15 luglio 1996, Ferretti, in *Riv. pen.*, 1996, p 839.

precedente, ha fornito invece la dottrina, richiedendo anche in questo caso la conoscenza del requisito dell'ingiustizia, pena la non configurabilità del dolo⁴¹¹.

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

TENTATIVO

Il delitto di abuso è oggi strutturato come fattispecie di evento, poiché, come si è visto, il danno ingiusto o l'ingiusto vantaggio patrimoniale, rispetto alle precedenti formulazioni della norma, non costituiscono più l'oggetto del dolo specifico, come tali rilevanti solo in quanto in grado di imprimere una direzione finalistica alla condotta, ma elementi della fattispecie oggettiva, causalmente riconnessi alle diverse modalità di condotta puntualmente descritte dalla norma. Ciò vuol dire che il momento consumativo del reato deve essere, rispetto al passato, posticipato, non essendo più sufficiente il semplice realizzarsi dell'azione o dell'omissione penalmente rilevanti, ma dovendo in concreto verificarsi (e provarsi) l'effettiva produzione di un danno o di un vantaggio patrimoniale. Più precisamente il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui, realizzato il fatto abusivo, venga in concreto cagionato un ingiusto danno a terzo o procurato un vantaggio patrimoniale ingiusto a sé od altri. Nel particolare caso dell'abuso realizzato mediante emanazione di atto amministrativo, il momento consumativo coinciderà con il prodursi degli effetti favorevoli o sfavorevoli nella sfera del privato⁴¹² (o del soggetto agente), a prescindere dalla loro concreta utilizzazione⁴¹³. Il reato di abuso mediante rilascio di concessione edilizia

⁴¹¹ FIANDACA-MUSCO, *op. e loc. ult. cit.*, PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p 299.

⁴¹² Nel caso di concorso pubblico, ad es., il momento consumativo non si verifica con la rivelazione anticipata delle tracce a favore di uno dei partecipanti, ma con il successivo momento della dichiarazione della vittoria del concorso. Cfr. BAFFI, *op. cit.*, p 297.

⁴¹³ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 165; nello stesso senso BAFFI, *op.e loc. ult. cit.*, , secondo il quale, ad es., qualora il vantaggio patrimoniale risieda nella attribuzione di danaro per effetto

illegittima (oggi permesso di costruire), ad esempio, non si consumerà con la realizzazione dell'immobile cui l'atto si riferisce, bensì con il rilascio della concessione e, più specificamente, con la sua pubblicazione all'Albo Pretorio e con la notifica al suo titolare, poiché è da quel momento che produrrà effetti nei confronti del destinatario⁴¹⁴. La struttura come reato di evento permette senz'altro di configurare il tentativo di abuso d'ufficio⁴¹⁵, soluzione in precedenza negata vista la sua struttura secondo lo schema del reato di pericolo⁴¹⁶. Si parlerà di tentativo ogni qualvolta il soggetto agente ponga in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco alla realizzazione di uno degli eventi tipici previsti dall'art. 323 c.p., che, per circostanze indipendenti dalla volontà dello stesso soggetto agente, non si verificheranno⁴¹⁷: ancora nell'esempio dell'abuso mediante emanazione di atto illegittimo, si pensi all'ipotesi in cui successivamente, l'atto venga annullato, sì da non poter produrre i suoi tipici effetti in cui si sostanziava, ad esempio, il vantaggio patrimoniale. Non sussistono dubbi, inoltre, sull'applicabilità degli istituti della desistenza volontaria e del recesso attivo:

dell'atto concretante l'abuso, non è necessario che il beneficiario consegua materialmente il pagamento, dal momento che nel concetto di vantaggio patrimoniale rientra anche l'accrescimento del patrimonio conseguente al sorgere del diritto di credito. Cfr Cass. sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini, in *Cass. pen.*, 1999, 162.

⁴¹⁴BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 166.

⁴¹⁵ Concorde praticamente tutta la dottrina: cfr PADOVANI, *Commento...*, cit., p. 747; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 338; GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro. it.*, cit., 340, che esprime anche un giudizio critico sulla scelta del legislatore di non escludere la rilevanza del tentativo. Nello stesso senso BENUSSI, *op. ult. cit.*, 168, in nota, secondo il quale sarebbe stato opportuno introdurre, come era stato anche proposto durante i lavori parlamentari (cfr. l'emendamento proposto alla Camera dall'On.le Cesetti nella seduta del 1 luglio 1997), una causa di non punibilità per tutte quelle ipotesi in cui l'atto amministrativo non fosse stato in grado di produrre i suoi effetti per l'intervenuto suo annullamento con efficacia *ex tunc*.

⁴¹⁶ A partire dalla formulazione del '90, tuttavia, molti autori ritenevano configurabile il tentativo nei casi in cui il fatto abusivo fosse stato frazionato in più atti sub-procedimentalizzati, non portati a conclusione per difetto dell'atto conclusivo finale: cfr INFANTINI, *op. cit.*, p 7; FIANDACAMUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, 1^a ed., 1988, app. aggiorn., 186.

⁴¹⁷ Ci si domanda, in dottrina, se si verta in tema di tentativo o di reato consumato nel caso in cui il vantaggio patrimoniale non venga conseguito nella sua interezza. Rispondono nel senso della presenza, in questi casi, di fattispecie consumata BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 167; e ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 364, secondo il quale "non è necessario che l'agente abbia conseguito il vantaggio che sperava, e cioè l'arricchimento effettivo che si riprometteva dalla sua azione, ma è sufficiente che vi si sia verificato un miglioramento della sua situazione patrimoniale".

consistendo il primo in una volontaria interruzione dell'*iter criminis* (o nel compimento dell'attività doverosa nel caso di condotta omissiva), ed il secondo nella attività intrapresa dallo stesso soggetto agente per evitare le conseguenze di una condotta tipica già esauritasi, potrà ipotizzarsi, insistendo ancora con l'esempio dell'abuso attraverso atti illegittimi, la prima figura quando il soggetto agente interrompa l'iter processuale, da lui stesso intrapreso, che avrebbe portato alla emanazione dell'atto; la seconda quando emanato l'atto, ed esaurita quindi la condotta, sia poi lo stesso soggetto agente ad auto-annullare l'atto prima che questo possa sortire effetti nei confronti del destinatario⁴¹⁸.

CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

Il delitto di abuso, disciplinato secondo lo schema del reato monosoggettivo, può concretamente essere realizzato anche da una pluralità di soggetti attivi, sia che questi rivestano tutti la qualifica soggettiva richiesta, nel senso che tutti i soggetti realizzano l'abuso attraverso il contributo offerto mediante l'esercizio della propria funzione o servizio, sia che ad uno o più soggetti attivi in posizione qualificata si affianchino uno o più soggetti che rivestano la posizione di *extraneus*⁴¹⁹.

Nel primo caso, l'esempio tipico è fornito dall'abuso perpetrato attraverso l'adozione di un atto collegiale, poiché senza dubbio la partecipazione ad un atto collegiale rappresenta esercizio di una pubblica funzione⁴²⁰: in tali casi sorge la necessità di individuare con esattezza la responsabilità penale dei singoli componenti degli organi collegiali (organi composti da più persone fisiche che

⁴¹⁸ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 170.

⁴¹⁹ In generale sul concorso di persone, al di là delle opere manualistiche, LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p 568 ss; ID, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, che rappresenta ancora oggi una delle più lucide trattazioni sull'argomento.

⁴²⁰ INFANTINI, *op. cit.*, p 7; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit. 257; in giurisprudenza cfr. Cass. sez. VI, 9 maggio 1997, Di Gregorio, in *Guida al dir.*, 1997, n.22, p 87.

operano unitariamente all'interno dell'ente) che hanno posto in essere l'atto illegittimo.

Se nessun dubbio vi può essere nel caso in cui tutti i membri dell'organo perseguano consapevolmente e in accordo fra di loro le possibili finalità indebite previste dall'art. 323 c.p. mediante la realizzazione dell'atto, i problemi sorgono quando è solo uno dei membri del collegio a perseguire tale finalità, mentre gli altri, magari per scarsa professionalità sull'argomento specifico all'ordine del giorno (si pensi agli appartenenti ad un collegio politico, come un consiglio comunale o provinciale, privi di adeguata competenza per tutte le materie di competenza dell'organo), che non permette loro di sindacare pienamente gli atti che vanno ad adottare di concerto, si limitano a sottoscrivere l'atto stesso senza condividere le illecite finalità. In questi casi, la soluzione corretta sembra essere quella volta ad escludere la responsabilità di tali soggetti nel rilievo della mancanza in questi dell'elemento dell'*intenzionalità* alla produzione dell'ingiusto vantaggio o danno⁴²¹. Insomma, se la direzione volta a ledere o ad avvantaggiare ingiustamente taluno appartiene ad uno solo dei membri, che ha indirizzato in tal senso anche la volontà degli altri membri inconsapevoli dell'illegittimità della delibera, la responsabilità sarà esclusiva di tale soggetto. A soluzione opposta dovrebbe pervenirsi, tuttavia, quando tutti i membri dell'organo collegiale siano perfettamente a conoscenza della normativa degli atti e dei fatti oggetto del loro esame⁴²²: in questi casi infatti è possibile individuare in capo a tutti i soggetti una posizione di garanzia ex art. 40 cpv. c.p., nel senso che tutti i membri dovrebbero considerarsi destinatari, in virtù della loro professionalità, dell'obbligo di salvaguardare la correttezza delle operazioni, impedendo il compimento di atti discorsivi del procedimento. Potrebbe dunque configurarsi la responsabilità penale in capo al soggetto che assiste passivamente e consapevolmente all'altrui condotta

⁴²¹ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 177.

⁴²² Il caso tipico è quello di una commissione esaminatrice per un concorso pubblico, in cui tutti i componenti della commissioni hanno piena cognizione della normativa e delle regole che governano quella particolare procedura.

abusiva, per non aver impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire, e dunque a titolo di concorso mediante omissione nell'altrui reato commissivo⁴²³.

Controversa risulta l'individuazione della responsabilità anche nelle ipotesi in cui vi siano più soggetti pubblici che intervengono nel procedimento amministrativo per la formazione dell'atto. Il procedimento, infatti, in quanto fattispecie a *formazione progressiva* composta da più atti aventi diversa natura e funzione (propulsiva, consultiva, di controllo ecc.)⁴²⁴, si articola in più fasi caratterizzate dall'intervento di una pluralità di soggetti e di organi, tutti, teoricamente, possibili concorrenti nel fatto di abuso. L'attenzione si attesta soprattutto sul "responsabile del procedimento amministrativo", e sui rapporti tra questi e l'organo (o il soggetto) deliberante: potrà profilarsi, eventualmente, una responsabilità del solo responsabile del procedimento, ex art. 48 c.p., tutte le volte in cui questi abbia indotto in errore il soggetto che emetterà l'atto⁴²⁵, possibilità tanto più concreta quanto il soggetto deliberante assumerà un ruolo di natura politica e non prettamente tecnico-amministrativa. Per il resto sono tranquillamente applicabili le normali regole sul concorso di persone per stabilire la responsabilità dei vari partecipati al processo di formazione di volontà dell'ente⁴²⁶.

⁴²³ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 178.

⁴²⁴ Il procedimento si svolge attraverso le tipiche fasi dell'*iniziativa*, che comprende tutti gli atti propulsivi con i quali si dà inizio al procedimento; dell'*istruttoria*, che mira ad acquisire e valuta tutti gli elementi necessari per l'emissione del provvedimento, e che comprende la raccolta di pareri, relazioni tecniche ecc.; la fase *dispositiva* nella quale l'atto finale (o comunque quello principale) del procedimento viene posto in essere; la fase di *controllo* che comprende tutti gli atti diretti a sindacare il provvedimento, sia sotto il profilo della legittimità che dell'opportunità; la fase della *comunicazione*, che comprende tutti gli atti di partecipazione volti a rendere noto il contenuto del provvedimento. Cfr. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p 627.

⁴²⁵ Così BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 175.

⁴²⁶ Per la configurabilità del concorso, in particolare, non ha nessuna importanza il fatto che uno dei concorrenti ponga in essere l'atto amministrativo tipico e l'altro solo le attività materiali ed i comportamenti ad esso collegati: se presente l'elemento del dolo intenzionale ed il legame causale di tali attività con l'emanazione del provvedimento la responsabilità è pacifica nei confronti di chi ha agito. Anche attività di pressione sui componenti di un organo o su di un singolo autorizzato ad emanare il provvedimento, non esclude la responsabilità dei concorrenti. Cfr. Cass. 16 marzo 1995, Gadani, CED 201358, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1996, p 803.

Per quanto riguarda il concorso dell'*extraneus*, posto che non vi sono deroghe rispetto ai principi generali che regolano tale forma di concorso⁴²⁷, nel senso che l'*extraneus* deve essere consapevole della qualifica soggettiva dell'*intraneus* e deve fornire un contributo causalmente rilevante nella realizzazione dell'evento, nelle consuete forme del concorso morale (istigazione o determinazione) o di quello materiale, i problemi di maggior rilievo si pongono con riferimento al terzo beneficiario dell'ingiusto vantaggio patrimoniale: la responsabilità di questi risulterà indubbiamente ravvisabile ogniqualvolta venga raggiunta la prova⁴²⁸ di un accordo intervenuto con il soggetto agente, o comunque di una attività di istigazione, determinazione o agevolazione causalmente efficiente alla realizzazione del fatto: in difetto di tale effettivo contributo causale, la mera consapevolezza del soggetto favorito dalla attività illegittima o la semplice accettazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale che a lui ne deriva, non sono sufficienti per configurare una responsabilità a titolo concorsuale, a meno che, e a prescindere dal rivestire la qualità di beneficiario dell'ingiusto profitto, non rivesta una posizione di garanzia e sussista in capo a lui l'obbligo di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40 cpv⁴²⁹.

⁴²⁷ Poiché si tratta di reato proprio esclusivo (o reato di mano propria) è comunque necessario che sia l'*intraneus* a compiere il fatto tipico, poiché il dato oggettivo di tipicità è fornito proprio da una attività che rappresenta esercizio delle funzioni o del servizio (diversamente nei reati propri non esclusivi, presentando un identico sostrato materiale il reato proprio e la corrispondente ipotesi di reato comune – es. il peculato rispetto all'appropriazione indebita – sarà possibile che sia anche l'*extraneus* a compiere la condotta tipica): nel caso di abuso d'ufficio, dunque, se sarà l'*extraneus* a compiere l'attività tipica, non si realizzerà la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., ma, con tutta probabilità quella di usurpazione di poteri, di cui risponderà, se realizza una condotta agevolatrice o di istigazione in tal senso, anche il p.u. a titolo di concorso. Così BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 174-175. Tra gli studiosi di diritto amministrativo cfr. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, 4^a ed., Milano, p231.

⁴²⁸ Per potere estendere la responsabilità anche all'*extraneus* deve essere rigorosamente dimostrata da parte dell'accusa la collusione tra il privato ed il funzionario pubblico; assolutamente censurabili, da questo punto di vista, sono quelle decisioni, molto frequenti soprattutto in passato, che ritenevano raggiunta la prova del concorso sulla base della mera coincidenza tra le istanze privatistiche e la corrispondente condotta illegittima del p.u., stravolgendo completamente la regola di giudizio stabilita dall'art. 192 co 2 c.p.p. Cfr. sul punto BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p 630; ed in giurisprudenza, Cass, Sez. VI, 13 maggio 1999, Morgagni, in *Guida al dir.*, 1999, n. 25, p 71.

⁴²⁹ In tal senso BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 172; BAFFI, *op. cit.*, p 298.

LE CIRCOSTANZE

Il secondo comma dell'art. 323 c.p. prevede una speciale circostanza aggravante ad effetto comune (che può dunque comportare un aumento della pena fino ad un terzo) nei casi in cui il fatto di abuso abbiano realizzato un ingiusto vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto *di rilevante gravità*⁴³⁰.

A fronte di alcune critiche mosse al carattere indeterminato della previsione⁴³¹, come tale non in linea con il principio costituzionale di tassatività, la maggior parte della dottrina si è invece espressa in senso contrario, poiché l'oggetto della valutazione giudiziale viene indicato dal legislatore e consiste nell'entità del vantaggio conseguito o nella gravità del danno⁴³².

A proposito della gravità del danno di natura patrimoniale, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, occorre riferirsi ad un criterio misto che tenga conto di indici di riferimento sia di natura oggettiva che di natura soggettiva, ossia ad una valutazione che tenga conto, in via principale, alla obiettiva dimensione del danno, determinabile in base alla valutazione economica media della collettività in un dato momento storico, ed in via sussidiaria, prendendo come punto di riferimento la situazione economica della vittima⁴³³.

Sul danno di natura non patrimoniale, non sono mancate voci volte ad escludere sotto tale profilo l'applicabilità dell'aggravante⁴³⁴, battendo soprattutto sull'impossibilità obiettiva di predeterminare l'entità di tale danno, e dunque sul contrasto di una tale previsione con il generale intento di recupero di

⁴³⁰ Secondo MANNA, *Luci ed ombre...*, cit., p 29 ss., la previsione della circostanza andrebbe a rafforzare l'opinione secondo la quale il legislatore ha avuto in mente soprattutto la tutela del patrimonio della p.a., anziché quella dell'imparzialità della stessa

⁴³¹ MANNA, *op. e loc. ult. cit.*

⁴³² In questo senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p 251; PATALANO, *Amministratori...*, cit., p 18.

⁴³³ Per tutti v. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2^a ed., Padova, 1982, p. 434.

⁴³⁴ CUTRUPI, *La rilevante gravità*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, p 171.

determinatezza e precisione della fattispecie di abuso d'ufficio attraverso la novella del '97; in realtà tali opinioni sembrano essere piuttosto lo strascico di vecchie elaborazioni dottrinarie precedenti la novella, che sul presupposto della differenza di disvalore delle due ipotesi di abuso cd. affaristico e abuso prevaricatorio, testimoniato anche dal differente trattamento sanzionatorio prima previsto, ritenevano di non poter applicare la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. (che prevede in generale un aggravamento di pena nei casi di danno patrimoniale di rilevante gravità) se non alle condotte dirette a realizzare un ingiusto vantaggio patrimoniale. Oggi le argomentazioni a sostegno della tesi si fanno meno solide, vista anche l'equiparazione sul piano sanzionatorio delle condotte prevaricatorie e di quelle affaristiche, segno tangibile di una identica valutazione in termini di disvalore effettuata dal legislatore, e dunque generalmente si riconduce anche il danno di natura non patrimoniale al possibile campo di applicazione della aggravante in parola⁴³⁵.

All'abuso d'ufficio sarà applicabile anche la circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto, introdotta dall'art. 14 della l. 26 aprile del 1990, n. 86, ed applicabile ad una serie di reati contro la p.a.: in questo caso si tratta di norma di carattere assolutamente indefinito, poiché l'indice di valutazione non si riferisce, come nel caso dell'aggravante, al risultato della condotta, ma ha ad oggetto il fatto stesso di reato. Sulla sua natura di vero e proprio doppiante delle attenuanti generiche previste dall'art. 62-bis c.p. si è già avuto modo di soffermarsi (*supra* cap. II), anche se non manca chi sostiene la possibilità di applicare congiuntamente le due circostanze attenuanti, rilevando come le circostanze attenuanti generiche possono fondarsi anche su elementi diversi dalla particolare tenuità del fatto, e dunque possano concorrere con quella di cui all'art. 323-bis c.p.⁴³⁶.

Così come sarebbe possibile un concorso anche con la circostanza attenuante comune di cui al n. 4 dell'art. 62 c.p., poiché mentre la prima (art. 323-bis) riferendosi alla tenuità del fatto, deve essere desunta attraverso i parametri di

⁴³⁵ Così BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 181; concorde ma critico sul punto MANNA, *op. ult. cit.*, p 30.

⁴³⁶ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 182.

valutazione contenuti nel n. 1 dell'art. 133 c.p., la seconda, riguardando l'entità del danno deve fare riferimento agli elementi indicati nei n. 2 e 3 dell'art. 133⁴³⁷. In considerazione della differente oggettività giuridica esistente tra la circostanza aggravante di cui all'art. 323 c.p. e quella attenuate di cui all'art. 323-bis c.p. (anche in questo caso la prima fa riferimento alla gravità dell'evento mentre la seconda si riferisce al fatto nella sua globalità) le stesse potranno concorrere con la possibilità di bilanciarle ex art. 69 c.p.⁴³⁸.

CONCORSO DI REATI E CONCORSO DI NORME

Il criterio per risolvere eventuali problemi di concorso apparente di norme o di concorso formale tra l'abuso d'ufficio ed altri reati, è fornito dallo stesso art. 323 c.p., che, al pari della formulazione del 1990, contiene una clausola di riserva relativa (o relativamente determinata) per la quale il delitto di abuso d'ufficio si applicherà se ed in quanto il fatto non costituisca più grave reato⁴³⁹. Si è a suo tempo notato come fosse invece presente nella originaria formulazione dell'art. 323 c.p. una clausola di riserva assoluta, che rendeva la fattispecie di abuso d'ufficio norma di applicazione assai sporadica, vista la sua soccombenza di fronte ad ogni ipotesi delittuosa, anche meno gravemente sanzionata, ed anche se semplicemente circostanziata dalla presenza dell'abuso⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cfr. Cass. 18 Marzo 1997, Basile, in *Riv. pen.*, 1998, p 89, ove si afferma testualmente che «*entrambe possono concorrere in quanto la prima si riferisce al fatto di reato nella sua globalità e quindi ai tradizionali elementi della condotta, dell'elemento psicologico e dell'evento, complessivamente considerati, mentre la seconda prende in esame il solo aspetto del danno o del lucro, che deve essere connotato da speciale tenuità*».

⁴³⁸ CUTRUPI, *La rilevante gravità*, cit., 176; BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 184.

⁴³⁹ Per determinare la maggiore o minore gravità, in questi casi, la valutazione andrà fatta in astratto, tenendo presente cioè, i limiti edittali previsti dalle fattispecie, e non la commisurazione del *quantum* di pena al caso specifico. Si guarderà in via principale alla pena massima astrattamente prevista, e solo in caso di pari gravità di questa, si guarderà alla misura minima della pena.

⁴⁴⁰ Con riferimento alle clausole di riserva del primo tipo la dottrina parla anche di clausole di "consunzione", mentre per quelle del secondo tipo si parla anche di clausole di "sussidiarietà" cfr.

Ovviamente, perché possa operare tale clausola di riserva o di consunzione è necessario che il fatto abusivo sia stato commesso in violazione di norme di legge o di regolamento e che si sia tradotto in un ingiusto danno o vantaggio patrimoniale, non potendo più configurarsi alcun concorso con altra figure di reato nelle ipotesi in cui l'abuso sia stato commesso attraverso un cattivo esercizio del potere discrezionale, e quindi attraverso un atto viziato da eccesso di potere. Così, ad esempio, rispetto alla fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio, se la condotta attraverso cui si realizzano gli estremi dell'art. 326.1° co. c.p. integra contemporaneamente anche l'ipotesi di abuso d'ufficio, sarà questa norma a prevalere, in quanto più gravemente sanzionata⁴⁴¹. Ma nel caso in cui l'abuso dovesse essere realizzato mediante un eccesso di potere, anche se più lievemente sanzionato, si applicherà unicamente il disposto del 1° comma dell'art. 326 c.p.⁴⁴². Viceversa se risulta applicabile, contemporaneamente all'abuso ex art. 323 c.p. anche la fattispecie di utilizzazione di segreti d'ufficio, ex art. 326 3 co., sarà la seconda norma a prevalere perché prevede un ventaglio edittale di pena più elevato rispetto a quello previsto per l'abuso⁴⁴³.

Parte della dottrina ritiene inapplicabile l'art. 323 c.p. anche nelle ipotesi in cui la condotta del soggetto agente dia vita ad una diversa figura di reato in cui l'abuso non figura tra gli elementi essenziali, ma solo in quanto circostanza aggravante

anche per il differente significato lessicale dei due termini PAGLIARO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p 548, in nota. Più in generale si può affermare come attraverso l'utilizzo di tali clausole, il legislatore tenda ad escludere in maniera più o meno pregnante un possibile concorso formale di reati, e ciò a prescindere da un eventuale rapporto di specialità fra norme che possono contemporaneamente applicarsi ad uno stesso fatto storicamente individuato (lo stesso art. 15 c.p. del resto stabilisce che il generale criterio di specialità in virtù del quale la norma speciale deroga a quella generale, si applica *salvo che sia altrimenti stabilito*). La dottrina tende ad individuare tre tipi di clausole del genere: le clausole di riserva determinate, quando si riferiscono ad una o più disposizioni specificamente individuate (es. art. 271 c.p.); le clausole di riserva relativamente determinate, quando le stesse rinviano a disposizioni individuate in base ad una caratteristica di tipo categoriale, in genere concretantesi nel richiamo a previsioni più gravemente sanzionate (ed è, appunto, il caso dell'art. 323 c.p.); e le clausole di riserva assolute o indeterminate, come quella originariamente prevista per il delitto di abuso d'ufficio. Sul punto FIORE, *Diritto penale*, cit., p168.

⁴⁴¹ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 188.

⁴⁴² BENUSSI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴⁴³ BAFFI, *op. cit.*, p 299.

comune o speciale⁴⁴⁴. Poiché l'operatività della clausola di consunzione è indipendente dalla sussistenza di un rapporto di specialità, non è comunque necessario che il reato più grave, per assorbire il delitto di abuso d'ufficio, debba necessariamente implicare a livello normativo (di fatto deve sempre essere presente) l'abuso dei poteri.⁴⁴⁵

Alla stregua del criterio fornito dalla clausola di consunzione andranno risolti tutti i casi di concorso con norme che prevedono specifiche forme di abuso: nel caso dell'art. 609 (perquisizioni ed ispezioni arbitrarie) rieda parte del p.u.), ad esempio, può profilarsi una situazione idealmente riconducibile all'art. 15 c.p., per cui, se risultano soddisfatte anche le condizioni richieste dall'art. 323 (in particolare che non si tratti di abuso attraverso eccesso di potere e che vi siano tutti gli elementi richiesti sul piano oggettivo e soggettivo – es. evento di danno ingiusto ed intenzionalità del dolo) sarà lo stesso ad essere applicato in quanto norma più gravemente sanzionata⁴⁴⁶.

Rispetto alla fattispecie di omissione in atti d'ufficio, ammessa pacificamente oramai la configurabilità dell'abuso mediante omissione (soluzione generalmente accolta anche sotto il regime della vecchia disposizione), la eventuale sovrapposizione fra le disposizioni degli artt. 323 e 328 c.p. andrà risolta sempre in base alla clausola di riserva relativa, e, in quanto norma con trattamento sanzionatorio più grave rispetto ad entrambe le ipotesi previste dai commi 1 e 2 dell'art. 328 c.p., si applicherà, in presenza di tutti gli elementi richiesti, l'art. 323 c.p.⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p 262.

⁴⁴⁵ BAFFI, *op. cit.*, 300 il quale, richiamando anche una pronuncia della S.C. (cfr. Cass. sez. V, 22 giugno 2000, Gamba, in *Guida al dir.*, 2000, n. 41, p 111), ritiene applicabile la clausola di consunzione nel caso di truffa aggravata ai danni di un ente pubblico, occasionalmente compiuta attraverso abuso dei poteri.

⁴⁴⁶ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 190. Contra, BAFFI, *op. cit.*, p 299, che ritiene questo caso regolato dal rapporto di specialità che risolve il concorso apparente di norme in favore della più lieve fattispecie di cui all'art. 609 c.p.

⁴⁴⁷ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 191.

Controverso è il rapporto tra la fattispecie di abuso e quella di falso in atto pubblico, ove si registra un altalenante orientamento della giurisprudenza volto ora ad ammettere ora ad escludere il criterio di assorbimento del reato di abuso nella più grave fattispecie menzionata⁴⁴⁸. Precedentemente alla riforma del '90, sul rilievo che il falso non è elemento costitutivo del reato di abuso, potendo lo stesso essere compiuto con i più disparati atti, si ammetteva la possibilità di un concorso fra i due reati⁴⁴⁹. A soluzioni dottrinarie orientate in tal senso anche dopo la riforma del '97 (per inapplicabilità del criterio di specialità e di quello di consunzione)⁴⁵⁰, continua ad accompagnarsi giurisprudenza non univoca, ora volta a ritenere operativa la clausola di consunzione solo in caso di integrale riproduzione degli elementi dell'abuso nella fattispecie più grave ed a condizione che il reato più grave leda la sfera di interessi della p.a., e quindi ad escludere l'assorbimento, ad esempio, tra abuso d'ufficio e falso ideologico, anche in presenza di collegamento teleologico tra le due condotte⁴⁵¹; ora pronta a valorizzare al massimo la clausola di consunzione, ritenendola operativa ogniquale volta una violazione di norme da parte del p.u. sia già punita attraverso una sanzione più grave, ritornando ad ammettere il criterio dell'assorbimento, ad esempio tra abuso d'ufficio e falso in atto pubblico, con applicazione del secondo, e più grave, reato⁴⁵².

Escluso un rapporto di specialità, ma ammessa l'applicazione del principio di consunzione, anche i rapporti tra abuso d'ufficio e corruzione *propria* (art. 319 c.p.) verranno gestiti attraverso la clausola di riserva relativa, tutte le volte in cui oggetto dell'accordo corruttivo sia rappresentato proprio dal compimento dell'atto

⁴⁴⁸ Nel senso dell'assorbimento, Cass. sez. V, 21 ottobre 1998, D'asta, in *Cass. pen.*, 1999, 2837, n. 1381; nel senso invece del concorso formale fra i due reati Cass. sez. V., 5 maggio 1999, Graci, in *Cass. pen.*, 2000, 2240, n. 1239, in considerazione del fatto che la condotta di abuso non si esaurisce in quella di falso ideologico, né con essa coincide.

⁴⁴⁹ Cass. sez. VI, 5 maggio 1980, Gullace, in *Cass. pen.*, 1981, p 999, n. 862.

⁴⁵⁰ BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 192.

⁴⁵¹ Cass. sez. VI, 30 gennaio 2001, Pasino, in *Guida al dir.*, 2001, n. 34, p 65.

⁴⁵² Cass. sez. V, 26 marzo 2002, Fagan, in *Guida al dir.*, 2002, n. 45, 121.

abusivo⁴⁵³. Concorde sul punto anche la giurisprudenza, che tuttavia ha ammesso la configurabilità del concorso *materiale* quando sussistono distinte condotte ciascuna accompagnata dall'elemento psicologico richiesto⁴⁵⁴.

Infine, trascurando per esigenze di sintesi rapporti con altre norme con cui l'art. 323 c.p. può entrare in "rotta di collisione" (turbativa d'asta, concussione, usurpazione di funzione pubblica)⁴⁵⁵, si registra generale consenso sull'applicazione della clausola di consunzione anche con riferimento al delitto di peculato (soli di quello per appropriazione, se si ammette che la figura del peculato per distrazione sia invece oggi direttamente disciplinata dall'art. 323 c.p., rispetto ad entrambe le ipotesi, in caso di soluzione interpretativa in senso opposto). L'assorbimento nella più grave fattispecie di peculato potrà ammettersi, ovviamente, solo se l'abuso rappresenta proprio la condotta strumentale per conseguire l'appropriazione del denaro, mentre dovrà ricondursi la vicenda al normale concorso di reati nel caso in cui l'abuso venga commesso in un momento successivo per coprire un fatto di peculato già consumato.

LE SANZIONI

La pena prevista per il delitto di abuso d'ufficio oggi è quella della reclusione, con un ventaglio edittale che va dai sei mesi ai tre anni, senza distinzioni tra abuso di danno ed abuso di vantaggio. Se si confronta la norma in questione con la precedente formulazione, sotto questo profilo, può subito notarsi come rispetto alle ipotesi di abuso di danno (che assieme alle ipotesi di vantaggio non patrimoniale potevano prima comportare una pena della reclusione fino a due anni) vi sia stato un aumento sensibile di pena, mentre per le ipotesi di abuso cd.

⁴⁵³ Non è possibile configurare un concorso con l'ipotesi di corruzione *impropria*, poiché la stessa non contiene fra i suoi elementi alcuna condotta abusiva, e quindi si trova, rispetto alla fattispecie di abuso in rapporto di incompatibilità. Cfr. BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 194.

⁴⁵⁴ Cass., 26 marzo 1996, Travaglione, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1373.

⁴⁵⁵ Per una trattazione completa del rapporto fra l'abuso e le altre fattispecie incriminatrici, si rimanda all'ottimo BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 187 ss.

“affaristico” (in precedenza punito con la reclusione da due a cinque anni) la modifica abbia comportato una diminuzione di pena ancora più significativa. Al di là di facili (e tutto sommato giustificabili) sospetti sulla “strana” circostanza per cui i nuovi limiti massimi di pena (elevabili al massimo di un terzo con l’aggravante del secondo comma) non avrebbero superato il limite dei cinque anni, allora previsto affinché scattasse la prescrizione decennale, con tempi che a seguito della riforma andavano invece dai cinque anni ad un massimo di sette anni e sei mesi in caso di interruzione, senza trascurare ulteriori benefici come l’impossibilità di applicare misure coercitive o la custodia cautelare (art. 280 co. 1 e 2 c.p.p.) o di procedere ad intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche, misure tutte inibite anche in presenza della circostanza aggravante ex art. 323 co. 2 c.p., quello che più preoccupa, da un punto di vista squisitamente tecnico-giuridico e di politica criminale, è il fatto di aver equiparato, da un punto di vista sanzionatorio, fattispecie che si presentano invece connotate da un ben diverso carico di offensività: senza voler entrare nel merito di una scelta tesa ad affiancare, anche da un punto di vista sanzionatorio, condotte prevaricatrici e condotte di sfruttamento affaristico, ad opinione di molti incapace di rispecchiare realmente il diverso contenuto di disvalore delle due ipotesi⁴⁵⁶, scelta opinabile ma non censurabile in termini di assoluta esattezza, uno degli aspetti meno in linea con il rispetto del principio di eguaglianza risiede nell’aver equiparato *quod poenam* le ipotesi di abuso d’ufficio con quelle del reato, sicuramente meno grave, di corruzione *impropria*⁴⁵⁷. La minore gravità della seconda ipotesi, rispetto alla fattispecie di abuso, è resa manifesta dalla stessa struttura della condotta, che non richiede assolutamente un atto illegittimo da parte del p.u., ma, anzi, se pur frutto di mercimonio con il privato, ha ad oggetto proprio un atto *conforme* ai doveri dell’ufficio, come tale sicuramente non in grado di influire sul buon andamento della p.a. (semmai anzi in grado di incentivare una certa efficienza nell’operato dei p.u.), e probabilmente neanche in grado di influire sull’imparzialità della stessa (se l’atto non deve rispettare tale parametro, difficilmente potrà considerarsi

⁴⁵⁶ Cfr. ad es. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull’abuso d’ufficio*, cit., 1408, tra i più accaniti sostenitori della necessità di differenziare anche strutturalmente le due ipotesi, attraverso la scomposizione delle stesse in distinte fattispecie.

⁴⁵⁷ PATALANO, *Amministratori...*, cit., p 21-22.

conforme ai doveri dell'ufficio). Oltretutto se si considera che il delitto di corruzione impropria si consuma anche con la semplice accettazione della promessa, senza che sia necessaria la dazione da un lato e la realizzazione dell'atto d'ufficio dall'altra, la perequazione punitiva operata dalla novella del '97 apparirà manifestamente ingiustificata⁴⁵⁸. Volgendo lo sguardo verso fattispecie più gravemente sanzionate, d'altronde, l'impressione di una imbarazzante scelta, che assicura un trattamento "soave" per fatti che possono assumere una corposa gravità, si fa sempre più spazio nella confusa mente dell'interprete, che non riuscirà a capire perché, ad esempio, per un fatto di peculato (art. 314 c.p.) che di fatto può risultare molto meno grave di un abuso d'ufficio, la pena in cui si rischia di incorrere va dai tre ai dieci anni, mentre di gran lunga più lieve è quella prevista dall'art. 323 c.p., aggravante compresa. Parafrasando ancora un illustre autore, «il postino che arraffa qualche banconota da una raccomandata, rischia molto di più di uno spensierato amministratore che in violazione di legge dispensa un appalto miliardario⁴⁵⁹».

Per quanto riguarda le pene accessorie, è possibile l'applicazione della interdizione temporanea dai pubblici uffici, in quanto la condotta di abuso nelle sue tipiche forme è senz'altro assimilabile ad un comportamento che viola i doveri della funzione o del servizio ex art 31 c.p. La durata dell'interdizione sarà pari a quella della reclusione inflitta, ma comunque non inferiore ad un anno (artt. 37 e 28 co. 4 c.p.), se la pena è inferiore ai tre anni. Se per la circostanza aggravante di cui all'art. 323 co. 2 c.p. dovesse essere inflitta una pena superiore ai tre anni, in questo caso, secondo quanto dispone l'art. 28 co 1 c.p., la durata dell'interdizione sarà di cinque anni. Nel caso di sentenza irrevocabile di condanna resa nei confronti di un dipendente di amministrazioni pubbliche o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, ancorché a pena condizionalmente sospesa, può essere pronunciata l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, purché in seguito a procedimento disciplinare (trattasi dunque non di vera e propria pena accessoria, poiché è comunque necessario il procedimento disciplinare), ai sensi dell'art. 5 co. 4 l n. 97/2001. In caso di sentenza di condanna

⁴⁵⁸ PATALANO, *op. e loc. ult. cit.*

⁴⁵⁹ PADOVANI, *Commento all'art. 1...*, cit., p 749.

superiore a sei mesi divenuta irrevocabile (dopo la pronuncia di incostituzionalità da parte della corte dell'art. 15 co. 1 lett a) b) c) e d) l. 15 marzo 1990, sostituiti dall'art. 1 della l. 18 gennaio 1992, n. 16)⁴⁶⁰, se si tratta di amministratori e componenti di aziende sanitarie locali ed ospedaliere, nonché di consiglieri regionali, alla condanna si accompagnerà l'ineleggibilità per tutta una serie di cariche pubbliche elettive (regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali).

⁴⁶⁰ Sul punto BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., p 206.