



MIUR



A.D. MDLXII



F.S.E

Università degli Studi di Sassari

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

Ciclo XXII

ABUSO D'UFFICIO E RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor:

Chiar.mo Prof. Giampaolo Demuro

Tesi di dottorato della
Dott.ssa Elena Marghinotti

Anno Accademico 2009-2010

Indice

Capitolo I

Concetti generali	4
1. Premessa. L'attività amministrativa	4
2. Il responsabile del procedimento ai sensi della normativa amministrativa	9
3. Il responsabile del procedimento quale pubblico ufficiale <i>ex art.</i> 357 c.p.	12
4. Il bene giuridico tutelato nei delitti dei pubblici ufficiali	21

Capitolo II

Il delitto di abuso d'ufficio e lo svolgimento dell'attività procedimentale	31
1. Premessa. La modifica dell'art. 323 c.p.	31
2. La struttura della norma.....	36
3. Il bene giuridico tutelato: lo svolgimento dell'attività amministrativa	39
3.1. Il rapporto con i principi dell'attività amministrativa	39
3.2. Il rapporto con l'ingiustizia dell'evento	43
4. La condotta tipica	46
4.1. Lo svolgimento delle funzioni	46
4.2. I principi dell'attività amministrativa.....	49
5. La violazione di norme di legge o di regolamento e le patologie del provvedimento amministrativo	52
5.1. L'irregolarità	53
5.2. L'illegittimità	55
5.3. L'inefficacia	59
6. La norma di legge penalmente rilevante.....	60
7. La violazione dei principi che informano l'attività amministrativa. Il buon andamento e l'imparzialità	62
7.1. La tesi negativa	62
7.2. La tesi positiva	66

8.	La rilevanza penale del vizio di eccesso di potere.....	71
8.1.	La tesi negativa	71
8.2.	La tesi positiva	75
9.	La violazione di norme di regolamento. I provvedimenti amministrativi generali	84
10.	L'abuso in forma omissiva. La responsabilità penale del responsabile del procedimento per omesso impedimento del reato altrui.....	89
11.	L'omissione dell'obbligo di astensione.....	95
12.	Nesso causale ed evento ingiusto. Le peculiarità del delitto di abuso d'ufficio	100
12.1.	Il comportamento alternativo lecito e la violazione di norme procedurali.....	106
13.	L'evento di danno o di vantaggio	110
13.1.	Il soggetto destinatario del danno o del vantaggio.....	112
13.2.	L'ingiustizia dell'evento. Il riferimento alla normativa amministrativa regolante l'attività del pubblico ufficiale	114
14.	L'elemento soggettivo	118
	Bibliografia.....	127

CAPITOLO I

Concetti generali

1. Premessa. L'attività amministrativa

Nell'ambito di un lavoro che si propone di studiare i profili di responsabilità penale che possono coinvolgere la figura del responsabile del procedimento amministrativo, con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, si impone prioritariamente un richiamo all'ordinamento, quello amministrativo, nel quale tale figura rinviene la propria disciplina. Semplificando potrebbe infatti ravvisarsi un elemento comune ai reati commessi dal responsabile del procedimento nel contrasto tra la condotta normativamente imposta in base al diritto amministrativo e quella in concreto tenuta, che, unitamente agli specifici elementi di volta in volta richiesti dalla singola fattispecie, sia idonea a realizzare un'offesa penalmente rilevante per il bene tutelato¹.

Fungendo quasi da paradigma di legalità della condotta, pare allora imprescindibile un richiamo ai concetti e ai principi che regolano e informano lo svolgimento dell'attività amministrativa², quale attività mediante la quale gli organi statali

¹ B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, 17; M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 1349: "...lo statuto penalistico della pubblica amministrazione è tutto volto a tutelare proprio le forme, i modi e il contenuto che l'ordinamento ha imposto alle attività ritenute essenziali per la tutela dell'interesse pubblico".

² I. CACCIAVILLANI- C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, Padova, 2001, 3: si evidenzia la portata centrale e condizionante della nozione di funzione nell'interpretazione degli istituti che nei vari rami dell'ordinamento ne fanno applicazione.

all'uopo preposti provvedono alla cura concreta degli interessi pubblici ad essi affidati.

Per lo svolgimento di tale attività la legge riconosce all'autorità amministrativa concretamente considerata il potere di provvedere in vista di un determinato fine³. Mentre, in virtù del principio di legalità, i fini da perseguire vengono sempre individuati dal potere politico con l'attività legislativa⁴, la scelta delle modalità o dei tempi con i quali provvedere possono essere affidati alla pubblica amministrazione in misura più o meno significativa.

Si distingue al riguardo tra *attività vincolata*, nella quale alcun margine di apprezzamento viene riconosciuto, e *attività discrezionale*, nella quale la pubblica amministrazione presceglie tra varie soluzioni possibili quella che risulta più conforme alle esigenze di cura dell'interesse affidatole⁵. Tuttavia, per quanto ampio possa essere il potere di scelta, non potrà mai parlarsi di autonomia quale capacità di libera determinazione dei propri fini, trattandosi di un potere funzionalizzato, ovvero vincolato nel perseguimento dell'interesse pubblico⁶.

Strettamente legato al concetto di funzione amministrativa è quello di *procedimento*⁷, forma tipica per l'esercizio della *funzione*⁸, idonea ad assicurare garanzie ai

³ Al riguardo F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, 14, che individua i tratti salienti dell'attività amministrativa nel fatto di essere preordinata al perseguimento di fini tipicizzati dall'ordinamento e nella regolamentazione da parte dell'ordinamento stesso dei mezzi preposti, nonché delle procedure attraverso le quali si snoda la complessa azione dei pubblici poteri.

⁴ V. GASPARINI CASARI, *L'azione amministrativa*, in *Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2005, 32. L'Autore sottolinea come tale principio sia alla base di quello ulteriore di tipicità degli atti, secondo il quale ciascun atto è preordinato ad un fine suo proprio così che il suo utilizzo per un fine diverso integra un vizio di legittimità.

⁵ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 1305 ss.

⁶ V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 43.

Per una visione generale del concetto di attività funzionalizzata, nell'ambito di uno studio sul concetto di diritto pubblico, M. CORRADINO, *op. cit.*, 1348 ss.

⁷ In linea di massima tali considerazioni dovrebbero operare con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali l'attività amministrativa si scompone in una serie di atti e di operazioni, fatta dunque eccezione per taluni casi nei quali potrebbe ravvisarsi un esercizio istantaneo dell'attività provvedimentale: G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di L. MAZZAROLLI, Bologna, 2005, 536.

cittadini coinvolti dall'attività amministrativa⁹. È pur vero, infatti, che l'amministrazione persegue l'interesse pubblico primario fissato dalla norma, ma ciò coinvolge anche altri interessi, definiti secondari, dei quali l'autorità deve tenere conto nel suo agire¹⁰.

La soluzione adottata dal legislatore con la L. 241/90 (e successive modifiche) per garantire l'acquisizione e la valutazione di tutti gli interessi coinvolti è il modello procedimentale¹¹, quale formula tipica di espressione del potere, tradizionalmente ricostruito come una fattispecie giuridica costituita da una serie coordinata e collegata di atti e fatti tendente alla produzione di un effetto giuridico¹².

⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Riv. trim. dir. pubb. 1952, 126 ss.

⁹ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 31: si precisa come ormai più che parlare di procedimento come forma della funzione amministrativa o come serie coordinata di atti, sia più corretto sottolinearne il ruolo di garanzia della legalità dell'azione amministrativa.

Al riguardo anche: L. TORCHIA, *L'attività amministrativa nella (vecchia e nuova) Costituzione*, Riv. trim. dir. Proc. civ. 1995, 461 ss.; S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione. Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata*, a cura di F. COPPI, Torino, 1993, 148, dove ci si spinge a dire che "laddove vi è procedimento amministrativo non ha ragione d'essere il giudice penale".

¹⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 543 dove si definisce il procedimento quale correttivo (o meglio un controlimite) della discrezionalità; L. TORCHIA, *L'attività amministrativa*, cit. 464 ss, rileva l'avvenuta "evidenziazione, nel procedimento e grazie al procedimento, del conflitto sottostante e inerente all'azione amministrativa".

¹¹ A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, Dir. amm. 1996, 2, 264 ss. In questo senso anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, Dir. proc. amm. 1992, 1, 176, che parla del procedimento come di uno "strumento per l'acquisizione degli interessi di cui sono portatori singoli e gruppi estranei all'apparato burocratico... in tal modo il procedimento va visto come il metodo di realizzazione di una legalità nuova, la legalità-giustizia".

F. PATRONI GRIFFI, *La legge 7/08/1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, Foro it. 1993, 66, parla di "statuto del cittadino nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione".

Rimarcava già il rapporto tra la partecipazione dei cittadini alla deliberazione dei provvedimenti che li coinvolgono e la legalità dell'azione amministrativa R. RAMPIONI, *Progetto di riforma e oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione* a cura di A. STILE, Torino, 1987, 62.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Principi*, cit., 70; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 536.

Pur senza giungere ad assegnare significati diversi, riportano la distinzione tra nozione formale, funzionale e paragiurisdizionale del procedimento: A. DI MARIO, *Il procedimento amministrativo. Flussi processuali*, Milano, 2007, 3; F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1582 ss.

Da questo sono derivate importanti conseguenze nella costituzione del rapporto fra amministrazione e cittadino¹³, riconosciuto titolare di sempre maggiori pretese di legalità, con conseguente rovesciamento di prospettiva nell'accertamento dell'offesa penalmente rilevante al bene giuridico e quindi nell'individuazione delle responsabilità del soggetto agente. In linea generale, una interpretazione teleologicamente orientata delle fattispecie penali imporrebbe infatti di ravvisare una violazione penalmente rilevante delle regole che governano l'azione del potere pubblico nella misura in cui questa abbia inciso sulla efficienza del servizio offerto al cittadino, assumendo dunque, quale valore massimo da tutelare, la funzionalità della macchina amministrativa a vantaggio di questo, suo naturale destinatario¹⁴.

L'art. 1 L. 241/90 enuncia i principi fondamentali che devono ispirare l'azione amministrativa, richiamando i criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza. Gli istituti disciplinati dalle norme successive, quali ad esempio la creazione di un unico soggetto responsabile per il corretto svolgimento del procedimento, l'obbligo di conclusione con provvedimento espresso, quello di motivazione, di comunicazione o l'obbligo di partecipazione, e il generale obbligo di necessaria istruttoria, rappresentano tutti applicazione puntuale dei medesimi valori. In realtà, positivizzando tali principi, il legislatore non ha fatto altro che applicare in maniera puntuale il riferimento ai valori generali dell'imparzialità e del buon andamento previsto dall'art. 97 Cost., dando così seguito agli insegnamenti provenienti anche dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa¹⁵.

¹³ A. POLICE, *Trasparenza*, cit., 241: si affronta il tema del cambiamento del ruolo del cittadino rispetto all'attività amministrativa ponendo in evidenza il contributo offerto dal primo all'individuazione dell'interesse pubblico.

¹⁴ I. CACCIAVILLANI- C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., XVII. In questo senso anche A. SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, *Ind. pen.* 2001, 59 ss.

Nel senso della funzione pubblica intesa come servizio reso con risorse pubbliche alla collettività: Ad. Plen. Cons. St. 30/03/2000 n. 71

¹⁵ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., pp. 139 ss. e 1790 con riferimento all'obbligo di motivazione; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit. 543.

Dall'analisi della giurisprudenza comunitaria si ricavano, quali principi generali che si devono porre alla base della legislazione e dell'azione amministrativa anche dei singoli Stati membri, quelli di legalità e di imparzialità dell'azione amministrativa, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, il

Procedendo in via induttiva dallo studio dei singoli istituti nei quali si articola il procedimento, e quindi dalle singole norme che ne disciplinano l'*iter* e dai principi che queste esprimono, si ricava una nuova visione del rapporto fra cittadino e amministrazione. Come già detto, infatti, quest'ultima continua ad operare entro un regime normativo tipico, ma ciò non più in funzione di garanzia dell'autorità stessa, ma in funzione di garanzia delle pretese e delle libertà dei cittadini¹⁶.

Tutte le regole dell'azione amministrativa vengono dunque elevate a norme del procedimento, dirette sia alla pubblica amministrazione che al cittadino, per il perseguimento dei valori dell'art. 97 Cost. Da ciò deriva che dovere principale del funzionario è quello di rispettare le regole che disciplinano lo svolgimento della sua azione, che diventano così condizione di validità degli atti che pone in essere¹⁷.

Volendo allora sottolineare, quale fondamentale conseguenza della valorizzazione operata a favore degli istituti procedimentali, la netta prevalenza delle norme procedurali di organizzazione sulle regole sostanziali di decisione¹⁸, si impone la necessità di verificarne eventuali ripercussioni sull'interpretazione della fattispecie penale.

principio di trasparenza ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi, e il diritto alla garanzia della tutela dell'affidamento legittimo.

¹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Principi*, cit. 34; B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 38 ss.

¹⁷ I. CACCIAVILLANI- C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 8; O. FORLENZA, *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, *Guida dir.* 1999, 10, 91 "va osservato che le norme procedimentali introducono obblighi all'azione della pa, e per essa ai pubblici ufficiali, non meno importanti di altri, in quanto finalizzati, ad esempio, al rispetto della par condicio dei cittadini etc."

¹⁸ A. TESAURO, *Violazione di legge*, cit., pp. 38 e 108 ss. Al riguardo anche A. POLICE, *Trasparenza*, cit., 232: si parla di "obiettivazione delle norme interne", per sottolineare come si assista ad una rinuncia, da parte dell'ordinamento, alla guida in maniera concreta e puntuale di ogni singola fase dell'azione amministrativa, preferendosi imporre alla pa la preventiva determinazione dei parametri e dei criteri da utilizzare nell'esercizio discrezionale del potere autoritativo, con conseguente emersione di norme provviste di efficacia solo interna.

2. Il responsabile del procedimento ai sensi della normativa amministrativa

L'inevitabile nesso di condizionamento fra normativa amministrativa e fattispecie penale, nell'interpretazione di quest'ultima, coinvolge evidentemente anche la ricostruzione del soggetto attivo del reato¹⁹. Occorre infatti operare un riferimento alla normativa amministrativa per delineare i poteri e i compiti del responsabile del procedimento, per poi verificare se tale figura possa rientrare nella nozione di pubblico ufficiale dettata ai fini penali dall'art. 357 c.p., e costituire così soggetto attivo dei reati contro la pubblica amministrazione²⁰.

Occorre dunque procedere preliminarmente a delinearne i tratti caratteristici.

L'introduzione a livello generale nell'attività amministrativa dell'onere di determinazione dell'unità organizzativa dell'istruttoria, e poi della persona fisica responsabile da individuare entro la suddetta unità, si deve alla L. 241/90²¹ (artt. 4-5²²). Tale legge è intervenuta per sopperire alle difficoltà incontrate precedentemente nella pratica, per la mancanza di una guida che riconducesse ad unità la diversificazione delle competenze e coordinasse il procedimento verso un esito puntuale, rallentando

¹⁹ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione*, cit., 1326.

²⁰ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, Dig. disc. pen., X, Torino, 1995, 508 dove si qualifica la definizione di ufficiale pubblico come "la cornice entro la quale vanno collocate le singole fattispecie dei reati propri contro la pa".

²¹ A livello di legge ordinaria un altro esempio si rinviene nel TUEL (prima L. 142/90) che esprime principi identici. In entrambe le normative si pone l'accento sulla diretta responsabilità del personale all'interno delle pa anche se formalmente estraneo all'adozione del provvedimento finale e dei diversi atti endoprocedimentali, in relazione alla legittimità e al buon andamento dell'azione amministrativa. In entrambe si impone poi l'individuazione di un responsabile burocratico dell'azione dei pubblici poteri (art. 107 TUEL). A ciò corrisponde peraltro una progressiva diminuzione delle competenze, e di conseguenza delle responsabilità, in capo agli organi politici: T. BAGLIONE, *Riflessioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio. Atti 1° giornata di studio promossa dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara" Lucca. Lucca, 29 novembre 1997*, 103.

²² M. A. SANDULLI- L. MUSSELLI, *L'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2005, 219 ss. Esiste un rapporto di complementarietà tra questi articoli: il primo rappresenta attuazione dei principi costituzionali sulla necessaria definizione delle competenze all'interno dell'organizzazione amministrativa, mentre il secondo si rivolge all'interno di quest'ultima sfera come espressione del canone della trasparenza dell'azione amministrativa.

l'*iter* procedimentale, e in più rendeva difficile individuare eventuali responsabilità data la mancanza di un unitario centro di imputazione dell'attività²³.

Attualmente, invece, l'individuazione della persona fisica responsabile è un onere cui il dirigente deve adempiere puntualmente in occasione di ogni singolo procedimento, implicando, in caso contrario, la responsabilità del funzionario (art. 5).

L'individuazione dei compiti cui è tenuto il responsabile del procedimento è operata dall'art. 6, dal quale emerge come, nella generale funzione di "governo del procedimento"²⁴, duplice sia la veste assunta dal responsabile: da un punto di vista interno egli si pone infatti come il soggetto cui è affidata la funzione organizzatrice e direttrice dell'istruttoria, per garantire la trasparenza e l'efficienza dell'azione amministrativa; da un punto di vista esterno, invece, come interlocutore e riferimento per i soggetti interessati²⁵.

Si ritiene peraltro che l'elencazione fornita dalla norma non sia tassativa, disponendo egli di una autonomia decisionale anche più ampia, da un lato dovendo compiere ogni altra attività utile per una più completa valutazione degli interessi coinvolti, e dall'altro lato disponendo implicitamente dei poteri necessari per garantire il risultato ottimale dell'azione amministrativa²⁶.

In questi termini deve essere interpretato anche il rapporto esistente tra il responsabile e gli altri dipendenti dell'unità organizzativa. Si parla infatti di "sovraordinazione funzionale" per sottolineare come egli non assuma alcun potere di ordine

²³ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1614; I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della pubblica amministrazione nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2001, 130 ss; G. MORBIDELLI, cit., 607 ove si parla di "balletti di competenze"; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, *Dir. amm.* 1994, V, 13 ss.

²⁴ L'espressione è in G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 609.

²⁵ In giurisprudenza: Cons. St., sez. II, 3/11/1999 n. 1401. In senso analogo: G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 608 dove si colloca la funzione del responsabile del procedimento su due livelli: di garanzia, quale interlocutore individuato per i soggetti interessati, e di efficienza, per il suo ruolo di motore e guida del procedimento; F. PATRONI GRIFFI, *La legge 7/08/1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore*, cit., 70.

²⁶ Si riconosce una sfera di autonomia al responsabile del procedimento in virtù dello stretto rapporto tra potere e responsabilità del relativo esercizio: M. A. SANDULLI- L. MASSELLI, *L'azione amministrativa*, cit., 221 ss.; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento*, cit., 36.

nei loro confronti, non volendosi creare un nuovo rapporto di gerarchia che lo veda in posizione apicale²⁷.

Tuttavia, per consentirgli di compiere correttamente le proprie funzioni, egli dispone di poteri di sollecitazione e di impulso nei confronti degli altri dipendenti, nonché della possibilità di denunciare eventuali altrui inadempienze, irregolarità od omissioni²⁸.

In particolare, a lui compete il dovere di procedere: alle verifiche preliminari; allo svolgimento di tutti gli atti istruttori necessari all'adozione del provvedimento finale; all'indizione di una conferenza di servizi o alla sua proposta; alle comunicazioni, pubblicazioni e notificazioni; all'adozione, se competente, del provvedimento finale²⁹.

In caso contrario, qualora cioè non sia competente, egli provvede ad emettere un atto conclusivo del procedimento nel quale riportare le risultanze istruttorie, vincolando in un certo senso il responsabile del provvedimento. Questi infatti potrà certo discostarsi dalle altrui conclusioni, ma solo indicandone le motivazioni, pena la configurazione di un vizio di legittimità del provvedimento.

Pur non volendo giungere a sminuire l'importanza della fase decisoria, non può disconoscersi come l'art. 6 (in questo punto modificato recentemente dalla L. 15/2005) abbia configurato una quasi proposta di provvedimento, alla quale potrebbe allora riconoscersi una certa efficacia esterna, e conseguentemente anche incidenza nell'ambito delle condotte penalmente rilevanti. Sarebbero infatti rinvenibili due provvedimenti dotati di rilievo esterno: la relazione conclusiva dell'istruttoria, che in

²⁷ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1625 ss.; I. CACCIAVILLANI- C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 172: "la responsabilità del procedimento non crea certo un rapporto di gerarchia istituzionale....ma si limita a creare uno speciale rapporto gerarchico funzionale, dovendo certamente il responsabile del procedimento vigilare sulla regolarità dei suoi passaggi intermedi."

²⁸ M. A. SANDULLI- L. MASSELLI, *L'azione amministrativa*, cit., 200.

²⁹ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 610, dove si precisa come l'assegnazione della funzione di responsabile del procedimento non comporti una nuova forma di responsabilità, né determini l'assegnazione di nuove mansioni: è solo un diverso modo di organizzare le mansioni ordinarie o meglio è un criterio di attribuzione di nuove funzioni.

un certo senso anticipa la decisione, e il provvedimento finale, che eleva a regola produttiva di effetti giuridici quanto emerso in fase istruttoria³⁰.

3. Il responsabile del procedimento quale pubblico ufficiale ex art. 357 c.p.

Per procedere all'individuazione del soggetto attivo, occorre premettere come caratteristica dei delitti dei pubblici ufficiali sia quella di appartenere tutti all'ambito dei c.d. reati propri, ovvero reati che possono essere commessi solo da chi possiede una qualifica particolare, in virtù di determinate qualità o relazioni con altri soggetti³¹. Nel caso di specie, soggetti attivi possono essere solo coloro che rivestono le qualifiche richieste dall'art. 357 c.p. Più precisamente, poi, si tratta di reati funzionali, ovvero reati nei quali la qualifica soggettiva non precede il fatto, ma deriva al soggetto in quanto, nella situazione concreta, egli esercita una funzione pubblica. È dunque dalla situazione di fatto che dipende l'esistenza della qualifica, e da questa la realizzazione di un elemento costitutivo del reato³².

Il dato normativo dal quale prendere le mosse è l'art. 357 c.p. così come modificato dalla L. 26 aprile 1990 n. 86, che offre una rigorosa definizione di pubblico ufficiale³³.

³⁰ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1637 dove si definisce il responsabile del procedimento “quasi responsabile del provvedimento”.

³¹ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 189.

³² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, 23 ss., che li definisce “delitti propri a struttura inversa” per sottolineare come sia necessario indagare sul fatto per poter concludere sull'effettiva esistenza della qualifica del soggetto attivo.

³³ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I*, Bologna, 2007, 171; R. PALMA, *Le qualifiche soggettive. La nozione di pubblico ufficiale*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di C. FIORE, Torino, 2004, 17; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 36; N. PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'AVIRRO, Padova, 1999, 56; R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina*, *Cass. pen.* 1991, 1, 872 ss..

Si precisa inoltre in dottrina come tale valutazione debba operarsi con riferimento al singolo e concreto momento di esercizio del potere amministrativo, e non già con riferimento all'attività amministrativa complessivamente considerata: C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI- E. DOLCINI, Padova, 2001, 37.

La norma prevede attualmente che possa considerarsi pubblico ufficiale, agli effetti penali³⁴, chi eserciti pubbliche funzioni giudiziarie, legislative o amministrative. Mentre le prime due sono state ritenute in dottrina sufficientemente chiare, maggiori difficoltà interpretative si sono avute con riferimento alla pubblica funzione amministrativa³⁵. È comunque pacifico che tale espressione sia stata inserita dal legislatore per aderire al criterio oggettivo-funzionale delle qualifiche pubblicistiche, in base al quale ciò che rileva non è l'esistenza di un rapporto di dipendenza del soggetto dallo Stato o da altro ente pubblico, bensì il concreto svolgimento di funzioni pubbliche³⁶.

Il secondo comma offre poi una definizione di funzione amministrativa mediante il ricorso a due criteri, distinti dalla dottrina rispettivamente in quello "esterno", volto a delineare i confini con l'attività privata, e in quello "interno", utile per distinguere il pubblico ufficiale dall'incaricato di un pubblico servizio³⁷.

³⁴ Al riguardo si aderisce alla tesi in base alla quale tale espressione sarebbe volta non tanto, o non solo, a sottolineare una autonomia di principio delle nozioni penalistiche dal diritto amministrativo, quanto a denotare che la definizione contenuta nell'art. 357 c.p. ha efficacia e valore con riferimento a tutto il sistema penale: M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche pubblicistiche*, Milano, 2002, 230; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 36. Valorizza comunque il principio di non contraddizione dell'ordinamento: M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione*, cit., 1329 ss.

³⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2008, 302; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 176; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 38.

³⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 301; O. DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, in AA.VV., *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. MANNA, Padova, 2007, 411; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 171; R. PALMA, *Le qualifiche soggettive*, cit., 10; M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., 237 e 258; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 36; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 9; N. PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'AVIRRO, cit., 34; A. SEGRETTO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 8; A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, *Enc. dir.*, XLV, 1992, 563 ss.; R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, cit., 870 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all' art. 17 L. 26/04/1990 n. 86, Legislaz. pen.*, 1990, 334 ss.

In giurisprudenza; Cass. 11/03/2003, *Dir. giust.* 2033, 20, 99; Cass. Sez. Un., 11/07/1992 *Delogu*, *Cass. pen.* 1992, m. 2718; nella giurisprudenza di merito: T. Milano 25/09/1997, *Oglio e altri*, *Ind. pen.* 1998, 50 e 579

³⁷ O. DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, cit., 414 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 173 ss.; A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 53 ss.; M. ROMANO, *I delitti dei privati*,

Col primo si fa riferimento ad una attività disciplinata da norme di diritto pubblico, con espressione criticata per la difficoltà di distinguerle da quelle di diritto privato³⁸, e da atti autoritativi, identificati genericamente con gli atti d'imperio, o comunque esplicitazione di un rapporto di supremazia di carattere pubblico³⁹. Le difficoltà vengono risolte mediante una interpretazione che assume in posizione centrale l'esercizio di una pubblica potestà, e che permette di considerare non pleonastico il richiamo all'autoritarieà dell'atto, intesa invece come una specificazione del primo elemento⁴⁰. In questa maniera la funzione amministrativa è considerata pubblica quando sia disciplinata da norme di diritto pubblico, intese per tali solo quelle dotate di autoritarieà e, quindi, espressione di pubbliche potestà⁴¹. Vi potrebbero allora rientrare anche le norme che disciplinano l'attività procedimentale del responsabile, provenendo da una fonte di natura pubblica e delineano la forma per il corretto esercizio del potere, anche di quello autoritativo, dell'amministrazione.

Per tracciare invece i confini tra la figura del pubblico ufficiale e quella dell'incaricato di pubblico servizio, il secondo comma individua il *proprium* delle funzioni svolte dal primo soggetto nell'esercizio di poteri autoritativi o certificativi, o nell'attività di formazione e manifestazione della volontà dell'amministrazione⁴².

Il riferimento all'esercizio del potere autoritativo individua tutte quelle ipotesi nelle quali la pubblica amministrazione disponga per legge di un potere di suprema-

cit., 261 ss.; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 43 ss.; R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, cit., 878 ss.

³⁸ Per una disamina sui criteri proposti nel tempo e sulle difficoltà incontrate: O. DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, cit., 414 ss.; A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 54; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 48 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all'art. 17*, cit., 339 ss.; M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione*, cit., 1333 ss.; A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico*, cit., 563.

³⁹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 46; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 12.

⁴⁰ Si ritiene che le espressioni vadano intese come cumulative; M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., 260; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 47; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale*, cit., 517. Contro: G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 173.

⁴¹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit. 47. In questo senso anche R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, cit., 882.

⁴² F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 304 ss.; O. DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, cit., 417 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 174 ss.; A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 56 ss.; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 50 ss.

zia di fronte al privato, che conseguentemente si trova in posizione di soggezione. Tale potere permette infatti all'amministrazione di realizzare in via imperativa i propri fini.

Il potere certificativo fa riferimento alle attività dotate di particolare efficacia probatoria, ovvero al potere di rappresentare come certa una data situazione sottoposta alla cognizione dell'agente pubblico.

Più complessa è invece l'interpretazione del requisito della formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione con riferimento alla eventuale responsabilità penale del responsabile del procedimento⁴³. Si è detto infatti come il procedimento venga ricostruito quale serie coordinata di atti, per indicare come esso costituisca una fattispecie complessa, caratterizzata dallo svolgimento di plurime e differenziate attività e dall'apporto distinto di diversi soggetti, ricondotta ad unità dal responsabile. Non è allora pacifico in che misura anche le attività solo strumentali all'emanazione del provvedimento finale, e di competenza del responsabile del procedimento, possano considerarsi o meno rilevanti in tal senso⁴⁴.

Evidentemente non tutte le attività compiute all'interno del procedimento possono assurgere a formazione della volontà amministrativa. Sotto tale profilo, ad esempio, potrebbe rientrare l'ipotesi in cui il responsabile del procedimento venga delegato per l'emanazione del provvedimento finale *ex art. 6 u.c. L. 241/90*. In tal caso, infatti, è la legge stessa che gli attribuisce il potere di manifestare la volontà

⁴³ Sottolinea come i due requisiti non vadano necessariamente intesi congiuntamente in quanto raramente si ha una coincidenza oggettiva e soggettiva tra chi forma l'atto amministrativo e chi lo comunica: N. PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 40.

⁴⁴ L'atto d'ufficio non deve comunque venire identificato solo col provvedimento amministrativo, comprendendo qualsiasi atto o comportamento espressione dell'attività funzionale svolta dall'agente pubblico: B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 50. In questo senso anche CACCIAVILLANI- C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 38, accolgono una nozione ampia di atto amministrativo quale possibile *ingenera* del delitto proprio: "vanno compresi tutti i passaggi provvedimentali di un organo della P.A.: il parere prodromico all'emanazione di un atto finale; l'atto infraprocedimentale, preparatorio di altro atto; l'espressione del voto in seno all'organo collegiale e la delibera del collegio, sia essa finale o a sua volta infraprocedimentale".

pubblica, formatasi in seno al procedimento da lui condotto, incidendo direttamente sulla realtà esterna e modificando le sfere giuridiche dei privati⁴⁵.

In realtà, per individuare fra le varie attività procedimentali quelle rilevanti *ex art. 357 c.p.*, non è sufficiente contrapporre l'attività finale di manifestazione esterna della volontà a quella preparatoria ed istruttoria. È invece utile prendere le mosse dal rilievo assegnato dalla L. 241/90 all'attività procedimentale, poiché da questa valorizzazione deriva una innegabile incidenza delle valutazioni istruttorie, e in generale degli atti compiuti in tale fase, sul provvedimento finale, tale per cui potrebbe riconoscersi un rilievo esterno, seppure indiretto, anche a queste⁴⁶.

Potrebbe allora trarsi la conclusione che il criterio utile per distinguere le attività rilevanti non sia tanto la contrapposizione tra attività istruttoria e attività decisoria, ma quello dell'incidenza o meno all'esterno di questa, nella misura in cui ciò sia stato *causa di un'offesa al bene giuridico* protetto. Conseguentemente potrebbe derivare la necessità di indagare, nel singolo caso, quale incidenza abbia avuto anche un atto che svolga solo una funzione endoprocedimentale⁴⁷.

Dunque non dovrebbe escludersi tale rilievo anche per l'ipotesi in cui manchi la delega *ex art. 6 L. 241/90* ed il responsabile sia competente solo all'emanazione del provvedimento conclusivo dell'istruttoria.

Ed anche con riferimento agli atti istruttori, e a quelli preparatori in genere, le conclusioni non possono essere diverse: in ogni caso, infatti, si procede indagando l'influenza causale che questi abbiano avuto sulla determinazione finale, contribuendo

⁴⁵ Medesime considerazioni valgono con riferimento al provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo ad evidenza pubblica prodromico alla fase di diritto privato nello svolgimento dell'attività negoziale della pubblica amministrazione: R. PALMA, *Le qualifiche soggettive*, cit., 21 ss.

⁴⁶ Cass. 25/01/1995, *Crespi*, *Cass. pen.* 1996, m. 1447; Cass. 9/03/1994, *Peirone*, *Giust. pen.* 1995, II, 717; Cass. 7/05/1991, *Petrone*, *Giust. pen.* 1992, II, 86.

⁴⁷ Al fine di individuare quale rilievo esterno possa esprimere un atto amministrativo, anche endoprocedimentale, non è risolutivo il ricorso alle elaborazioni del diritto amministrativo. Mentre ai fini penali si ha riguardo alla sua idoneità offensiva nei confronti del bene protetto, in sede amministrativa tale valutazione viene operata a fini impugnatori.

do alla formazione della volontà amministrativa⁴⁸. In base all'art. 41 c.p., che si ritiene accogla la teoria causale condizionalistica, è infatti causa giuridicamente rilevante dell'evento ogni azione che non possa essere eliminata mentalmente senza che l'evento, in concreto considerato, venga meno⁴⁹. Dunque, proprio in virtù della natura del procedimento, quale serie di atti intrinsecamente legati da un'unica finalità logica tale per cui ciascuno si riflette sugli altri ed infine sul provvedimento finale, per ogni atto, anche solo preparatorio, si dovrebbe indagare quale ruolo abbia avuto nella formazione della volontà pubblica. Così il rilascio di un parere⁵⁰, o lo svolgimento di valutazioni tecniche ad opera del responsabile possono assumere rilievo penale, pur non costituendo l'atto finale del procedimento, in virtù dell'influenza spiegata su questo, tale da poterli considerare quali cause giuridicamente rilevanti dell'evento⁵¹. Il generale obbligo di motivazione, previsto dall'art. 3 L. 241/90 per

⁴⁸ In questo senso: Cass. Sez. VI, 13/05/1998, *Bellifemine*, *Cass. pen.* 1999, m. 2849, a favore delle attività accessorie o sussidiarie ai fini istituzionali dell'ente "giacché ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio che esaurisca nell'ambito del procedimento amministrativo i suoi effetti certificativi, valutativi o autoritativi, seppure destinato a produrre effetti interni alla pubblica amministrazione, comporta, in ogni caso, l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico e non può essere isolato dall'intero contesto delle funzioni pubbliche". In senso favorevole anche: Cass. 2/02/2001, *Bertolini e altro*, *Guida dir. Dossier*, 2001, 9, 85; Cass. Sez. VI 1/12/1997, *Balistreri*, *Dir. pen. proc.* 1998, 1532; Cass. Sez. VI 16/02/1994, *Giovazzi*, *Cass. pen.* 1996, 491; Cass. 9/03/1994, *Peirone*, *Giust. Pen.* 1995, II, 717; Cass. Sez. VI 20/05/1993, *Di Tommaso*, *Cass. pen.* 1994, m. 1855.

⁴⁹ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 226; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 177 ss.

⁵⁰ Con riferimento ai pareri, suggerisce una verifica condotta caso per caso O. FORLENZA, *Se l'opinione non incide sulla decisione finale non c'è concorso morale con i soggetti deliberanti*, *Guida dir.* 2000, 35, 56. Si rileva infatti che "il parere è atto amministrativo che si pone nell'ambito del procedimento e contribuisce, attraverso una manifestazione di scienza o una valutazione frutto degli interessi (secondari) dei quali l'organo collegiale o il soggetto che la rende è portatore, alla definizione della determinazione finale assunta dall'amministrazione. Non può quindi escludersi l'incidenza del parere: ovviamente essa sarà completa (e inevitabile da parte di chi deve provvedere) 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".

⁵¹ In questo senso: Cass. Sez. VI, 20/04/1992, *Bronte*, *Cass. pen.* 1994, 1835 secondo la quale "in materia di reati contro la pubblica amministrazione, la nozione di atto d'ufficio è più ampia di quella di provvedimento amministrativo, poiché comprende in se, a prescindere dalla forma, qualunque specie di atto posto in essere dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, sia esso interno o esterno, decisionale o anche meramente consultivo, preparatorio e non vincolante, fino alle semplici operazioni, alle condotte materiali, alle attività tecniche, e quindi anche quei comportamenti che

ogni atto amministrativo, consentirebbe poi di effettuare il *giudizio controfattuale*, ovvero di verificare se, eliminato l'atto infraprocedimentale, o adottato con differente contenuto, il provvedimento finale sarebbe stato diverso. Infatti, affinché la motivazione vada esente da censure di legittimità per carenza di logicità o coerenza, in essa devono venire richiamati anche gli atti preparatori svolti, per poi dare atto della considerazione da questi ricevuta e dunque dell'influenza esercitata sull'adozione dell'atto finale.

In questo senso sembra esprimersi anche la dottrina, che richiede, perché ciò accada, che l'atto compiuto sia stato in grado di apportare un nuovo elemento di volontà nell'*iter* procedimentale⁵².

Rientrerebbero invece nel novero degli atti inidonei ad integrare il requisito dell'art. 357 c.p., quelli destinati ad esaurirsi nell'ambito organizzativo di cui il soggetto fa parte, senza incidere sui rapporti esterni⁵³, e in generale ogni atto che, ad una valutazione *ex post*, sia risultato ininfluenza ai fini della determinazione finale, ponendosi dunque in rapporto a questa solo quale mero antecedente temporale e non quale *condicio sine qua non* dell'evento ex art. 41, comma 2 c.p.⁵⁴.

Così individuate le ipotesi penalmente rilevanti nello svolgimento dei compiti del responsabile del procedimento, emerge da un lato come egli possa a giusto titolo rientrare nella figura del pubblico ufficiale e così fra i soggetti attivi nei reati contro la pubblica amministrazione, e dall'altro lato anche l'impossibilità di identificare a

soltanto in connessione con altri formano un quid giuridicamente rilevante nella sua riferibilità alla pubblica amministrazione, capace di produrre conseguenze giuridiche”.

⁵²A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 47; N. PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, cit., 40; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale*, cit., 520; R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, cit., 884, che richiede la presenza di un “contributo determinante alla formazione della volontà dell'amministrazione”.

In questo senso potrebbe venire risolto anche il problema della rilevanza degli atti conclusivi di un subprocedimento. Questi, infatti, nonostante siano privi di rilevanza esterna autonoma, vivono in quanto funzionali al procedimento che si conclude con un provvedimento di competenza di un altro organo, dunque ripercuotendosi su questo, con conseguente riflesso sull'attività di formazione e manifestazione della volontà pubblica.

⁵³ R. BERTONI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., 884.

⁵⁴ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 183.

priori le singole attività procedimentali che possono integrare elemento costitutivo o occasione per il compimento del reato⁵⁵.

Si è poi detto come, accanto al dovere di compiere gli specifici atti interni all'iter procedimentale, il responsabile svolga anche il ruolo di *garante dell'azione amministrativa*⁵⁶. Ne deriva non solo la previsione di doveri puntualmente individuati, ma anche un generale obbligo di supervisione delle diverse attività svolte dagli altri soggetti coinvolti, in vista del corretto svolgimento del procedimento, sia per la sua fase finale che per quelle intermedie.

Ciò ha fatto sollevare il dubbio circa l'esistenza di un obbligo, strumentale rispetto all'emanazione del provvedimento finale, di impedimento (anche mediante sollecitazioni o denunce) di altrui condotte omissive concretanti mancata adozione di atti dovuti⁵⁷. La responsabilità penale in tal caso troverebbe la sua fonte nel combinato disposto dagli artt. 110 c.p.- 40 cpv. c.p., che fa riferimento alla c.d. posizione di garanzia, e la singola norma di parte speciale violata⁵⁸.

Dunque l'operazione che si impone è quella di verificare se la legge sul procedimento sia idonea a fondare tale posizione in capo al responsabile⁵⁹. Affinché ciò accada occorrono la preesistenza di un obbligo giuridico di impedimento di eventi vietati e la presenza dei necessari poteri impeditivi. Se si prendono le mosse dal fondamento penalistico della regola dell'equivalenza sancita dall'art. 40, comma 2

⁵⁵ C. BENUSSI, in *Codice penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI- E. DOLCINI, Milano, 2006, *sub* art. 357, 2644: "un soggetto al quale non è possibile negare la qualifica di pubblico ufficiale, partecipando egli alla formazione e manifestazione della volontà della PA"; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 68.

⁵⁶ In questo senso anche F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, *QCSM* 1992, 133 ss., che definisce la figura del responsabile del procedimento quale "precipitato normativo di un soggetto istituzionalmente preposto a formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione".

⁵⁷ C. BENUSSI, in *Codice commentato*, cit., 2644; Id., *I delitti*, cit., 68.

⁵⁸ F. DASSANO, *Il nuovo delitto*, cit., 137.

⁵⁹ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 201: per stabilire se e quando l'omesso impedimento di un evento sia penalmente rilevante richiedono prima di tutto la presenza di un obbligo, fondato da norme extra penali ovunque ubicate, e perciò definito giuridico, di impedimento dell'evento stesso, ovvero di "un obbligo che fa del suo destinatario il garante dell'integrità di uno o più beni giuridici, impegnandolo a neutralizzare i pericoli innescati da comportamenti di terzi o da forze della natura".

c.p., individuato nella necessità riconosciuta dall'ordinamento di assicurare una tutela rafforzata a determinati beni, a causa dell'incapacità dei loro titolari di proteggerli adeguatamente⁶⁰, si dovrebbe ammettere che anche la creazione della figura del responsabile del procedimento potrebbe assolvere tale funzione, quale tutore e garante del bene della correttezza ed efficienza dell'azione amministrativa. La citata posizione di sovraordinazione funzionale, che come detto non crea una nuova posizione gerarchicamente superiore rispetto agli altri dipendenti pubblici, ma attribuisce poteri di sollecitazione e di impulso, nonché la possibilità di denunciare eventuali altrui inadempienze, imporrebbe poi di verificare in concreto la presenza dei necessari poteri impeditivi in capo al responsabile.

Infine, anche volendo ammettere la configurabilità di tale forma di responsabilità, occorre ulteriormente la presenza dell'elemento soggettivo del dolo, secondo le regole generali di imputazione (a parte le poche ipotesi in cui si prevede anche la punibilità a titolo di colpa), con la conseguenza che mere distrazioni o superficialità non potrebbero essere sufficienti a giustificare una responsabilità penale per omesso intervento sull'operato altrui⁶¹. La previsione amministrativa di un unico centro di riferimento non potrebbe infatti considerarsi idonea alla creazione di una nuova figura di responsabilità per posizione⁶².

⁶⁰ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 600 ss.

⁶¹ Potrebbe pur sempre configurarsi uno spiraglio per la responsabilità penale ogni qualvolta vi sia dubbio sulla configurazione dell'elemento soggettivo quale colpa cosciente o dolo eventuale. Anche quest'ultimo, peraltro, si ritiene non possa ammettersi in ogni ipotesi di reato. Si configura, ad esempio, una incompatibilità con la fattispecie dell'abuso d'ufficio: per tutti C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 618.

Con riferimento alla presenza dell'elemento soggettivo nell'emanazione di un parere (ma potrebbe valere per ogni atto infraprocedimentale) O. FORLENZA, *Se l'opinione non incide sulla decisione finale*, cit., 57, che precisa come, in certe situazioni, "la rappresentazione dell'atto conclusivo, quanto meno per la parte in cui esso si collega al parere espresso, non può affatto esulare dall'orizzonte prospettico di chi esprime il parere".

⁶² C. BENUSSI, in *Codice commentato*, cit., 2644; Id., *I delitti*, cit., 68; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento*, cit., 39; F. DASSANO, *Il nuovo delitto*, cit., 134.

4. Il bene giuridico tutelato nei delitti dei pubblici ufficiali

Le novità normative che hanno riguardato il diritto amministrativo, e il conseguente cambiamento nell'ottica dei rapporti tra amministrazione e cittadino, non potevano non ripercuotersi anche sull'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme sui reati dei pubblici ufficiali, inteso questo quale valore costituzionale, o comunque costituzionalmente orientato, preesistente alla norma ed assunto ad elemento costitutivo, lesa o messo in pericolo.

Lo studio del bene giuridico può condurre all'individuazione o di oggetti specifici, corrispondenti alle singole norme incriminatrici, o di un identico oggetto giuridico di categoria, nel quale le varie ipotesi criminose si distinguono per gli ulteriori elementi relativi alla condotta⁶³. Con riferimento ai delitti dei pubblici ufficiali rientrerebbe in tale ultima ipotesi, quale bene di categoria, il concetto stesso di pubblica amministrazione, intesa in termini ampi e comprensivi dell'intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici⁶⁴.

Coerentemente al clima politico che accompagnò la redazione del codice penale del 1930, nel tempo si è ritenuto che il bene giuridico tutelato fosse da individuare nell'offesa al prestigio dell'amministrazione e nella intangibilità della potestà autoritativa, lesi dalla violazione del dovere da parte del pubblico funzionario⁶⁵. L'interesse protetto veniva dunque ricercato in maniera non analitica ma sintetica, per ricomprendere in un unico generico valore tutti gli attributi delle diverse funzioni pubbliche⁶⁶.

⁶³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, 202.

⁶⁴ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 4 ss: con maggiore precisione si distingue tra pubblica amministrazione come oggetto di tutela e pubblica amministrazione come soggetto passivo. Nel primo caso la pubblica amministrazione verrebbe in rilievo quale bene di categoria, espresso in maniera generale dalla rubrica del titolo II del libro secondo del codice penale, indicando, in senso oggettivo, l'intera attività funzionale dello Stato e degli altri enti pubblici. Nelle singole fattispecie il richiamo alla pubblica amministrazione andrebbe invece inteso in senso soggettivo, ovvero riferito all'ente titolare dell'interesse protetto.

⁶⁵ A. ALBAMONTE, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, Cons. st. 1993, II, 1100 ss.

⁶⁶ R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984, 23 ss.; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 2 ss.

La attuale valorizzazione del concetto di funzione amministrativa, del procedimento e dei principi e delle garanzie per il cittadino che da questi derivano, hanno condotto ad una visione più attenta all'effettività del risultato dell'attività pubblica, che non poteva non influenzare anche il diritto penale⁶⁷. È pur vero, infatti, che continua ad assumere rilievo anche il profilo personale della violazione dei doveri di correttezza, obbedienza e fedeltà nella condotta del pubblico ufficiale (art. 54, comma 2 Cost.), ma in posizione quasi secondaria a causa della lamentata inafferrabilità e nebulosità di tali concetti, inidonei a fornire un supporto interpretativo valido per tutti i reati⁶⁸. Il rilievo principale viene riconosciuto pacificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza ai valori del buon andamento e dell'imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi dotati di spessore costituzionale (art. 97 Cost.), in quanto determinanti per l'effettivo risultato dell'azione pubblica⁶⁹.

Preliminarmente occorre però precisare come l'individuazione dello specifico oggetto di tutela presente in ogni fattispecie, al quale ancorare una precisa soglia di punibilità, sia un'operazione che diviene più difficile se si passa dalle fattispecie poste a tutela dei beni individuali a quelle finalizzate alla protezione dei beni collettivi, quale è l'apparato amministrativo⁷⁰. In questi casi, infatti, l'oggetto della tutela pare essere non tanto un bene puntualmente individuato, quanto il complesso assetto

⁶⁷ A. SESSA, *Corruzione e concussione*, cit., 85 ss. Si sottolinea come il passaggio ad una concezione funzionale stico- personale della pubblica amministrazione abbia comportato una maggiore consapevolezza dei valori della persona, costituzionalmente tutelati, ed al cui sviluppo la stessa pubblica amministrazione è obbligata. Ne consegue che sarebbe più preciso porre in rilievo la tutela del patrimonio collettivo pubblico, inteso quale insieme di beni funzionali allo sviluppo della persona in quanto membro di una collettività alla quale spetta la titolarità dei diritti sui beni stessi.

⁶⁸ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 9.

⁶⁹ In dottrina offre una panoramica delle tesi proposte M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche*, cit., 1340. In giurisprudenza si segnala: Cass. Sez. VI 25/09/1998, *Ottaviano*, *Guida dir.* 1998, 43, 100; Cass. Sez. VI 10/10/1992, *Furlan*, *Cass. pen.* 1993, 1731; Cass. Sez. VI 15/12/1992, *Di Gioia*, *Cass. pen.* 1994, 1517.

⁷⁰ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 17; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 211.

Occorre peraltro precisare come il concetto penalistico di pubblica amministrazione che viene in rilievo sia diverso e più ampio rispetto all'accezione del diritto pubblico, abbracciando tutte le attività funzionali imputabili allo Stato e agli altri enti pubblici.

di disciplina volto a garantire il regolare esercizio dell'attività pubblica⁷¹. Si parla infatti di reati a tutela di una funzione, in tal caso quella amministrativa, nei quali la norma assume come finalità generale la salvaguardia di un modo di risoluzione di un conflitto di interessi, la cui valutazione e il cui contemperamento sono affidati all'amministrazione per l'individuazione di quello prevalente⁷².

In via generale, dunque, la norma penale è volta a tutelare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa, orientata da modelli di buon funzionamento, a loro volta esprimenti i valori del buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Tuttavia ciò non esclude la compresenza, all'interno delle singole fattispecie penali, di un interesse sostanziale autonomo e specifico, individuato anch'esso mediante il filtro dei modelli di buon funzionamento creati dal diritto amministrativo⁷³. Più che assurgere a singolo o principale oggetto di tutela, il generale principio di buon funzionamento pare allora permeare ogni singola fattispecie quale bene-mezzo funzionale alla tutela finale di quello puntuale⁷⁴.

⁷¹ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 546, dove si fornisce una definizione dei beni collettivi quali "situazioni di fatto, permeate di valore, offendibili e perciò tutelabili, che si incarnano o in entità fisico-materiali (ad es. il territorio dello Stato) o in attività giuridicamente regolate (esercizio delle funzioni amministrative)." Si evidenzia inoltre come, nonostante in questi casi l'individuazione del bene tutelato possa apparire spesso ostacolata dalla genericità dei nomi utilizzati, tali espressioni abbiano in realtà solo una funzione classificatoria-sistematica: ciò cui occorre avere riguardo è infatti la specifica attitudine offensiva della condotta tipica e la capacità del bene di essere offeso nel singolo caso concreto (543 ss.).

⁷² T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 87; Id., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, *Cass. pen.* 1987, I, 674 ss.

⁷³ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 156; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 6 ss.; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso*, cit., 543 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 5; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 121 ss.; In particolare A. SESSA, *Corruzione e concussione*, cit., 85: con specifico riferimento al delitto di abuso d'ufficio ritiene che "tanto il buon andamento quanto l'imparzialità, nella loro dimensione strumentale, limitandosi ad esprimere disvalori- mezzo collegati alla condotta, si rivelano fuorvianti per la individuazione dell'oggetto di tutela che, così, verrebbe a riferirsi ad un momento intermedio e non al momento finale cui ricondurre la vera offesa".

⁷⁴ Pare necessario che l'interprete, di volta in volta, con riferimento alla singola norma incriminatrice, ricostruisca il bene giuridico o il profilo del bene giuridico protetto con una fisionomia tale da renderlo capace di subire un'offesa. Il riferimento alle singole norme incriminatrici pare dunque imprescindibile, consentendo di individuare gli interessi concretamente e direttamente ledibili, indicando quali

In realtà, tale scomposizione del bene giuridico, che vede contrapposti da un lato il principio del buon funzionamento, immanente ad ogni fattispecie, e dall'altro il singolo bene, diverso per ciascuna di esse, potrebbe apparire artificiosa, se non operata a fini meramente ricostruttivi. Sarebbe allora più corretto riconoscergli una natura unitaria, osservando come i singoli beni rilevanti nelle diverse fattispecie altro non siano che precise declinazioni del principio generale del buon funzionamento⁷⁵.

Sottesa all'intervento penale è dunque un'operazione di bilanciamento di interessi svolta nel rispetto di modelli istituzionali di buon funzionamento, con la conseguente necessità di mediare attraverso questi per costituire e precisare l'oggetto stesso della tutela penale⁷⁶.

Ciò non significa peraltro ridurre, con tecnica meramente sanzionatoria⁷⁷, l'illecito penale ad illecito di mera disobbedienza per la trasgressione dei modelli di buon funzionamento, appiattendolo l'oggettività giuridica della fattispecie penale sull'operazione di bilanciamento di interessi⁷⁸. Così ragionando si correrebbe infatti il rischio di contrastare col principio generale di sussidiarietà, in base al quale l'intervento penale è giustificato quale *extrema ratio*, e non come automatica conseguenza della inosservanza di un precetto posto a garanzia di meri valori formali⁷⁹.

peculiari funzioni pubbliche vengano specificamente protette e quali condotte siano concretamente vietate.

⁷⁵ Così, ad esempio, se semplificando si volesse individuare il bene giuridico tutelato nel delitto di abuso d'ufficio nel rispetto della legalità, in quanto funzionale all'efficienza dell'attività amministrativa, non potrebbe sfuggire come questo rappresenti una applicazione puntuale di quello generale.

⁷⁶ D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 39 ss.

⁷⁷ C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Dig. disc. pen.* IV, 1990, 73, che offre una definizione di diritto penale sanzionatorio: "quando la regola di condotta (il precetto) non è formulata dalla stessa norma incriminatrice ma si trova incorporata in un disposto normativo presidiato, in via primaria, da sanzioni extrapenali cui la normativa incriminatrice fa espresso rinvio... Esistono norme penali che possiamo dire sanzionatorie in senso lato: che nelle loro fattispecie oggettive incorporano un momento di illiceità extrapenale. Il precetto penale viene così ad accedere, quasi in funzione di ricalzo, ad un precetto pubblicistico o privatistico... Basta la mera irrilevanza extrapenale a far venire meno la tipicità".

⁷⁸ S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice*, cit., nota a pag. 140.

⁷⁹ A. SESSA, *Corruzione e concussione*, cit., 87. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 455 ss.: per la selezione dei fatti

Al contrario, le considerazioni svolte stanno ad indicare la presenza di un inevitabile rapporto di compenetrazione tra i diversi rami dell'ordinamento, che implica il riferimento ai beni e interessi in gioco quale criterio di legittimazione della complessiva mediazione istituzionale⁸⁰.

Tale interpretazione permette anche di affrontare le perplessità avanzate in dottrina sull'ammissibilità dei reati a tutela delle funzioni, nei quali mancherebbe una concretizzazione del bene giuridico e del contenuto di disvalore del reato, a favore invece dei valori richiamati dall'art. 97 Cost. e sintetizzati nei modelli di buon funzionamento⁸¹. Da un lato, dunque, questi fungerebbero da criterio orientativo per il diritto pubblico nella creazione delle regole di attività per la risoluzione dei conflitti,

penalmente rilevanti, nello studio del bene giuridico, sono stati elaborati i principi di proporzione, sussidiarietà, frammentarietà e tipicità.

Si accoglie al riguardo una concezione ristretta del principio di sussidiarietà, in base alla quale il ricorso allo strumento penale appare ingiustificato o superfluo quando la salvaguardia del bene in questione sia già ottenibile mediante sanzioni di natura extrapenale: per tutti G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 30.

Ne consegue che semplici violazioni dell'obbligo di correttezza o dei doveri gerarchici, meramente interne all'ordinamento amministrativo, inidonee ad offendere il bene giuridico tutelato, potrebbero eventualmente assumere rilievo disciplinare: F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 144.

In questo senso anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., 33: si pongono in rilievo le differenti logiche che ispirano i due rami dell'ordinamento. Mentre quello penale interviene per reintegrare l'ordinamento generale, accertando la responsabilità personale di chi abbia agito in violazione delle norme di ordine pubblico, quello amministrativo è invece volto alla cura dell'interesse particolare della propria organizzazione. Ne consegue che solo l'applicazione della sanzione penale costituisce per lo Stato un dovere, integrando invece un diritto l'applicazione di una conseguenza amministrativa.

Infine, potrebbe sottolinearsi anche una differenza ulteriore relativa al diverso oggetto di indagine nel processo amministrativo, il provvedimento, e in quello penale, nel quale l'illegittimità del provvedimento è solo uno degli elementi della fattispecie da accertare.

⁸⁰ D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie*, cit., 40. In questo senso anche: R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., 26 ss., dove si afferma che solo impropriamente potrebbe continuare a parlarsi di carattere sanzionatorio del diritto penale, non potendosi negare autonomia al diritto penale, che valuta e allo stesso tempo comanda in vista di scopi diversi e propri. Si propone di richiamare invece, quale principio più corretto, quello di unitarietà e non contraddizione dell'ordinamento.

⁸¹ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso*, cit., 544; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 469 ss. In questo senso anche G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, Napoli, 1985, 53, il quale sottolinea come "la possibilità di procedere ad una verifica della concreta idoneità aggressiva della condotta criminosa dipenda anche dalla natura dello stesso bene oggetto di protezione: in questo senso si è osservato che la prova della pericolosità del fatto presuppone... che la fattispecie sia diretta alla tutela di oggetti concretamente determinati, sicché caso per caso si possa stabilire con certezza se essi sono stati effettivamente messi in pericolo. Una simile prova diventa di conseguenza più ardua tutte le volte in cui una norma penale tutela beni superindividuali".

dall'altro lato, poi, si specificherebbero, completandosi, con quello puntualmente presente nella singola fattispecie⁸². Si potrebbe dunque dire che i modelli di buon funzionamento devono ispirare l'azione dei pubblici agenti in quanto funzionali a garantire il buon funzionamento stesso dell'attività amministrativa e quindi, in fine, anche la tutela del bene giuridico particolare. Il rischio che ne deriva, ovvero quello di cadere in una tautologia, altro non sarebbe che la conseguenza della inevitabile vaghezza del concetto stesso di buon andamento e, in generale, dei beni giuridici superindividuali.

Si è suggerito allora di procedere ad una maggiore concretizzazione delle oggettività giuridiche, avendo riguardo, ad esempio, all'offesa arrecata al singolo ufficio o provvedimento⁸³. Ma quando ciò non sia possibile, resta da sciogliere il quesito di fondo ovvero se lo scopo della tutela penalistica dei beni in oggetto sia da individuare nell'impedimento di lesioni o pericoli per i beni, che allora devono essere sufficientemente circoscrivibili, oppure nella protezione delle regole di funzionamento in quanto strumentali ad una tutela efficace del bene istituzionale⁸⁴.

Se però con riferimento ai beni specifici ulteriormente ricavati accanto a quello generale, è più semplice individuare il momento in cui l'offesa si realizza, tale operazione appare invece più difficile con riferimento al valore del buon andamento. Proprio per il suo carattere superindividuale, esso pare infatti ledibile non già per effetto di una condotta singola, ma solo per via del ripetersi costante e generalizzato delle condotte illecite, con la conseguenza che in tal caso è difficile ricostruirne l'offesa intorno ai concetti di danno o pericolo per il bene protetto⁸⁵.

⁸² La Corte Costituzionale ha ormai riconosciuto natura precettiva alla norma dell'art. 97 Cost., che pone così un obbligo primario sia per il legislatore che per la pubblica amministrazione (Corte Cost. 7/03/1962 n. 14 in *Giur. Cost.* 1962, I, 146 ss.).

⁸³ F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., 86 ss. che crea un riscontro ideale tra la concretezza del singolo uomo come individualità degna di autonoma tutela e quella del singolo ufficio istituzionale.

⁸⁴ G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 65.

⁸⁵ G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., 60 ss.

Scartate comunque le conclusioni cui era giunta la dottrina precedente in accoglimento di una concezione formale delle singole ipotesi delittuose, che si ritenevano consumate anche con la semplice violazione del dovere di ubbidienza, si ritiene ormai imprescindibile una effettiva lesione del bene tutelato, ovvero dell'esercizio dell'attività amministrativa, che non si sia svolta secondo i criteri generali del buon andamento e dell'imparzialità⁸⁶. Dunque, proprio il principio di offensività impone una adesione solo di massima ai criteri citati quali beni tutelati, esigendosi poi una verifica in concreto dell'incidenza della violazione sull'effettiva esplicazione del potere, o ancora meglio sul raggiungimento del risultato dell'azione amministrativa, a sua volta specificato nelle singole fattispecie incriminatrici⁸⁷.

Inoltre l'attenzione posta sull'attività, quale risultato ultimo da tutelare, funge da criterio orientativo nell'interpretazione della norma centrale dell'art. 97 Cost.

Se ne distinguono infatti due ambiti, uno interno ed uno esterno⁸⁸. Il primo ha riguardo al criterio distributivo delle specifiche competenze, funzioni e responsabilità tra i singoli uffici ed organi amministrativi. Il secondo, invece, assume maggiore rilievo penale, riferendosi proprio alla legalità dell'attività amministrativa, intesa nel momento dinamico di esercizio della funzione⁸⁹. La norma interviene dunque per garantire l'interesse dello Stato a che i poteri pubblici, una volta esternati nei rapporti con i cittadini, non vengano strumentalizzati, comportando uno sviamento dai fini tipici per i quali sono attribuiti.

In questo senso deve allora venire inteso il richiamo ai principi del buon andamento e dell'imparzialità. In particolare, ai fini del diritto penale, si ritiene che il primo debba essere collegato al concetto di efficienza dell'azione amministrativa, per

⁸⁶ R. RAMPIONI, *Progetto di riforma e oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 67 ss.

⁸⁷ S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie*, cit., 139. In generale anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 181 ss.

⁸⁸ F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 143 ss.

⁸⁹ A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 38: si preferisce parlare di "normale funzionamento dei poteri statuali" piuttosto che di "legale esplicazione dei poteri pubblici", per evitare il rischio di subordinare l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice alla provvisorietà dei provvedimenti amministrativi.

l'ottenimento dei risultati individuati dalla legge, pur sempre nel rispetto delle modalità procedurali imposte⁹⁰.

Il concetto di imparzialità, quale bene tutelato dalle norme penali, deve invece venire inteso come divieto di favoritismi o di discriminazione, per garantire che la valutazione degli interessi coinvolti venga operata indipendentemente dall'intervento di pressioni estranee⁹¹. Correlativamente ne consegue poi l'obbligo di distribuire equamente tra i cittadini, senza creare o mantenere alcuna ingiustificata posizione di privilegio, le utilità e i sacrifici derivanti dall'esercizio del potere pubblico. Così inteso, il principio di imparzialità fungerebbe anche da limite a quello del buon andamento, impedendo che le finalità di efficienza giustificano anche comportamenti arbitrari non rispettosi del modello legale di condotta⁹².

Nella ricerca degli ulteriori beni tutelati dalle fattispecie penali è stato poi rivalutato anche il richiamo al dovere, dotato peraltro anch'esso di rilievo costituzionale (art. 54, comma 2), di adempiere con disciplina ed onore allo svolgimento delle funzioni pubbliche, inteso come un richiamo alla legalità e alla rettitudine⁹³. Tale rivalutazione è stata possibile grazie all'abbandono delle concezioni formali dell'illecito penale, a favore di un'interpretazione dell'obbligo di fedeltà del pubblico ufficiale in un'ottica costituzionale, in armonia con le altre disposizioni relative

⁹⁰ F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 159 ss.

In particolare L. TORCHIA, *L'attività amministrativa nella (vecchia e nuova) Costituzione*, cit., 461: si rileva come, nel quadro delle citate modifiche del diritto amministrativo, si inserisca anche un approfondimento dei contenuti possibili del principio di imparzialità "con il passaggio, per così dire, da una concezione minimale, che la riferiva al funzionario e ai suoi doveri di astensione, ad una concezione ben più articolata che fonda sul principio di imparzialità la posizione complessiva dell'amministrazione, e ne trae quindi sia regole di condotta, sia regola di decisione". Nella stessa direzione va, infine, l'attribuzione di rilevanza giuridica a regole di funzionalità ed efficienza, mediante il riferimento al principio del buon andamento.

⁹¹ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche*, cit., 1342, dove si mette in risalto l'insufficienza del c.d. contenuto minimo del concetto di imparzialità, quale obbligo di operare una valutazione comparativa degli interessi coinvolti e rispettarla anche in fase esecutiva, o di operare secondo criteri di giustizia sostanziale nel confronto fra gli interessi coinvolti.

⁹² F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 168 ss.

⁹³ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 11; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 139 ss.

all'esercizio della funzione amministrativa⁹⁴. Emerge allora, in tutta evidenza, il rapporto di complementarità che esiste tra il generale dovere di buon andamento e imparzialità e quello più personale di fedeltà e correttezza nello svolgimento di tale attività. Appare chiaro, infatti, come il perseguimento dei fini istituzionali della pubblica amministrazione sia in qualche misura condizionato anche dall'osservanza di un dovere di correttezza da parte del soggetto pubblico che agisce: dipendendo il primo in un certo senso dal secondo, il buon andamento potrebbe così essere messo in pericolo da certi comportamenti disdicevoli⁹⁵.

Alla base viene posta la posizione fiduciaria qualificata che lega i pubblici ufficiali in primis alla pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione che le è propria, rispetto alla quale assumono un particolare obbligo di tutela⁹⁶. Proprio l'esistenza di tale rapporto qualificato tra soggetto e amministrazione è ciò che accomuna e connota i reati dei pubblici ufficiali, caratterizzati dal fatto che l'offesa proviene da soggetti che operano all'interno dell'amministrazione stessa⁹⁷.

Proprio in virtù di tale posizione interna, il soggetto è destinatario di una serie di obblighi di correttezza e fedeltà, funzionali alla tutela del bene giuridico affidato-

⁹⁴ A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 36 ss. In particolare si propone di “scoprire il valore laico del dovere di onore e disciplina... e quindi di considerare tale valore elemento di tipicità di reati che esprimono un qualificato rapporto funzionale alla tutela... del patrimonio collettivo pubblico”.

⁹⁵ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 11.

⁹⁶ A. SESSA, *Corruzione e concussione*, cit., 65: tale ultimo aspetto appare peraltro ancora più appropriato alla luce delle considerazioni svolte in merito alla tendenza attuale verso una valutazione sempre maggiore delle posizioni di vantaggio del singolo cittadino, alla cui promozione la pubblica amministrazione è funzionalizzata, e che assumono rilievo penale in caso di strumentalizzazione dei poteri da parte di chi opera come soggetto pubblico.

In questo senso anche G. P. DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1998, 823 dove si parla di “rapporto di connaturalità” tra le particolari condizioni personali e l'interesse protetto. Tale rapporto, esprime la sua massima intensità nelle ipotesi di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, assume una duplice fisionomia. “Talora la qualifica del soggetto attivo rileva in quanto comporta una specifica attitudine di tale soggetto alla tutela del bene giuridico in questione, e solo indirettamente rileva la capacità di offesa... Vi sono invece casi in cui il vincolo tra qualifica e bene giuridico è, per così dire, di ordine negativo, e viene evidenziata pertanto la particolare attitudine all'offesa”.

Aderendo a tale bipartizione, potrebbero allora ricondursi i delitti dei pubblici ufficiali alla prima categoria, per esaminare la problematica della connessione fra violazione del dovere e offesa dell'interesse protetto.

⁹⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 285; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 3.

gli, che identificano il contenuto della condotta dovuta. L'elemento comune di tali reati è infatti costituito da condotte integranti violazione di doveri o abuso di poteri nell'esercizio della mansione affidata, che esprimono un proprio disvalore relativo alla condotta, inidonee però a identificarsi nel bene giuridico tutelato. Quest'ultimo, come detto, viene infatti individuato in via generale nel corretto svolgimento dell'attività amministrativa, con la conseguenza che il dovere di fedeltà si pone solo quale elemento intermedio in vista della tutela del primo.

Ne deriva che il disvalore espresso con la violazione dei doveri di correttezza e fedeltà integra solo un disvalore-mezzo, inerente alla condotta e come tale insufficiente per la consumazione del reato, attraverso il quale si giunge al disvalore relativo all'evento⁹⁸.

⁹⁸A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., 194 ss.

CAPITOLO II

Il delitto di abuso d'ufficio e lo svolgimento dell'attività procedimentale

1. Premessa. La modifica dell'art. 323 c.p.

Nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, l'abuso d'ufficio si caratterizza per lo stretto legame esistente tra lo svolgimento della funzione amministrativa, occasione per la realizzazione della condotta incriminata da parte del responsabile del procedimento, e la realizzazione del reato.

Occorre però accennare, preliminarmente, come la formulazione attuale sia il prodotto di alcune modifiche intervenute su quella originaria del codice Rocco, prima con la L. 86/1990 ed infine con la L. 234/1997 che ha delineato la fisionomia dell'attuale art. 323 c.p.⁹⁹.

La ragione di tali cambiamenti può essere ravvisata nell'esigenza di ovviare al difetto di determinatezza che aveva caratterizzato le precedenti figure del peculato per distrazione, dell'interesse privato in atti d'ufficio e dell'abuso c.d. innominato¹⁰⁰.

⁹⁹ Per un *excursus* sulle modifiche, normative ed interpretative, apportate all'art. 323 c. p. : A. MARTINO, *L'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 236 ss.; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 1 ss.; M. RUSSO, *La violazione di legge e di regolamento*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 21 ss.

¹⁰⁰ Con riferimento in particolare agli originari reati di peculato per distrazione, interesse privato e abuso innominato, si rileva come una delle direttrici di riforma seguite dal legislatore del 1990 abbia coinvolto i c.d. reati a formulazione aperta, caratterizzati dal tendenziale polarizzarsi dell'illecito sul contrasto fra la condotta effettivamente tenuta e quella invece dovuta conformemente ai doveri di imparzialità e buon andamento: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 159.

Secondo le intenzioni del legislatore ciò avrebbe infatti permesso di salvare la norma da eventuali vizi di legittimità per difetto di precisione, di definire meglio gli ambiti rispettivamente dell'illecito penale e di quello amministrativo, e quindi di limitare il controllo del giudice penale sull'attività amministrativa entro confini rispettosi del principio costituzionale della divisione dei poteri¹⁰¹.

Sinteticamente può sottolinearsi come l'attuale formulazione modifichi l'originaria previsione di una clausola di sussidiarietà, che rendeva l'abuso d'ufficio applicabile solo quando il fatto non avesse integrato gli elementi costitutivi di altra norma incriminatrice più specifica, a favore di una clausola di consunzione ("se il fatto non costituisce più grave reato"). Come tale, questa esclude la realizzazione di un concorso di reati a favore dell'abuso d'ufficio qualora la condotta integri gli elementi anche di altra fattispecie, purché questa non sia più grave¹⁰².

Con riferimento in particolare agli aspetti strutturali della fattispecie, configurata ormai come reato di evento e non più di solo pericolo, si richiede che il soggetto attivo, pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, operi nello svolgimento delle proprie funzioni, sottolineando così la necessità di uno stretto rapporto fra la realizzazione del fatto criminoso e i doveri cui egli è tenuto nell'esercizio della pubblica funzione.

In questo senso anche: G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio. Atti 1° giornata di studio promossa dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara"*, cit., 20.

¹⁰¹ A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, *Dir. pen. proc.* 1997, 11, 1394 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 246; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 554; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, *Studium juris* 1997, 1251. In giurisprudenza: Cass. 4/12/1997, *Tosches*, *Cass. pen.* 1998, 2332; Cass. Sez. VI, 2/10/1998, *Tilesi*, *Cass. pen.* 1999, 2114, m. 994; T. Milano 21/10/1998, *Scudieri*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 789.

¹⁰² Con riferimento al rapporto tra il reato di abuso d'ufficio e quello di omissione di atti d'ufficio: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 274.

Al fine peraltro di non rendere inapplicabile la norma dell'art. 328 c.p. si deve ritenere che il *quid pluris* di una condotta abusiva, rispetto ad una sola omissiva, sia rappresentato dallo sfruttamento della funzione o del servizio, per la realizzazione di una finalità privata: R. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 16.

Infine, per ovviare ai citati dubbi di determinatezza, si è ancorata la fattispecie a precisi parametri di valutazione¹⁰³, richiedendo alternativamente che la condotta realizzi una puntuale violazione di norme di legge o di regolamento, o si sostanzi nella mancata astensione dallo svolgimento dell'attività del soggetto attivo in caso di concomitante interesse proprio o di un prossimo congiunto, o nei singoli casi previsti dalla legge, procurando così intenzionalmente un ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno altrui¹⁰⁴. La condotta rilevante viene dunque legata alla presenza di precisi parametri normativi, individuati nella legge e nel regolamento violati¹⁰⁵. Anche se non mancano tuttora alcuni dubbi circa le caratteristiche che tali fonti devono rivestire, il risultato ottenuto è sicuramente quello di una maggiore tipizzazione. La legge e il regolamento godono infatti di un valore formale, superiore rispetto ad ogni altra fonte dell'ordinamento, che dovrebbe conferire loro un sufficiente grado di certezza, unitamente alle forme di pubblicità legale che le assistono, utili a garantirne almeno in astratto la conoscibilità¹⁰⁶. In realtà, la dottrina sottolinea comunque come la *ratio* ispiratrice della riforma non possa essere ravvisata esclusivamente nelle esigenze di certezza e legalità. Per la prima non si spiegherebbe, infatti, l'esclusione di altre fonti subordinate pure in grado di garantire certezza e precisione, mentre per la seconda, con particolare riferimento alla riserva di legge, dovrebbe giungersi più correttamente ad escludere i regolamenti¹⁰⁷.

¹⁰³ Apparentemente la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio introduce un reato a forma vincolata, incentrato sul contrassegno formale della violazione di legge o regolamento, secondo lo schema dei c.d. "illeciti di modalità di lesione" cioè di quella classe di reati descritti per note interne attraverso la predeterminazione legislativa della modalità offensive tipiche: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., IX.

¹⁰⁴ Una modifica significativa apportata dalla riforma del 1997 è sicuramente la trasformazione dell'abuso d'ufficio in reato di evento: il danno o il vantaggio ingiusti non sono più contenuto del dolo specifico (ciò che dunque conduceva alla punibilità solo che rientrassero nel fuoco della condotta, indipendentemente dalla realizzazione in concreto) ma occorre che si verifichino alternativamente per poter ritenere consumato il reato.

¹⁰⁵ In questo senso M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 17: "Essenzialmente, se prima il reato si consumava con la *violazione di doveri d'ufficio*, ora invece esso si consuma soltanto con la *violazione di norme tassative*".

¹⁰⁶ Cass. 2/10/1998, *Tilesi*, Cass. pen. 1999, 2114.

¹⁰⁷ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 247: si aggiunge una considerazione ulteriore relativa al fatto

Si può allora ritenere che il richiamo alla legge e al regolamento costituisca un preciso riferimento per delineare l'ambito ciò che è penalmente rilevante, in modo da ripartire la materia fra il giudice penale e la pubblica amministrazione¹⁰⁸. Si è detto, infatti, come lo scopo della riforma fosse quello, espressamente dichiarato¹⁰⁹, di limitare l'intervento del giudice penale sull'attività amministrativa alla sola valutazione delle condotte in chiave di liceità o illiceità, impedendo intromissioni sulle valutazioni nel merito delle scelte amministrative. La descrizione della condotta in termini di contrarietà a precisi parametri positivi dovrebbe infatti permetterne una immediata verificabilità da parte del giudice penale, che dunque si limiterebbe a riscontrare l'avvenuto contrasto col parametro legale, senza ulteriori valutazioni sullo svolgimento dell'attività pubblica¹¹⁰.

Il ricorso operato alla violazione di leggi o regolamento permetterebbe così di abbandonare il vecchio concetto di abuso¹¹¹, interpretato quale distorsione funzionale dei poteri per uno scopo diverso da quello per il quale erano stati attribuiti, assecondando così le avvertite esigenze di determinatezza¹¹².

che “la limitazione del novero delle fonti idonee ad incardinare una condotta di abuso non esprima affatto un criterio di selezione del comportamento in base all'offensività penalmente significativa del fatto abusivo”.

In questo senso anche G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 248.

¹⁰⁸ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 247.

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, l'intervento dell'on. Marotta nella seduta della Camera del 15/04/1997.

¹¹⁰ Un vantaggio ulteriore perseguito con la riforma è quello di garantire certezza anche ai pubblici ufficiali nell'esercizio del proprio ufficio, scongiurando così il rischio di incorrere in paralisi dell'attività dovute all'incertezza del dato normativo.

¹¹¹ Nell'interpretazione del termine “abuso” non risultava chiaro quale potesse essere il rapporto con il diritto amministrativo e la disciplina dei vizi amministrativi, con conseguenti problemi nei rapporti fra giurisdizione penale e pubblica amministrazione: P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio; dichiarazioni del coimputato; videoconferenze giudiziarie*, a cura di A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI, Padova, 1998, 19. Accadeva inoltre che, in via interpretativa, si desse rilievo anche a quei comportamenti che solo avessero violato norme anche non scritte della pubblica amministrazione: Cass. 16/03/1995, *Gadani*, *Cass. pen.* 1996, 488; Cass. 18/08/1993, *Talarico*, *Cass. pen.* 1994, 2975; Cass. 26/06/1992, *Ragni*, *Cass. pen.* 1993, 2516.

¹¹² La vaghezza di tale concetto emergeva non solo sul piano definitorio, ma anche su quello probatorio. Occorre infatti aver chiaro quale fosse stato lo scopo per il quale il potere era stato attribuito, per poi verificare la corrispondenza dell'atto in concreto ad uno scopo diverso e particolare. Per tutti: V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 1207 ss.

Tuttavia occorre dare atto di come, nonostante tali modifiche, la norma continui a non andare esente da critiche. Da un lato si sottolinea, infatti, come il richiamo alla violazione di norme di legge o di regolamento rischi di autorizzare un allargamento dell'area della illiceità penale fino a comprendere anche le semplici inosservanze meramente formali, in dispregio del principio di offensività¹¹³; e come tale richiamo, operato in maniera generica alla figura del regolamento, non permetta di distinguere con precisione tra le diverse fonti quelle che traggono il loro potere dalla legge e quelle che sono frutto dell'iniziativa della pubblica amministrazione, compromettendo così il rispetto del principio della riserva di legge¹¹⁴. Dall'altro lato, emergerebbe ancora un difetto di determinatezza, dimostrato dalle diverse interpretazioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la rilevanza penale della violazione anche delle norme procedurali e dell'art. 97 Cost., o dai dubbi sulla possibilità di ricomprendere in tale espressione anche il vizio di eccesso di potere¹¹⁵.

¹¹³ V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma*, cit., 1225. In senso contrario, tuttavia: P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 34, dove si sottolinea come il rischio di riconoscere eccessivo rilievo alle violazioni solo formali sia scongiurato dalla configurazione della norma in termini di doppia ingiustizia.

¹¹⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 373; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 40 ss.; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, *Cass. pen.* 1999, 1366; S. VINCIGUERRA, *Non tutte le riforme sono migliorative: il nuovo art. 323 c.p.*, *Giur. it.* 1998, 1022.

In particolare: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit. XII ss., dove si parla di reato "a forma vincolata apparente". L'Autore denuncia poi come il tentativo di garantire una certa determinatezza, operato dal legislatore mediante il richiamo a parametri di valutazione normativi, abbia in realtà prodotto esiti dubbi sotto il profilo del principio di frammentarietà del diritto penale, poiché il rinvio generico operato dall'art. 323 c.p. non consentirebbe una selezione delle modalità di tutela distinte per significatività sotto il profilo del disvalore.

¹¹⁵ Si fa notare, tuttavia, come sia impossibile procedere ad una tipizzazione delle condotte che, mediante atti o comportamenti amministrativi, siano idonee a ledere l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione. Ciò, da un lato, in conseguenza del fatto che tali valori rappresentano una congerie del tutto indeterminabile ed in continua evoluzione, e dall'altro lato, per la presenza di innumerevoli procedimenti e sub-procedimenti che caratterizzano l'attività amministrativa e che trovano la propria fonte nelle leggi statali e regionali, nei regolamenti governativi e ministeriali, in quelli degli enti pubblici e degli enti locali, negli statuti degli enti pubblici e nella normativa comunitaria: G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista*, cit., 25.

2. La struttura della norma

Il principale difetto di determinatezza che emerge dallo studio della fattispecie attiene probabilmente alla previsione di un “macroelemento normativo”, identificato nella generica violazione di norme di legge o di regolamento, che non consente di prevedere in anticipo quali fra queste possano essere concretamente utili ai fini dell’integrazione del reato, e di conseguenza i confini tra un’attività lecita e illecita¹¹⁶. Secondo parte della dottrina si assisterebbe allora ad un fenomeno di integrazione del precetto, dato che la qualifica di illiceità del fatto si ricava non solo dalla norma incriminatrice, ma anche dalla violazione delle norme di legge e di regolamento che la integrano, concorrendo a definirne i limiti precettivi¹¹⁷. Per questo motivo si è configurato l’abuso d’ufficio quale norma penale in bianco¹¹⁸, o più precisamente quale norma penale parzialmente in bianco, giacché l’integrazione

¹¹⁶ In questi termini: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d’ufficio*, cit. IX.

Il rinvio in bianco a regole di condotta dettate dalla pubblica amministrazione condurrebbe al rischio di una “amministrativizzazione della tutela penale”, ovvero ad un richiamo alla concezione sanzionatoria del diritto penale che riconosce a quest’ultimo un ruolo di tutela ulteriore e secondaria, rispetto a quella amministrativa, per i beni protetti: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d’ufficio*, cit., X; per una definizione di diritto penale sanzionatorio: C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 73.

Al fine di individuare quali siano le norme di legge o di regolamento che possono integrare il delitto di abuso d’ufficio, si è proposto di considerare solo quelle la cui violazione è direttamente connessa all’interesse direttamente perseguito nell’atto, o comunque strumentale, nell’intento del soggetto, al perseguimento dell’ingiusto danno o vantaggio: F. ORIGLIO, *Chiose sulla riforma dell’abuso d’ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell’abuso d’ufficio. Atti 1° giornata di studio promossa dal Centro Studi Giuridici “Francesco Carrara”*, cit., 164 ss.

¹¹⁷ A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi*, cit., 38: “Risulta quindi appropriato ritenere che in tali ipotesi l’antigiuridicità è indice del fatto e non viceversa”.

Con riferimento alle novità apportate sul piano dell’integrazione del precetto penale dalla nuova formulazione dell’art. 323 c.p. M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., 17. Si sottolinea come in precedenza la semplice nozione di abuso implicasse una lata integrazione, richiamando tutti i fattori e gli elementi rilevanti per il corretto ed efficace esercizio dell’ufficio, dunque senza distinguere fra le diverse fonti di tali doveri. Trovavano così spazio non solo le norme scritte, ma anche principi non codificati, e perfino criteri di deontologia.

¹¹⁸ P. PITTARO, *La nuova disciplina dell’abuso d’ufficio*, cit., 25: si precisa come debba essere comunque la legge a stabilire le linee di fondo caratterizzanti la fattispecie, rinviando al regolamento solo elementi di specificazione e di dettaglio.

Per una definizione delle norme penali in bianco: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 42.

riguarderebbe solo l'elemento della condotta, essendo gli altri elementi della fattispecie, quali l'evento e il dolo, già descritti dalla norma incriminatrice¹¹⁹.

In senso contrario si pone invece quella dottrina che nega possa applicarsi al nuovo abuso d'ufficio lo schema delle norme penali in bianco, in quanto il fatto di reato sarebbe già descritto dalla norma legislativa, senza poter riconoscere alcun ruolo di fonte alla pubblica amministrazione¹²⁰. I sostenitori di tale tesi prendono le mosse dalla struttura stessa delle norme penali in bianco, per la cui legittimità si richiede che il precetto amministrativo che le integra trovi a sua volta nella legge determinazioni sufficienti, dei presupposti, contenuto e limiti, tali da porsi come svolgimento di una disciplina già tracciata dalla legge¹²¹. Ne deriva che, nelle norme penali in bianco, il rapporto tra norma incriminatrice e norma subordinata è dunque strettamente coperto dalla volontà del legislatore, che predetermina in modo essenziale anche il contenuto delle disposizioni emanate con lo strumento diverso dalla legge.

Ciò non accadrebbe invece nel caso dell'abuso d'ufficio, nel quale la norma penale assume il ruolo di norma interposta, svolgendo la funzione di cerniera verso indistinti complessi di prescrizioni subordinate¹²². Potrebbe al massimo parlarsi, infatti, di "norma ad autorizzazione vincolata", per sottolinearsi come il richiamo alla legge e al regolamento non incida sul contenuto del precetto, ma sulla eventuale attribuzione di antigiuridicità penale ad una fattispecie normativa già completamente delineata, e quindi sull'operatività stessa della norma¹²³.

¹¹⁹ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 38 ss.; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit. 21; L. ALIBRANDI, *L'obiettivo su... L'abuso d'ufficio*, *Ind. pen.*, 1998, 41.

¹²⁰ C. BENUSSI, *I delitti*, cit. 565; G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 72.

¹²¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 48 ss.

¹²² O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, *Foro it.*, 1999, II, 144 ss. Si pone peraltro in evidenza come anche tale ricostruzione lasci aperto il problema della vaghezza della disposizione: "allontana il precetto da una comprensione immediata; reca quindi un maggiore tasso di opinabilità, con il risultato di rendere la norma più aperta di quanto non fosse nell'intenzione dei proponenti, esponendola al rischio di letture contrastanti".

¹²³ O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima*, cit., 149. In questo senso anche M. GAMBARDELLA, in G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. I*

Fra le principali conseguenze che derivano dall'accoglimento di tale teoria si riconosce immediatamente il pregio di poter superare i dubbi di legittimità che le norme penali in bianco suscitano sotto il profilo del rispetto della riserva assoluta di legge¹²⁴. Potrebbe inoltre trarsi una chiave di lettura della fattispecie in termini di autonomia dai concetti e dagli istituti del diritto amministrativo. L'aver ricostruito la fattispecie penale come "in sé chiusa"¹²⁵, escludendo alcun apporto normativo all'intervento della pubblica amministrazione, potrebbe infatti giustificarne un'interpretazione maggiormente fedele alla sua *ratio* e alle intenzioni del legislatore penale.

delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 2005, 335: "Nell'abuso d'ufficio connesso ad una violazione di legge, questa si pone come mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto, e lo specifico contenuto della regola violata non si incorpora nella norma penale".

¹²⁴ Non si nega tuttavia come rimangano le perplessità dovute al fatto che il comportamento non sia puntualmente descritto dalla fattispecie, che si accontenta quasi di punire la disobbedienza ad una regola di condotta, la quale a sua volta può avere la propria fonte anche in un atto di normazione secondaria: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 40. Ciò non sarebbe però dissimile da quanto accade con riferimento ai reati colposi di evento la cui condotta consista nelle trasgressione di norme cautelari cristallizzate in regolamenti. In entrambe il disvalore del fatto viene polarizzato sull'evento, ovvero, nel caso dell'abuso d'ufficio, nell'aver cagionato un danno o un vantaggio patrimoniale attraverso un comportamento in violazione di norme di legge: O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima*, cit., 146 ss.

La tecnica del rinvio utilizzata nell'art. 323 c.p. potrebbe inoltre porsi in tensione con il principio di precisione, inteso quale obbligo per il legislatore di descrivere in modo chiaro e preciso i reati e le sanzioni penali; nonché con il principio di chiarezza, che esige che i consociati siano posti in condizione di conoscere agevolmente il precetto penale, in modo da orientare il proprio comportamento distinguendo il lecito dall'illecito. Per il singolo cittadino non sarebbe infatti agevole individuare *ex ante* tale discrimine, se si pone mente alla congerie di leggi e regolamenti presente nell'ordinamento pubblico. Da ciò, infine, deriverebbe anche l'esigenza di verificare eventuali contrasti con il principio di colpevolezza: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 41 ss.

Sottolineano infine le principali conseguenze del diverso inquadramento prescelto in materia di errore: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., 39; G. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, *Cass. pen.* 2001, 1033.

¹²⁵ L'espressione in C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 565.

3. Il bene giuridico tutelato: lo svolgimento dell'attività amministrativa

3.1. Il rapporto con i principi dell'attività amministrativa

Quando si procede all'individuazione del bene giuridico tutelato occorre prendere le mosse, preliminarmente, dal dato sistematico. Dalla collocazione della norma, posta fra i reati contro la pubblica amministrazione, si ricava genericamente come sia lo svolgimento dell'attività pubblica l'oggetto della tutela penale.

Fra le interpretazioni dottrinali più risalenti nel tempo, tale elemento veniva tuttavia preso in considerazione non tanto in sé, quanto per il suo imprescindibile rapporto con i doveri di correttezza e probità che dovevano caratterizzare l'attività dei pubblici ufficiali, e il cui rispetto avrebbe infatti assicurato il normale funzionamento della pubblica amministrazione¹²⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione e con l'evoluzione del diritto amministrativo, che valorizza in maniera sempre maggiore il concetto di funzione amministrativa e con essa la garanzia per l'effettività del risultato dell'agire pubblico, tale aspetto personale della condotta ha assunto una posizione secondaria, a favore dei valori del buon andamento e dell'imparzialità, espressi dall'art. 97 Cost.¹²⁷. Ciò non ha escluso peraltro la possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di complementarità fra il personale dovere di correttezza e fedeltà nell'esercizio della pubblica funzione e quello generale di buon andamento e imparzialità, essendo evidente come il primo sia in grado di condizionare il secondo.

Tuttavia, il solo aspetto personale della violazione dei doveri di correttezza e fedeltà del pubblico ufficiale appare in sé limitato alla possibilità di esprimere un momento intermedio del disvalore della fattispecie, svolgendo una funzione solo strumentale rispetto all'offesa penalmente rilevante, come confermerebbe la previ-

¹²⁶ A. ALBAMONTE, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 1100 ss.

¹²⁷ Tale considerazione vale, peraltro, con riferimento a tutte le diverse formulazioni dell'abuso d'ufficio succedutesi nel tempo: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 274 ss.

sione espressa di una condotta realizzata in violazione di leggi e regolamenti, contrapposta alla necessaria verifica di un concreto evento di danno o di vantaggio.

Si impone invece la necessità di verificare quale ruolo possa assumere il profilo della lesione dei principi di buon andamento e imparzialità nell'individuazione del bene giuridico tutelato.

Attualmente è prevalente, in dottrina e in giurisprudenza¹²⁸, la tesi che ravvisa il bene giuridico nei valori espressi dalla norma costituzionale, intesi rispettivamente quali doveri di efficienza e legalità dell'azione amministrativa e di non discriminazione nell'uso dei pubblici poteri¹²⁹. Tuttavia, se ci si arrestasse a tale considerazione emergerebbe immediatamente un difetto di concretezza nel semplice richiamo al buon andamento e all'imparzialità, valori inafferrabili sotto il profilo del principio penale di offensività¹³⁰. Potrebbe allora essere corretto analizzare i principi di cui

¹²⁸ B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 849; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 255; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 559; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 274 ss.; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 23; e in maniera più puntuale S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice*, cit., 139, che configura l'imparzialità e il buon andamento come risultato dell'azione amministrativa, cui si giunge "attraverso la comparazione dei potenziali nuovi assetti di situazioni soggettive che il provvedimento è in grado di conformare, e non come astratti metri di giudizio. Si tratta cioè di beni propri dell'azione amministrativa, assimilati alla stessa nozione di procedimento...dalla quale non si differenziano una volta che l'azione dei pubblici poteri si sia attuata nel procedimento".

Esistono comunque voci parzialmente difformi. Si ritiene che sia solo il bene dell'imparzialità ad essere tutelato, e non quello del buon andamento: A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 233, "il buon andamento della pubblica amministrazione potrebbe essere considerato come il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice soltanto se quest'ultima richiedesse il danno della pubblica amministrazione. Ma la fattispecie dell'abuso d'ufficio richiede solo un evento di ingiusto vantaggio per sé od altri oppure di ingiusto danno per altri, senza richiedere necessariamente il danno per la pubblica amministrazione. Il bene tutelato dunque è l'imparzialità della pubblica amministrazione". In questo senso, prima della riforma del 1997: S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 585.

In giurisprudenza: Cass. Sez. VI, 11/11/1999, *Mautone*, *Guida dir* 2000, 6, 75; Cass. Sez. VI, 13/01/1998, *Airò*, *Cass. pen.* 1999, m. 1188; Cass. 25/09/1998, *Ottaviano*, *Guida dir* 1998, 43, 100; T. Napoli 24/09/1997, *Federico*, *Cass. pen.* 1998, 770; prima della riforma: Cass. 21/03/1996, *Vinci-guerra*, *Riv. pen.*, 1996, 1123; Cass. 15/05/1995, *Buonocore*, *Riv. pen.* 1995, 1021; Cass. 16/03/1995, *Gadani*, *Cass. pen.* 1996, 488.

¹²⁹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 560.

¹³⁰ Se ci si limitasse a considerare, in via generale, quali beni giuridici i valori citati, si correrebbe il rischio di andare incontro a critiche di eccessiva genericità e difetto di concretezza: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., 544; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 469 ss. In questo senso anche G. FIANDACA, *Il bene giuridico*, cit., 53.

all'art. 97 Cost. per verificare come essi operino in maniera differente pur all'interno della medesima fattispecie.

Si è detto di come questi vengano tradizionalmente e pacificamente ricostruiti quali beni giuridici tutelati in via generale dai reati contro la pubblica amministrazione, fra i quali anche quello di abuso d'ufficio. Ciò non esclude, ma anzi impone, la verifica anche dei beni puntualmente protetti dalle singole norme incriminatrici. Non si tratta peraltro di beni diversi e ulteriori rispetto a quello generale, quanto di sue concrete specificazioni.

Ciò avviene prima di tutto nello studio della condotta tipica delineata dall'art. 323 c.p., costruita intorno all'individuazione di precisi parametri positivi violati, con conseguente necessità di operare un rinvio alle regole extrapenali che regolano l'attività dei pubblici ufficiali. In particolare, il riferimento alla violazione delle previste norme giuridiche rappresenterebbe un rinvio al buon andamento, mentre l'inosservanza del dovere di astensione porrebbe in risalto l'imparzialità della pubblica amministrazione¹³¹.

Si instaura così un *richiamo ai modelli di buon funzionamento*, a monte creati dal diritto amministrativo e ispirati ai precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità, cui deve uniformarsi l'attività dei pubblici ufficiali per garantirne il corretto ed efficace svolgimento. La fattispecie penale vi entra poi in rapporto in una fase successiva, quella della tutela dei medesimi modelli. Si parla al riguardo di *reati a tutela di una funzione*, in tal caso quella amministrativa, nei quali la norma assume come finalità generale la tutela del corretto svolgimento dell'attività amministrativa, in quanto orientata da tali modelli. Ciò avviene non solo direttamente, qualora goda di rilevanza penale la semplice violazione di questi, ma anche nelle ipotesi in cui il mancato rispetto di tali modelli si ponga solo come fase intermedia della condotta funzionale all'offesa al bene protetto, come avviene nel delitto di abuso d'ufficio.

In tale ultimo caso, dunque, il richiamo al buon andamento e all'imparzialità dimostra di assumere una funzione strumentale nei confronti dell'offesa finale, ma

¹³¹ P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 23. Con riferimento al dovere di imparzialità: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 277.

non esclude che, seppure in maniera limitata al disvalore della condotta, tali principi possano assumere autonomo rilievo¹³².

L'aver riconosciuto una funzione centrale al buon andamento e all'imparzialità presenta infatti il vantaggio di rendere concretamente applicabili anche nel diritto penale i principi imposti per lo svolgimento dell'attività amministrativa, attualmente positivizzati nell'art. 1 L. 241/90, fra i quali quelli di efficienza, legalità e trasparenza dell'azione amministrativa, agevolmente ricostruibili quali declinazioni di quelli generali dell'art. 97 Cost. Secondo l'interpretazione accolta, tali valori acquisterebbero efficacia immediatamente vincolante nello svolgimento dell'attività pubblica, sul piano amministrativo e su quello penale, creando così un rapporto di compenetrazione fra i due rami dell'ordinamento¹³³.

¹³² Con riferimento all'operazione di bilanciamento di interessi, sottesa alla creazione dei modelli di buon funzionamento: S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 140, dove si precisa come "il bilanciamento degli interessi è soltanto lo scopo della norma penale, che può altresì fungere da criterio selettivo di beni giuridici nella fase di formazione della norma, nonché servire da criterio interpretativo supplementare, ma non può sostituire l'oggettività giuridica della fattispecie penale, la quale è irriducibile ad interpretazioni tanto teleologiche quanto funzionali".

¹³³ Nello specifico, al centro dell'indagine andrebbe dunque posto il diritto alla buona amministrazione, di origine comunitaria, in base al quale ogni individuo ha il diritto a che le questioni che lo riguardano vengano trattate in maniera imparziale, equa ed entro un termine ragionevole dalla pubblica amministrazione. Costituiscono applicazione diretta di tale principio i doveri, incombenti sul responsabile del procedimento, di ascoltare il cittadino prima di emettere un provvedimento che lo riguarda e di rendere conoscibili gli atti acclusi al fascicolo (art. 10 L.241/90); e quello di motivare le proprie decisioni (art. 3 L. 241/90). Ancora, gli stringenti limiti temporali e patrimoniali posti dalla specifica disciplina dettata in materia di autotutela amministrativa (art. 21 *quinquies* L. 241/90), validi peraltro non solo e non tanto con riferimento ai provvedimenti in seno stretto quanto per i comportamenti dell'amministrazione, sarebbero espressione del più generale principio di tutela dell'affidamento. Tale principio impone all'amministrazione di rispettare una situazione di vantaggio assicurata ad un soggetto privato da uno specifico e concreto atto dell'amministrazione, salvo che la rimozione di questa non sia strettamente necessaria per il pubblico interesse, e fermo comunque l'indennizzo della posizione acquisita. Infine non potrebbe trascurarsi, specie se si ammettesse la rilevanza penale anche del vizio di eccesso di potere, il principio di proporzionalità. Esso consiste nell'esercitare la giusta misura del potere in modo tale da assicurare un'azione idonea ed adeguata alle circostanze di fatto, che non alteri il giusto equilibrio tra i valori, gli interessi e le situazioni giuridiche (un'applicazione di questo potrebbe comunque forse rinvenirsi nella previsione dell'obbligo di non aggravamento del procedimento: art. 1 u.c. L. 241/90).

Da tutto ciò deriva che anche la violazione di tali previsioni potrebbe assumere rilevanza penale ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio.

3.2. *Il rapporto con l'ingiustizia dell'evento*

La formulazione attuale della norma incriminatrice impone poi una considerazione ulteriore, relativa alla realizzazione dell'evento ingiusto, sia esso di danno o di vantaggio. Ai fini della consumazione del reato è infatti necessaria anche la presenza effettiva di un evento materiale, consistente nell'ottenimento di un vantaggio o nella verifica di un danno ingiusti. Si impone allora di verificare in che modo buon andamento e imparzialità possano operare nell'individuazione del bene finale protetto dalla norma.

Occorre premettere, al riguardo, come siano presenti in dottrina e giurisprudenza voci discordi circa il ruolo da riconoscere al requisito dell'ingiustizia dell'evento. Brevemente si può infatti accennare al fatto che, mentre taluno dubita della sua utilità, ritenendolo pleonastico¹³⁴, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie gli attribuiscono carattere autonomo¹³⁵, esigendo così la presenza di una cd "doppia ingiustizia"¹³⁶. L'ingiustizia del danno o del vantaggio rappresenterebbe dunque l'elemento ulteriore ed autonomo necessario per esprimere anche il disvalore dell'evento, che consentirebbe di distinguere l'illecito penale dalla illegittimità amministrativa una volta accertata l'avvenuta violazione di legge¹³⁷.

¹³⁴ Sottolinea la contraddizione presente nel fatto che una condotta abusiva possa realizzare un evento giusto: S. VINCIGUERRA, *L'obiettivo su...L'abuso d'ufficio. Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 37.

Negli stessi termini: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 63 ss.; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258 ss.

¹³⁵ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 259; B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 632 ss.; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 271; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 610 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 239 ss.; L. D. CERQUA, *L'obiettivo su...L'abuso d'ufficio. Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 44 ss.; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 18. In giurisprudenza: Cass. 29/04/1999, *Scarsi*, *Giust. pen.* 2000, II, 348; Cass. 27/04/1998, *Celico*, *Cass. pen.* 1999, 1433; Cass. 26/09/1998, *Arioli*, *Guida dir.* 1998, 46, 48; Cass. 14/12/1998, *Rossomandi*, *Cass. pen.* 1999, 3400; Cass. 2/09/1997, *Cirio*, *Guida dir.* 1997, 39, 79; T. Milano 29/10/1997, *Dettoni*, *Ind. pen.* 1998, 49.

¹³⁶ Con tale espressione si intende dire che il vantaggio o il danno, per essere rilevanti, non solo devono essere il prodotto di una condotta realizzata *non iure*, cioè in assenza di una causa di giustificazione, ma devono essere anche di per sé *contra ius*, nel senso che il risultato dell'azione deve porsi in contrasto con una norma vigente.

¹³⁷ T. Milano 21/10/1998, *Scudieri*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 789.

Se si aderisce a tale ricostruzione, intendendo il vantaggio ingiusto come la realizzazione di una situazione più favorevole per l'agente rispetto a quella che gli sarebbe derivata secondo diritto, e il danno ingiusto come la verifica di una situazione meno favorevole di quella che sarebbe scaturita dal rispetto dei divieti o dei comandi che il pubblico ufficiale era tenuto a rispettare¹³⁸, si potrebbe essere portati a sminuire la diretta rilevanza dei beni del buon andamento e dell'imparzialità. Il bene finale sembrerebbe infatti integrato dalle situazioni soggettive lese.

In realtà un approccio corretto a tale indagine non sembra possa prescindere dal considerare la funzione svolta dall'attività amministrativa. Essa persegue infatti il migliore interesse pubblico, il quale a sua volta deriva da un'operazione di valutazione, comparazione e sintesi di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati. Talvolta può peraltro accadere che ciò comporti anche il sacrificio di taluno di questi, ma anche in tal caso ciò è necessario, e quindi giustificato, per il raggiungimento dell'interesse generale. L'interesse sacrificato non trova dunque il soddisfacimento immediato cui aspirava, ma sintetizzandosi con gli altri nella formazione di quello finale, indirettamente trae beneficio dall'azione amministrativa volta a perseguire il bene comune.

Ne consegue che qualora l'attività amministrativa si sia svolta scorrettamente per l'avvenuta violazione di leggi, regolamenti o di obblighi di astensione, potrebbe derivarne un effetto negativo anche sull'operazione finale di bilanciamento degli interessi. La conseguenza immediatamente percepibile di ciò sarebbe sicuramente riscontrabile a carico della sfera giuridica dei soggetti coinvolti, titolari del danno o del vantaggio ingiusti, ma non potrebbe negarsi anche una compromissione, seppure indiretta, degli interessi generali e quindi un'incidenza sulla bontà del risultato dell'azione amministrativa.

Se dunque si considera l'attività amministrativa *in toto*, superando la visione individualistica del soggetto titolare del danno o del vantaggio, emerge immediata-

¹³⁸ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 612.

mente il coinvolgimento dei principi del buon andamento e dell'imparzialità che improntano la funzione amministrativa. In questo senso si può dire imprescindibile il riferimento a tali valori, e l'ammissibilità della regola di buon funzionamento quale bene tutelato dal delitto di abuso d'ufficio.

Merita infine ricordare come, accanto a questi, la dottrina e la giurisprudenza individuino spesso anche la presenza di ulteriori interessi tutelati, riconoscendo natura plurioffensiva al delitto di abuso d'ufficio¹³⁹. Si fa così riferimento alla tutela del patrimonio e delle risorse finanziarie pubbliche, e alla tutela dei diritti costituzionalmente garantiti dei privati coinvolti dall'azione amministrativa¹⁴⁰. Con riferimento al primo aspetto si precisa tuttavia come non sempre al vantaggio economico conseguito dal pubblico funzionario o da un terzo debba corrispondere un depauperamento a carico del patrimonio pubblico¹⁴¹. Con riferimento al secondo, invece si sottolinea la necessaria verifica del danno ingiusto, esigendosi la presenza di un soggetto diverso dalla pubblica amministrazione¹⁴².

¹³⁹ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 242; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 23; O. FORLENZA, *Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma*, *Guida dir.* 1997, 39, 81. In questo senso anche A. MANNA, *L'abuso d'ufficio. Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio. L'obiettivo su...*, *Ind. pen.* 1998, 17. Si sostiene peraltro come il rilievo riconosciuto alla tutela del patrimonio della pubblica amministrazione abbia posto in secondo piano la tutela dell'imparzialità: "la giusta trasformazione in reato di danno si incentra soprattutto sull'ingiusto vantaggio patrimoniale, mentre la parte relativa all'imparzialità è riferita soltanto al danno ingiusto".

In giurisprudenza: 13/05/1999 *Vitalone*, *Riv. pen.* 1999, 1007; Cass. 27/05/1999, *Testa*, *Riv. pen.* 2000, 393; Cass. 4/06/1999 *Macrì Del Giudice*, *Riv. pen.* 1999, 1131; Cass. 11/12/1998 *Messineo*, *Cass. pen.* 1999, 3401.

¹⁴⁰ Sono evidenti i riflessi di tali tesi sull'individuazione del soggetto passivo: non più solo la pubblica amministrazione, ma anche il privato, nel caso di abuso con eventi di prevaricazione. Per un esempio delle conseguenze processuali: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 563.

¹⁴¹ B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 851.

¹⁴² P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 23. In giurisprudenza: Cass. 25/11/1999, *Cambi*, *Riv. pen.* 2000, 499.

4. La condotta tipica

4.1. Lo svolgimento delle funzioni

Nella descrizione della condotta tipica emerge immediatamente lo stretto rapporto tra la realizzazione del reato e lo svolgimento dei *compiti istituzionali del pubblico ufficiale*. La norma esige infatti che egli agisca nello svolgimento delle funzioni o del servizio, instaurando così uno stretto legame con l'attività procedimentale, quale presupposto per il compimento del reato¹⁴³. Si parla, al riguardo, di una delimitazione temporale, in quanto si postula l'effettiva attuale presenza dei poteri, e pertinenziale, perché l'abuso deve inerire causalmente all'attività propria del soggetto e al suo concreto esercizio¹⁴⁴.

Il rispetto di tale requisito modale concorre ad individuare il limite di tipicità della condotta, escludendo che possano rientrare nell'ambito dell'abuso d'ufficio tutte quelle attività che, avulse dalla gestione effettiva delle funzioni o del servizio, configurino un mero abuso di qualità o posizione o semplicemente siano commesse

¹⁴³ In particolare il richiamo al procedimento si riferisce allo svolgimento della funzione amministrativa. Ciò non esclude peraltro che la locuzione normativa possa ricomprendere anche le funzioni giudiziarie e legislative: M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 257.

¹⁴⁴ B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 854; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 257.

In particolare anche A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 246 dove si precisa come “ la circostanza che la condotta debba essere realizzata nell'attualità dello svolgimento delle funzioni... esclude l'applicabilità dell'art. 360 c.p. e quindi la rilevanza penale di una condotta connessa alla titolarità di poteri risalenti nel tempo e non più attuali”.

In questo senso anche A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 280 ss, secondo il quale il rapporto di attualità non sarebbe escluso dal riferimento allo svolgimento della funzione piuttosto che al suo esercizio, come invece avviene in altre fattispecie (artt. 316, 327 c.p.).

Nega invece la valenza temporale del requisito A. NATALINI, *Quando l'incerto confine tra abuso d'ufficio e usurpazione passa per lo “svolgimento delle funzioni o del servizio”*, *Dir. proc. pen.* 2002, 2137: ciò postulerebbe irragionevolmente la necessaria contestualità dell'abuso e dell'evento di danno o di vantaggio, al punto da tagliare fuori tutti quegli abusi il cui esito di profitto o di danno maturi solo in seguito alla condotta illegittima. In questo senso anche: S. CAMAIONI, *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio; dichiarazioni del compiuto; videoconferenze giudiziarie*, cit., 47.

in occasione dell'esercizio delle funzioni o del servizio¹⁴⁵. Dal compimento di queste emergerebbe, infatti, non un esercizio funzionale finalizzato alla realizzazione di uno scopo indebito, ma un mero approfittamento delle mansioni, più opportunamente riferibile alla sfera dell'illecito disciplinare¹⁴⁶.

Proprio la necessità di creare questo stretto rapporto con l'esercizio delle funzioni pubbliche rende allora attuale, relativamente all'attività amministrativa, il riferimento allo svolgimento dell'attività procedimentale. Questa, a sua volta, da un lato si distingue in amministrazione attiva, consultiva e di controllo, e dall'altro si compone di una articolata serie di atti concatenati fra loro, strumentali alla produzione di quello finale. Solo quest'ultimo presenta però la natura giuridica di un *provvedimento amministrativo in senso stretto*¹⁴⁷, mentre quelli intermedi possono esserne privi, configurandosi magari quali semplici comportamenti, valutazioni tecniche o meri atti giuridici. Si impone allora la necessità di verificare il compimento di quali fra questi possa integrare il presupposto funzionale richiesto dal delitto di abuso d'ufficio.

La dottrina pare unanime nell'escludere che l'abuso debba necessariamente essersi tradotto in atti e provvedimenti amministrativi in senso stretto, o nell'esercizio della sola funzione di amministrazione attiva¹⁴⁸. Nonostante il richiamo alla viola-

¹⁴⁵ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 245; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 566 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 250; D. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, cit., 20; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1. Modifica dell'art. 323 del codice penale. L. 16/07/1997, Legislaz. pen.*, 1997, 742.

Chiarisce i confini tra il delitto di abuso d'ufficio e quello di usurpazione di funzioni pubbliche, operando un riferimento alla categoria amministrativa della competenza: A. NATALINI, *Quando l'incerto confine tra abuso d'ufficio e usurpazione passa per lo "svolgimento delle funzioni o del servizio"*, cit., 2139.

In giurisprudenza: Cass. 12/11/2001, *Amato*, *Dir. proc. pen.* 2002, 2137; Cass. Sez. VI, 10/01/2001, *Masi*, *Giur. it.*, 2002, 770; Cass., Sez. VI, 29/02/1998, *Percoco*, *Cass. pen.* 1999, 2505; Cass. Sez. VI, 19/06/1997, *Ceraso*, *Guida dir.* 1997, 28, 82; T. Bologna, 1/01/1999, *Romeo*, *Cass. pen.* 2000, 1432.

¹⁴⁶ S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1252.

¹⁴⁷ I caratteri tipici del provvedimento amministrativo sono tradizionalmente individuati nella sua autoritarità, esecutività ed esecutorietà.

¹⁴⁸ In particolare M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, *Dir. pen. proc.* 1997, 9, 1051: la funzione svolta dalla previsione in esame sarebbe da rinvenire proprio nella possibilità di ricomprendere anche i comportamenti o ogni altra attività riconducibile

zione di legge e ai casi di astensione paia implicitamente esigere l'adozione di un provvedimento, l'utilizzo del verbo "procurare" ne legittimerebbe infatti una interpretazione in termini ampi¹⁴⁹. Con particolare riferimento alla funzione amministrativa, si ammette così che possano venire in rilievo i provvedimenti ed ogni tipo di atto, i comportamenti, le operazioni, le condotte omissive e gli atti di diritto privato, purché riferibili all'attività funzionale del pubblico ufficiale¹⁵⁰.

Con tale conclusione si opera allora una ricostruzione della figura dell'atto amministrativo penalmente rilevante in termini autonomi e più ampi di quanto elaborato dal diritto amministrativo¹⁵¹. Infatti, mentre quest'ultimo si occupa di delineare i caratteri tipici del provvedimento per applicare poi la disciplina che gli è propria, l'interpretazione utile ai fini penali è quella volta a sanzionare ogni condotta che, avendo un'incidenza effettiva sul processo di formazione del provvedimento dannoso o vantaggioso, sia comunque in grado di cagionare un'offesa al bene protetto con conseguente apertura ad ogni atto compiuto nell'attività procedimentale purché dotato di tale efficacia causale, sia esso quello conclusivo o anche meramente intermedio¹⁵².

all'ufficio. Con riferimento alla presunta necessità di un rapporto di attualità con l'esercizio delle funzioni, esso parrebbe invece pleonastico.

In questo senso anche P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 24.

¹⁴⁹ G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, *Foro. it.* 1998, II, 382; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma*, cit., 1225.

¹⁵⁰ A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 255; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 257; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 594; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1252. In giurisprudenza: Cass. 20/02/2001, *Bertolini*, *Cass. pen.* 2002, 2746; Cass. 19/06/1997, *Ceraso*, *Guida dir.* 1997, 28, 82; Cass. 21/03/1996, *Vinciguerra*, *Riv. pen.* 1996, 1123.

In senso contrario solo: A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 19.

¹⁵¹ Operando un riferimento anche alla diversa funzione svolta dalla giustizia amministrativa, si mette in luce un'esigenza di autonomia fra l'ordinamento penale e quello amministrativo per i rispettivi ambiti di rilevanza, e di conseguenza anche per il diverso oggetto del giudizio: S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice*, cit. 142 ss.

¹⁵² G. TELLONE, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 158 ss. In questo senso anche R. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, cit., 19 che accogliendo una nozione penalmente rilevante di atto d'ufficio più ampia di quella amministrativa, riconosce rilevanza anche agli atti interinali del procedimento che abbiano avuto incidenza effettiva sul processo di formazione del provvedimento finale.

Ne consegue che la ricostruzione del concetto penalmente rilevante di *atto dell'ufficio* dovrebbe operarsi più correttamente in tale ottica, avendo riguardo ad ogni forma di esercizio del potere pubblico presenti tale idoneità offensiva. In particolare proprio la collocazione sistematica della norma avvallerebbe tale interpretazione, imponendo di prestare attenzione, più che al rigore tecnico, alla presenza di un legame effettivo con lo svolgimento dell'attività, a sua volta in stretto rapporto con la posizione qualificata rivestita dal soggetto.

4.2. *I principi dell'attività amministrativa*

L'attività che l'amministrazione pone in essere nel perseguimento dei propri fini istituzionali incontra talune limitazioni, identificabili nel *principio generale di legalità*, e in tutti quegli altri principi, fra i quali quello di ragionevolezza, comunque riconducibili ai valori espressi dall'art. 97 Cost. Mentre questi ultimi orientano lo svolgimento dell'attività amministrativa entro i fini pubblici prefissati, assumendo quindi carattere positivo, il principio di legalità viene ricostruito quale limite negativo, volto a garantire lo svolgimento del potere pubblico entro confini di liceità¹⁵³. Attenendo in particolare ai rapporti fra legge e attività amministrativa, esso esprime la necessaria corrispondenza dell'operato amministrativo alle diverse prescrizioni di legge. Queste possono infatti costringere l'esercizio del potere pubblico entro limiti fissati in modo preciso e puntuale, oppure operare in maniera elastica, riconoscendo all'amministrazione un più vasto margine di apprezzamento. Si distingue al riguardo, rispettivamente, tra *attività vincolata* e *attività discrezionale*¹⁵⁴. Peraltro, per quanto ampio possa essere il potere attribuito, non potrà mai parlarsi di autonomia quale

¹⁵³ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1305.

¹⁵⁴ In tale ultimo caso la facoltà di scelta riconosciuta alla pubblica amministrazione potrebbe riguardare l'*an* dell'emanazione del provvedimento, il *quando*, il *quomodo* o il *quid*, secondo valutazioni di opportunità.

capacità di libera determinazione dei propri fini, bensì di potere funzionalizzato, ovvero vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico fissato dalla legge¹⁵⁵.

Tuttavia tali considerazioni si arrestano ancora ad una configurazione in astratto dell'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere, destinato poi a trasformarsi in interesse pubblico concreto mediante l'esercizio puntuale dell'attività amministrativa. Ai fini della valutazione penale, che espressamente impone un riferimento al concetto di violazione, occorre allora confrontare il complessivo svolgimento dell'azione amministrativa, così come realizzata concretamente, con il modello normativo integrante la fattispecie astratta. Infatti, mentre quest'ultimo individua l'interesse astrattamente curato dalla legge ed i vincoli ad esso pertinenti, il primo ha riguardo all'effettiva esplicazione del potere¹⁵⁶.

Dunque proprio il concetto di *potere*, quale attività funzionalizzata, conduce a porre attenzione non tanto alle caratteristiche del provvedimento finale, al fine di contrapporre quello discrezionale a quello vincolato, bensì all'attività svolta in vista della sua emanazione¹⁵⁷. Il riferimento ad una scelta discrezionale, intesa quale ponderazione degli interessi coinvolti, indicherebbe infatti più correttamente non una

¹⁵⁵In questo senso l'art. 1 L. 241/1990: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge".

La dottrina offre una definizione di potere discrezionale quale "facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato": F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1311. Negli stessi termini: V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, cit., 43; V. GASPARINI CASARI, *L'azione amministrativa*, cit., 32.

¹⁵⁶ Il riferimento al concetto di "violazione" chiarisce dunque quale debba essere il rapporto tra la fattispecie astratta e quella concreta, identificabile in un giudizio di difformità coinvolgente il profilo della legittimità dell'atto. In questi termini: A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 83 ss.

¹⁵⁷ Una conferma potrebbe trarsi anche dallo studio della recente legislazione in materia di controlli dell'azione amministrativa, articolati non più sullo schema classico della legalità formale- astratta, bensì sempre più marcatamente proiettati verso un modello che tende a sostituire la verifica dei risultati della funzione in termini di efficacia. Si sposta dunque l'oggetto del controllo dal provvedimento alla funzione, dall'atto alla realizzazione degli obiettivi, coinvolgendo così anche la tipologia dei parametri di raffronto utilizzabili, i quali non possono più essere l'astratta legalità e il mero rispetto della forma, ma l'economicità, il raggiungimento dei risultati, l'efficienza, il buon andamento, l'imparzialità e la giustizia: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 107.

diversa forma di potere quanto il modo di operare nella dialettica degli interessi concorrenti¹⁵⁸.

In tal senso orienta ulteriormente l'entrata in vigore della L. 241/1990 che all'art. 1 prevede che in tutte le fasi dello svolgimento della propria azione la pubblica amministrazione persegua i fini determinati dalla legge, vincolandola, fra gli altri, ai criteri di economicità e di efficacia. L'avvenuta positivizzazione dell'obbligo di ottimizzazione del risultato, valido peraltro in ogni momento di esercizio del potere, implica così per il pubblico funzionario un dovere di conformità alla scelta migliore, quella cioè che garantisce ad un provvedimento o ad un comportamento amministrativo effetti concreti coerenti con gli obiettivi fissati dall'ordinamento¹⁵⁹.

Di conseguenza, almeno secondo le categorie tradizionali del diritto amministrativo, solo impropriamente si potrebbe continuare ad interpretare la discrezionalità quale sfera di libertà di scelta insindacabile, non potendosi negare come anche l'esercizio del potere discrezionale sia regolato, in ogni momento della sua esplicazione, da canoni di legittimità, e quindi di vincolatività¹⁶⁰.

Ne consegue che la pubblica amministrazione potrebbe realizzare una violazione penalmente rilevante anche qualora non rispetti i vincoli dettati dalla legge per lo svolgimento della propria attività procedimentale, non solo con riferimento allo svolgimento dell'attività vincolata, ma anche in relazione a quella discrezionale, o almeno ai momenti vincolati di questa. In entrambi i casi potrebbero infatti rinvenirsi prescrizioni puntuali che consentono l'individuazione precisa del parametro positivo violato. Pacificamente si adotta infatti un ampio concetto di violazione penalmente rilevante, assumendo ad esempio che essa possa inerire alla forma o al contenuto tipico dell'atto, ad omissioni o inesattezze di adempimenti procedimentali, all'esor-

¹⁵⁸ A. ALBAMONTE, *Dal "teorema" della disapplicazione degli atti amministrativi alla "novella" n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia "illegittima"*, Riv. pen., 1998, 642.

¹⁵⁹ M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 48.

¹⁶⁰ In tal senso M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 48: "...sul presupposto che l'idoneità dell'azione amministrativa a soddisfare nel modo migliore il suo fine tipico non può restare estranea al controllo giurisdizionale, in quanto tale idoneità realizza il rispetto di prescrizioni poste espressamente dall'ordinamento, e quindi rientra nel concetto di legittimità".

bitanza dai limiti di tempo, di luogo o di oggetto, alla mancanza di presupposti specifici o alla mancata applicazione di una norma stabilita con precisione per il caso concreto¹⁶¹.

5. La violazione di norme di legge o di regolamento e le patologie del provvedimento amministrativo

Il riferimento alla violazione di una norma di legge o di regolamento allude alla presenza, quale elemento costitutivo della fattispecie penale, di una condotta inosservante del dovere, tenuta dal pubblico ufficiale nell'attività di formazione e manifestazione della volontà pubblica¹⁶². Con specifico riguardo a tale concetto, appare evidente come esso esiga in sé l'individuazione di un termine di riferimento, ovvero del parametro di legge o di regolamento violato, con conseguente necessità di operare un richiamo alle regole dell'ordinamento amministrativo che governano l'azione dei pubblici ufficiali, ovvero ai c.d. modelli di buon funzionamento. Con tale espressione si allude genericamente al complesso assetto di disciplina creato dal diritto amministrativo, ispirato ai valori del buon andamento e dell'imparzialità, per garantire il regolare esercizio dell'attività pubblica.

La tematica dei modelli di buon funzionamento trova certamente il proprio terreno di elezione nell'ambito dello studio del bene giuridico, assumendo la norma, come finalità generale, la salvaguardia di un modo di risoluzione di un conflitto di interessi la cui valutazione è affidata alla pubblica amministrazione.

¹⁶¹ In particolare M. RUSSO, *La violazione di legge o regolamento*, cit., 34: "La violazione di legge si concretizza nel momento in cui la legge non venga applicata per ignoranza della stessa da parte della pubblica amministrazione o per erronea interpretazione; quando la legge venga erroneamente applicata fuori dei casi previsti; infine, quando vi sia esatta applicazione, ma ad una fattispecie erroneamente configurata".

Nei medesimi termini anche M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 63.

¹⁶² M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 275.

Tuttavia il richiamo a tali parametri di esercizio dell'attività, intesi in senso dinamico con riferimento alla loro effettiva attuazione da parte del pubblico ufficiale, assume rilievo anche nell'interpretazione del requisito della violazione di norme di legge o regolamento, circoscrivendo l'ambito per la realizzazione della condotta vietata. Si coglie allora la logica che lega la violazione penalmente rilevante con il richiamo allo svolgimento delle funzioni. Infatti, se il primo integra un concetto di relazione che a sua volta esige l'individuazione di un termine di riferimento, esso non potrebbe che essere colto entro la normativa specificamente rivolta al pubblico ufficiale per lo svolgimento delle proprie funzioni, ovvero nei modelli di buon funzionamento che ne regolamentano l'attività. Si evidenzia dunque ancora una volta la peculiarità dell'abuso d'ufficio, quale delitto proprio caratterizzato dal fatto che l'offesa proviene da un soggetto operante all'interno della pubblica amministrazione, nello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali. La configurazione in termini di reato proprio sarebbe infatti giustificata non solo per la specifica attitudine del soggetto alla tutela del bene giuridico, ma anche, in senso negativo, per via della maggiore capacità offensiva che gli deriva proprio dalla posizione qualificata rivestita.

5.1. *L'irregolarità*

Preliminarmente occorre procedere ad una lettura unitaria dei requisiti previsti nella fattispecie, richiedendosi, oltre all'individuazione puntuale della norma di legge o regolamento violata, anche la lesione effettiva dell'interesse protetto¹⁶³. È infatti proprio la presenza di un nesso fra l'elemento della violazione di legge o regolamento e quello del danno per il bene giuridico che permette di individuare quale sia la violazione penalmente rilevante, integrando il primo un requisito relativo al momento della condotta, in grado di esprimere un disvalore solo strumentale rispetto

¹⁶³ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 571. In giurisprudenza: Cass. 11/11/1999, *Mautone*, *Guida dir.* 2000, 6, 75.

all'offesa finale, dovendosi invece verificare nei confronti di quest'ultima la sua effettiva incidenza¹⁶⁴.

Alla luce di tali considerazioni si affronta allora la problematica relativa alle ipotesi di mera irregolarità amministrativa, ovvero di vizi formali incapaci di incidere sul contenuto dispositivo del provvedimento¹⁶⁵. Già nell'ambito del diritto amministrativo l'accertamento di vizi di tal genere, con riferimento all'attività procedimentale, risulta influente sulle sorti del provvedimento. L'art. 21 *octies* L. 241/90 esclude infatti espressamente la tutela caducatoria quando, trattandosi di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, si tratti di provvedimenti vincolati e la determinazione amministrativa sia stata sostanzialmente corretta. Ciò si verifica, ad esempio, di fronte ad un atto che, per quanto difforme dal diritto oggettivo, sia comunque intrinsecamente idoneo a svolgere la propria funzione tipica di operare una corretta sintesi comparativa degli interessi coinvolti. In tali ipotesi vi è infatti a monte la violazione di norme influenti ai fini della determinazione del contenuto dispositivo¹⁶⁶.

Anche dal punto di vista della valutazione penale la conclusione non muta, facendosi appello al principio di *necessaria lesività della condotta*. Non potrebbe infatti ravvisarsi alcuna compromissione del bene giuridico protetto in conseguenza di una condotta reputata legittima già dall'ordinamento amministrativo perché idonea ad incidere sulla determinazione finale degli interessi, né l'evento prodottosi in conseguenza di tale condotta presenterebbe il carattere dell'ingiustizia.

¹⁶⁴ Proprio l'inserimento dell'evento all'interno della fattispecie, dotato peraltro di requisiti di liceità propri, secondo la teoria della c.d. doppia ingiustizia consentirebbe allora di superare il rischio di incorrere in incriminazioni per inosservanze meramente formali. La presenza dell'elemento del danno o del vantaggio ingiusti esige infatti che se accerti l'offesa subita.

¹⁶⁵ Nell'ambito del diritto amministrativo la categoria dell'irregolarità si sviluppa per evitare un'applicazione eccessivamente formale del concetto di illegittimità, intesa quale rapporto di difformità fra atto e norma. Il ricorso all'irregolarità consente infatti di graduare la reazione del sistema di giustizia amministrativa in funzione del diverso disvalore espresso concretamente dalla singole violazioni di legge: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 159.

¹⁶⁶ Attualmente tali considerazioni hanno valore anche con riferimento agli atti potenzialmente annullabili per la violazione di norme procedurali, così come prevede la nuova formulazione dell'art. 21 *octies* L. 241/90. La norma, pur operando un distinguo tra violazione di norme sul procedimento e sulla forma nel caso di attività vincolata, e mancata comunicazione di avvio del procedimento negli altri casi, esclude l'annullabilità del provvedimento qualora tali vizi non abbiano influito sul contenuto del provvedimento adottato in concreto, degradandoli così a semplici ipotesi di irregolarità.

Sarebbe dunque riscontrabile una coincidenza di valutazioni coerente alle logiche proprie di ciascun ordinamento, ovvero la non incidenza sull'effettività e correttezza del risultato dell'azione pubblica, con riferimento all'ordinamento amministrativo, e il rispetto del principio di offensività, con riferimento a quello penale¹⁶⁷.

5.2. *L'illegittimità*

Considerazioni differenti si richiedono invece in relazione ai vizi di legittimità. La formulazione precedente del delitto di abuso d'ufficio aveva spinto la giurisprudenza e la dottrina dominanti a ritenere che la sussistenza di tali vizi costituisse un presupposto imprescindibile per la configurazione del reato. In tal modo si soccorreva alla vaghezza del dettato normativo, che operava un generico riferimento al concetto di abuso, ricostruito a sua volta quale sviamento del potere dalla causa tipica per la quale il potere stesso è stato conferito. Mentre l'abuso che si traduceva in un comportamento illegittimo presupponeva una condotta contrastante con il dato normativo, nell'ipotesi di illegittimità dell'atto l'abuso assumeva i caratteri dell'eccesso di potere, in particolare nella forma dello sviamento dalla causa tipica. Tale vizio era dunque divenuto il nucleo essenziale del delitto, con la conseguenza che dove vi fosse stato un atto amministrativo, questo sarebbe stato viziato sempre da eccesso di potere.

La disposizione attuale, che abbandona il generico concetto di abuso a favore del richiamo alla violazione di norme di legge e regolamento, potrebbe invece non supportare l'elaborazione precedente, venendo a mancare l'esigenza di ricorrere allo sviamento di potere per interpretare la norma penale. La riforma del 1997 ha infatti

¹⁶⁷ Il principio di offensività permette di punire solo fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico: G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 6.

Mancando nel codice penale una espressa enunciazione, potrebbe essere utile operare un riferimento alla disciplina dettata dall'art. 49, co. 2 c.p. in materia di reato impossibile. La logica sottesa a questa disciplina risiede infatti nel principio di offensività, escludendosi la punibilità allorché le modalità dell'azione o l'oggetto su cui essa va a cadere siano tali da rendere impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso.

delineato la condotta penalmente rilevante ruotando intorno all'elemento della violazione di parametri positivi, ovviando così ai dubbi interpretativi precedenti, ma senza chiarire se l'espressione utilizzata possa coincidere con quella di cui all'art. 26 TU C.d.S. che elenca i vizi di legittimità del provvedimento¹⁶⁸.

Aderendo all'opinione che ritiene di dare risposta affermativa a tale quesito, la conseguenza cui si dovrebbe giungere non potrebbe che essere quella di considerare imprescindibile la presenza dell'illegittimità amministrativa per la configurazione del reato. L'identificazione operata tra violazione penalmente rilevante e vizio amministrativo giustificerebbe, infatti, l'inserimento di quest'ultimo quale elemento costitutivo del reato¹⁶⁹. A sostegno di tale tesi potrebbe peraltro richiamarsi la configurazione dell'art. 323 c.p. quale norma penale in bianco: in tal caso, ricavandosi la qualifica di illiceità del fatto dalla norma incriminatrice e dalla violazione delle norme di legge e di regolamento che la integrano, l'atto amministrativo, insieme alla sua disciplina, concorrerebbe a riempire di contenuti concreti il precetto penale.

Al contrario, in via generale, potrebbe costruirsi il rapporto fra l'ordinamento penale e quello amministrativo in termini di autonomia, sottolineando come ciascuno persegua finalità e risponda a logiche differenti¹⁷⁰. Infatti, mentre quello penale, volto alla tutela della legalità, ha ad oggetto la responsabilità personale del soggetto agente, per verificare la quale l'eventuale illegittimità del provvedimento potrebbe assumere anche un ruolo solo strumentale, quello amministrativo ha ad oggetto proprio il provvedimento, in quanto inserito in una più ampia vicenda procedimenta-

¹⁶⁸ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 36 ss.

¹⁶⁹ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 251; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, 2001, 38; S. CAMAIONI, *Il nuovo abuso d'ufficio*, cit., 49 ss; A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 22. In giurisprudenza: Cass. 28/11/1997, *Fricano*, *Guida dir.* 1998, 5, 66.

¹⁷⁰ Circa la possibilità di configurare in termini di autonomia i due ordinamenti, S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1253: "Una siffatta prospettiva autonomistica in sé appare certamente ipotizzabile. Tutte le fattispecie penali si compongono di elementi cui può essere attribuito un significato anche difforme da quello proprio in altri settori dell'ordinamento giuridico, laddove ciò sia imposto dalle specifiche esigenze dell'imputazione penalistica."

le, per accertare la sua idoneità a realizzare l'assetto di interessi perseguito dalla legge¹⁷¹.

Anche tali valutazioni relative al diverso ruolo rivestito dal provvedimento amministrativo e dai suoi vizi, rispettivamente nell'ordinamento penale e in quello amministrativo, potrebbero condurre ad interpretare l'espressione penale in maniera autonoma dai vizi tipici dell'atto amministrativo¹⁷². Prendendo le mosse dalla diversa terminologia utilizzata dal legislatore nell'art. 323 c.p. e nell'art. 26 TU C.d.S., si sottolinea, infatti, come l'espressione penale avrebbe una portata ben più ampia di quella amministrativa. Mentre la prima, in maniera in un certo senso atecnica, farebbe riferimento ai provvedimenti in senso stretto, ai comportamenti e ai meri atti, anche interni, che comunque abbiano avuto efficacia sulla causazione dell'evento ingiusto, la seconda farebbe riferimento solo a quei provvedimenti effettivamente dotati dei requisiti tipici.

Tuttavia ciò non escluderebbe la presenza di un *rapporto di compenetrazione* fra i due ordinamenti. Mediante il riferimento operato al concetto di violazione, la norma penale implicherebbe infatti la necessaria presenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per la legittimità dell'atto, con la conseguenza che anche la valutazione penale esigerebbe la legittimità dell'atto amministrativo, per verificare la quale non potrebbe che riferirsi alle prescrizioni del diritto amministrativo¹⁷³. Conseguentemente potrebbe essere più corretto parlare non tanto di autonomia fra l'ordinamento penale e quello amministrativo, quanto fra le espressioni utilizzate. Infatti,

¹⁷¹ V. ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, *Dir. pubb.* 1997, 77.

¹⁷² M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 268 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 242; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 259; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 573; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 285.

¹⁷³ In termini simili A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 49: "Si deve verificare se gli elementi del <fatto di reato> indicati dalla norma debbano ricevere una qualificazione dettata da ordinamenti extrapenalici. Il metodo corretto pare essere quello del giudizio ipotetico controfattuale: immaginato assente l'elemento normativo richiamato, si verifica se il precetto penale residuo ancora contenga un'incriminazione. Applicando questo metodo al testo riformato dell'abuso e figurati mancanti gli elementi della violazione di legge e dell'ingiustizia, il risultato è che non residua una condotta punibile. Si può allora dedurre che il precetto penale dell'art. 323 c.p. non possiede una forza incriminatrice autonoma".

mentre il vizio di violazione di legge andrebbe inteso in senso tecnico, così come previsto dall'art. 26 TU C.d.S., la violazione di norme di legge o regolamento richiesta dalla norma penale andrebbe intesa in senso ampio, comprensiva di ogni distorsione dell'atto rispetto alle prescrizioni imposte dall'ordinamento amministrativo. Escludere la coincidenza tra le due espressioni, pur non negando la presenza di un imprescindibile rapporto fra i due ordinamenti, condurrebbe peraltro alla conseguenza di poter ammettere anche i vizi di incompetenza ed eccesso di potere nell'ambito della fattispecie penale¹⁷⁴.

Qualora poi uno di tali vizi sussistesse, diviene evidente che neppure tale riscontro potrebbe determinare, di per sé, la configurazione del reato¹⁷⁵. Una volta accertato l'illecito penale, l'atto amministrativo sarà certamente viziato e annullabile, al contrario, accertata la presenza di un vizio amministrativo, non sempre potrà dirsi realizzato il delitto di abuso d'ufficio. A tal fine occorre infatti la realizzazione di un evento ingiusto, con la conseguenza che, anche in presenza di un atto viziato sotto il profilo formale e sostanziale, potrebbe non configurarsi un'ipotesi di reato¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Un motivo ulteriore che potrebbe spingere a ritenere che le due espressioni non coincidano è rappresentato dalla previsione esplicita, nella norma penale, dell'obbligo di astensione e della violazione di norme regolamentari. Integrando queste un'ipotesi di violazione di legge amministrativa non avrebbero infatti avuto bisogno di una espressa considerazione: M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, nota a Cass. 4/12/1997, *Tosches, Cass. pen.* 1998, 2337.

¹⁷⁵ G. DELLA MONICA, *L'irrelevanza dell'eccesso di potere*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 73.

¹⁷⁶ Una corretta ricostruzione del rapporto esistente fra i due ordinamenti non potrebbe poi prescindere da una valutazione complessiva di entrambi i sistemi, non limitata allo studio del delitto di abuso d'ufficio. Giova infatti precisare come lo stesso sindacato di legittimità, svolto dal giudice amministrativo, spesso possa non avere alcun rilievo, o averne uno modesto, nell'accertamento dell'illecito penale. Pur essendo infatti sempre necessaria l'avvenuta violazione delle norme giuridiche disciplinanti l'azione amministrativa, esistono anche ipotesi nelle quali la fattispecie penale viene integrata prescindendo dall'esistenza di un vizio del provvedimento. Al riguardo basti citare il reato di cui all'art. 318 c.p., ovvero la corruzione commessa "per compiere un atto del suo ufficio", che si configura senza necessità che sia realizzata alcuna illegittimità valutabile dal giudice amministrativo. Anzi, proprio l'assenza di tale illegittimità è l'elemento che permette di distinguere la fattispecie in oggetto da quella di cui all'articolo successivo.

Potrebbero inoltre realizzarsi le fattispecie di cui agli artt. 319 e 323 c.p. anche indipendentemente da una illegittimità amministrativa quando la mancanza del funzionario ai suoi doveri d'ufficio o la condotta abusiva non si siano tradotte in un atto dell'amministrazione o, accompagnandosi all'emissione dell'atto, sia rimasta da esso disgiunta. Ciò avverrebbe, ad esempio, quando la condotta

5.3. *L'inefficacia*

Le considerazioni espresse troverebbero infine conferma con riferimento al provvedimento amministrativo inefficace. È tale il provvedimento che, benché perfetto, non sia capace di produrre effetti giuridici per l'inesistenza dei requisiti di efficacia richiesti¹⁷⁷. La conseguenza è dunque la sua inidoneità ad essere portato ad esecuzione. Mentre sotto il profilo amministrativo occorre precisare come esso sia perfettamente legittimo, non difettando di nessuno dei requisiti formali o funzionali richiesti dalla legge, sotto quello penale la valutazione potrebbe essere opposta, potendo infatti accadere che la mancanza di efficacia sia dovuta ad un comportamento del pubblico agente. Si pensi all'ipotesi in cui egli ometta intenzionalmente di procedere ad un controllo dovuto o alle comunicazioni prescritte, interrompendo o ritardando indebitamente lo svolgimento del procedimento e cagionando così un danno ingiusto. Qualora tale condotta non configuri una diversa ipotesi di reato, ben potrebbero ritenersi integrati gli elementi costitutivi del delitto di abuso d'ufficio, sussistendo la violazione di quelle norme prescrivono il sollecito e corretto esercizio dell'azione pubblica, pur in mancanza di un vizio del provvedimento.

Nell'ambito dell'ordinamento amministrativo si rinvencono infatti numerose prescrizioni che impongono al responsabile di condurre il procedimento secondo criteri di efficacia ed efficienza, adottando ogni misura necessaria per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria¹⁷⁸. Mentre il mancato rispetto di tali norme

criminosa del funzionario si sostanzia in un'azione puramente materiale che non abbia bisogno di collegarsi all'emissione di un atto, o quando la condotta, pur non apparendo criminosa nello svolgimento del procedimento, potrebbe dimostrarsi tale mediante il ricorso di peculiari mezzi di prova, quali le intercettazioni telefoniche. In questi termini: V. ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, cit., 76.

¹⁷⁷ A loro volta tali requisiti possono essere previsti dalla legge, come nel caso di provvedimento soggetto a controlli, dalla natura stessa dell'atto, nell'esempio di atto recettizio per il quale è necessario procedere alla comunicazione, o dallo stesso provvedimento, che potrebbe essere sottoposto a termine iniziale o a condizione sospensiva.

¹⁷⁸ Il responsabile del procedimento è in generale tenuto a compiere ogni atto d'impulso utile per lo svolgimento del procedimento. In particolare provvede a valutare le condizioni di ammissibilità per l'emanazione del provvedimento; ad accertare anche d'ufficio i fatti disponendo il compimento degli atti necessari; a proporre l'indizione, o avendone la competenza, ad indire personalmente la conferenza dei servizi; a curare le notificazioni, le comunicazioni e pubblicazioni previste; ad adottare il provvedimento finale, se competente, o a trasmettere gli atti all'organo competente per l'adozione (art.

potrebbe assumere rilevanza penale, accogliendosi un ampio concetto di violazione penalmente rilevante comprensiva anche dei comportamenti o delle condotte omissive, con riferimento all'ordinamento amministrativo tale condotta inerte potrebbe eventualmente rivestire un mero rilievo disciplinare, mancando evidentemente un provvedimento in senso stretto cui riferire le valutazioni di legittimità.

Si confermerebbe allora l'impossibilità di ricostruire i concetti di violazione e di provvedimento in termini di perfetta corrispondenza fra l'ordinamento penale e quello amministrativo.

6. La norma di legge penalmente rilevante

La norma dell'art. 323 c.p. individua espressamente, quali parametri di riferimento da violare, la legge e il regolamento. Con riguardo al primo di questi non pare vi sia contrasto in dottrina circa la possibilità di interpretare l'espressione in modo ampio. Si ritiene infatti pacificamente che vi rientri la legge intesa in senso formale e in senso materiale, ovvero le leggi costituzionali, le leggi ordinarie, quelle regionali e delle province autonome, i decreti legislativi e i decreti legge¹⁷⁹.

Tuttavia, consapevole della notevole ampiezza applicativa potenzialmente attribuibile all'espressione normativa, subito dopo l'entrata in vigore della nuova fattispecie è intervenuta la Corte di Cassazione per definire i requisiti necessari ad identificare le norme penalmente rilevanti¹⁸⁰. Nel ragionamento della Corte si coglie la necessità di offrire un'interpretazione coerente con lo scopo della riforma, ovvero di limitare il controllo penale sull'operato dei pubblici amministratori, distinguendo fra le leggi e i regolamenti possibile oggetto di violazione. La sentenza prospetta

6 L. 241/1990).

¹⁷⁹ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 263; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 573; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 295.

¹⁸⁰ Cass. 4/12/1997, *Tosches*, Cass. pen. 1998, 1278, con nota di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge"*, cit., 2335. In dottrina anche: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 3.

infatti il pericolo che una interpretazione meramente formalistica, che identifichi la violazione con la mera irregolarità, potrebbe paradossalmente tradire i fini perseguiti dal legislatore della riforma, giustificando intromissioni anche maggiori da parte del magistrato penale¹⁸¹.

Conseguentemente, operando una interpretazione teleologicamente orientata della norma penale, volta a definire i confini fra l'illecito penale e quello amministrativo, si individuano due requisiti principali che la norma violata deve possedere per integrare il delitto. È infatti necessario che questa non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento del pubblico ufficiale, e che le leggi e i regolamenti abbiano di questi i caratteri formali ed il regime giuridico.

La seconda di tali delimitazioni non pare aver sollevato particolari problemi interpretativi, risultando anzi coerente con gli obiettivi della modifica. Nonostante qualche dubbio permanga circa i caratteri da attribuire con certezza alla figura del regolamento, il riferimento ad un preciso *nomen iuris* ed al relativo regime giuridico parrebbe soddisfare meglio le esigenze di certezza e di determinatezza della fattispecie perseguite dal legislatore. In tal modo dovrebbe infatti risultare circoscritto l'ambito delle fonti penalmente rilevanti, affidando eventualmente alle sanzioni disciplinari la violazione di ordini o discipline prive di tale carattere.

È invece il primo requisito, ovvero la necessità che la norma violata vieti *puntualmente* il comportamento del pubblico ufficiale, quello che maggiormente ha impegnato la Corte e successivamente la dottrina. Già nella stesura della sentenza si traggono infatti due conseguenze. Secondo tale interpretazione, sarebbe infatti irrilevante la violazione di alcune norme a carattere procedimentale e generalissime e di quelle di principio. Esemplificando, da un lato, la Corte esclude così le norme procedurali che impongono all'amministrazione di motivare i propri provvedimenti o di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato, e dall'altro, la violazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

¹⁸¹ Proprio per questo motivo la conclusione ulteriore cui giunge il ragionamento della Corte è favorevole all'esclusione del vizio di eccesso di potere dall'ambito dell'abuso d'ufficio.

7. La violazione dei principi che informano l'attività amministrativa. Il buon andamento e l'imparzialità

7.1. La tesi negativa

Il riferimento alla violazione di norme che vietino espressamente il comportamento tenuto dal soggetto attivo del reato, secondo la Corte di Cassazione, condurrebbe ad escludere dal novero delle fonti penalmente rilevanti le norme generali, quelle di principio e tutte quelle programmatiche prive di immediata portata precettiva. In particolare si nega espressamente efficacia al disposto di cui all'art. 97 Cost., che rivestirebbe mero carattere organizzativo, e conseguentemente dovrebbero escludersi anche i principi informatori dell'attività amministrativa richiamati dall'art. 1 L. 241/1990, ovvero quelli di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza.

La ragione di fondo, che spinge la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a negare a tali norme la funzione di parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive, si rinviene nel diffuso timore che l'estrema ampiezza della formula usata dal legislatore per qualificare le modalità di realizzazione del comportamento punibile possa condurre ad un eccesso di controllo del magistrato penale sui meccanismi di funzionamento del potere pubblico¹⁸². Si invoca al riguardo il rispetto del principio di tassatività della norma penale di cui all'art. 25 Cost., sottolineando come

¹⁸² G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 252; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 249; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 576; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 297; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio*, cit., 1636; G. PAVAN, *La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e la norma di cui all'art. 97, comma 1, Cost.*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 283; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, *Cass. pen.* 1998, 1843; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, *Foro it.* 1998, II, 390.

In giurisprudenza: Cass. 10/04/2007, *Guida dir.* 2007, 28, 76; Cass. 8/05/2003, *Zardini*, *Cass. pen.* 2004, 4073; Cass. 24/09/2001, *Nicita*, *Cass. pen.* 2003, 121; Cass. 10/01/2001, *Masi*, *Giur. it.* 2002, 770; Cass. 19/09/2000, *Alfarano*, *Guida dir.* 2000, 42, 96; Cass. 14/07/2000, *Maronato*, *Guida dir.* 2000, dossier/8 123; Cass. 30/09/1998, *De Simone*, *Riv. pen.* 1999, 51; Cass. 22/01/1998, *Scardaccione*, *Cass. pen.* 1998, 2332; Cass. 4/12/1997, *Tosches*, *Cass. pen.* 1998, 2332; e in quella di merito: T. Lecce 27/11/2006, *Giur. mer.* 2007, 5, 1442; G.u.p. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1999, 722; T. Pescara 26/05/1998, *Olivieri*, *Giur. mer.* 1999, 84; G.i.p. T. Catanzaro 13/12/1997, *Garcea e altri*, *Giur. it.*, 1998, 1021; T. Padova 11/11/1997, *Riolfi*, *Giur. mer.* 1998, II, 280.

il riferimento alla sola “norma di legge” potrebbe giustificare il ricorso, in sede giudiziaria, a parametri normativi estranei alla stretta legalità.

Per comprendere tale orientamento occorre fare un riferimento alla disciplina amministrativa ed all'applicazione che viene fatta dei principi citati, avvalendosi anche della distinzione richiamata al riguardo dalla dottrina tra *regole* e principi. I sostenitori della tesi negativa escludono infatti che tali norme possano essere in grado di esprimere una disciplina precettiva direttamente applicabile, riconoscendogli efficacia meramente programmatica, arrestandosi ad un livello di mere enunciazioni di principio, e non prevedendo alcuna sanzione per il cittadino inottemperante. Esse apparterebbero all'ambito dei principi, ovvero costituirebbero delle norme per la produzione o determinazione delle regole giuridiche, contenendo una formulazione solo indicativa della condotta dovuta¹⁸³. Difettando dunque di una propria efficacia precettiva, i principi altro non sarebbero che indicazioni generali vincolanti solo per il legislatore o per l'operatore chiamato a fornirne una concreta e puntuale specificazione, ma non idonee a vincolare il comportamento del singolo nel caso specifico¹⁸⁴. Il riferimento a tali principi costituirebbe dunque solo un criterio guida, relativo principalmente allo svolgimento dell'attività discrezionale, inidoneo ad indicare con precisione le modalità da seguire per garantire il risultato previsto e quindi a fondare obblighi diretti per il pubblico funzionario.

Affinché anche i principi possano operare concretamente sarebbe allora necessario ricavare induttivamente da questi delle regole, ovvero i concreti modelli di

¹⁸³ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 279 ss.: delinea i tratti caratteristici dei principi sotto tre punti di vista. In primo luogo, sul piano della loro formulazione linguistica, essi mancherebbero di una struttura formale descrittiva, dirigendo il comportamento in modo solo indiretto; inoltre, sotto il profilo normativo, i principi appartengono solitamente alla categoria degli enunciati teleologici, limitandosi a raccomandare un fine da perseguire con la condotta. Infine, con riferimento alla loro struttura logica, le disposizioni che esprimono principi non sono riducibili alla forma standard delle norme, in cui una conseguenza giuridica è connessa ad una fattispecie condizionante.

¹⁸⁴ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 2335; V. MONTARULI, *La violazione di legge prevista dal nuovo art. 323 c.p. e i limiti del sindacato del giudice penale*, *Urb. app.* 2000, 1, 107.

comportamento¹⁸⁵. Si esige dunque l'interposizione di un'attività di specificazione del precetto generale che peraltro, nell'ambito del diritto amministrativo, non avviene solo in via legislativa, ma anche in sede giurisprudenziale. La legalità amministrativa appare infatti quale ampio concetto, comprensivo non solo delle regole di fonte normativa, ma anche di quelle di fonte giurisprudenziale, enucleate in maniera induttiva dall'intero ordinamento grazie alla mediazione dei principi¹⁸⁶. Il richiamo ad essi diviene dunque uno strumento per l'individuazione di regole inesprese ricostruite partendo da previsioni normative espresse, in base alla loro generalizzazione analogica o alla connessione sistematica di esse¹⁸⁷.

Emergerebbe da quanto detto l'inapplicabilità di tale procedimento al diritto penale, caratterizzato da esigenze di stretta legalità e determinatezza, ovvero dalla necessità di poter stabilire in anticipo i confini fra lecito ed illecito. Essendo infatti la condotta rilevante per il reato di abuso d'ufficio polarizzata intorno al richiamo alla disciplina amministrativa, si correrebbe il rischio di far dipendere il suo ambito applicativo dal diverso apporto valutativo offerto dal singolo operatore chiamato a stabilire in concreto le modalità di attuazione dei principi generali¹⁸⁸. Il pericolo sarebbe infatti quello di un rinvio a catena dalla norma penale a quella costituzionale, ed infine alle regole non positivizzate di valutazione delle condotte amministrative che integrano il contenuto elastico dei principi di imparzialità e buon andamento. Al contrario, i principi di tassatività e di determinatezza della fattispecie dovrebbero

¹⁸⁵ Con riferimento ai principi di buon andamento e imparzialità, un esempio nell'ambito della normativa amministrativa potrebbe trarsi dalla predisposizione del D.M. 28/11/2000, Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Tuttavia anche per tali norme potrebbe sorgere la necessità di verificarne la diretta capacità precettiva: in particolare, con riferimento al rapporto con la contrattazione collettiva A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 25 ss.

¹⁸⁶ La legalità amministrativa sarebbe dunque caratterizzata da un c.d. doppio circuito, a differenza di quella penale, intesa quale sistema strettamente formalizzato: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 20.

¹⁸⁷ In tal senso, ad esempio, ha operato spesso la giurisprudenza con riferimento al principio di imparzialità, partendo dalla premessa che esso non offre la disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo, ma ne costituisce presupposto generico di legittimità.

¹⁸⁸ Tali considerazioni risultano ancora più appropriate se si aderisce alla tesi maggioritaria che configura l'abuso d'ufficio quale norma penale in bianco: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 21.

operare anche con riferimento alle disposizioni extra penali richiamate, per impedirne una ricostruzione *ex post* da parte del giudice, con conseguente ammissibilità solo di quelle previsioni che, per quanto generali, siano comunque in grado di tracciare con precisione i confini della condotta vietata. Conseguentemente, con riferimento ad esempio ai principi richiamati in apertura della legge generale sul procedimento, essi potrebbero assumere rilievo penale non in sé, quanto nell'ipotesi di violazione dello specifico istituto procedimentale che ne costituisce applicazione¹⁸⁹. Solo in tal modo i principi di imparzialità, di trasparenza o di efficienza potrebbero trovare ingresso nella normativa penale¹⁹⁰.

L'accoglimento di tale soluzione negativa avrebbe dunque il vantaggio di fornire una lettura della norma penale maggiormente rispettosa dei principi costituzionali di precisione e determinatezza, coerentemente agli obiettivi perseguiti dal legislatore della riforma, limitando l'intervento del giudice penale alla sussumibilità del fatto sotto parametri normativi precisi e individuabili. Si fa inoltre notare come un merito ulteriore di tale teoria sarebbe sicuramente quello di rendere logicamente separati i diversi piani di indagine nell'interpretazione della fattispecie penale. Assumendo l'art. 97 Cost. quale sede normativa di previsione del bene giuridico tutelato, si scongiurerebbe infatti il rischio di identificare la specifica modalità di condotta richiesta con la stessa lesione dell'oggettività giuridica, sovrapponendo i diversi momenti dell'indagine¹⁹¹.

¹⁸⁹ In realtà anche la normativa amministrativa, nell'imporre certi obblighi al responsabile del procedimento, pare sensibile ad una esigenza di determinatezza. Infatti, nonostante richiami in apertura il rispetto dei principi generali, precisa poi che ciò deve avvenire secondo le modalità previste dalla stessa legge o dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti (art. 1 L. 241/90). Quindi si procede successivamente all'individuazione puntuale degli obblighi imposti al responsabile del procedimento (art. 6 L. 241/90) ed alla descrizione dei singoli istituti che li concretizzano (art. 7 ss. L. 241/90).

¹⁹⁰ Si sottolinea tuttavia come, in tal modo, si corra il pericolo di identificare l'illecito con esclusivo riferimento alle norme che impongono di tenere una condotta determinata, restringendo l'applicazione della norma penale alla violazione delle sole norme di divieto. Ciò rischierebbe di rendere l'art. 323 c.p. costituzionalmente illegittimo per violazione della stretta tipicità, in quanto si inserirebbe una distinzione non prevista dal testo, differenziando a seconda che la parzialità derivi o meno dalla violazione di specifiche disposizioni di legge: A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 52 ss.

¹⁹¹ «Si richiederebbe al giudice, in sede di accertamento, di valutare non solo la conformità del fatto al tipo, ma ancor prima se un dato comportamento offenda o meno il bene giuridico tutelato, immagi-

7.2. *La tesi positiva*

Alla tesi che nega che nell'espressione "violazione di norme di legge" possa rientrare anche la violazione di quelle esprimenti principi generali, se ne contrappone una di segno positivo, proposta dalla dottrina e seguita anche da una parte della giurisprudenza¹⁹².

Si ritiene che anche norme generali, quali ed esempio il precetto espresso dall'art. 97 Cost., possano rientrare fra le disposizioni che regolano l'attività amministrativa, con la conseguenza che anche un esercizio inopportuno o parziale del potere pubblico potrebbe rivestire rilevanza penale. Anche la violazione degli obblighi del buon andamento e dell'imparzialità, espressi dalla norma costituzionale, realizzerebbe infatti una violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, e dunque potrebbe bene concorrere ad integrare il precetto penale.

Per ammettere ciò occorre, prima di tutto, affrancarsi dall'intenzione manifestata da alcuni compilatori in sede di riforma. Preferendo infatti attribuire maggiore peso al dato positivo emergente dalla lettera della legge piuttosto che ad una presunta volontà ricostruibile dai lavori preparatori, si riconosce al criterio storico di interpretazione un ruolo solo secondario. Peraltro, anche la disciplina positiva disposta in materia di interpretazione della legge confermerebbe tale conclusione. L'art. 12 disp. prel. c.c. attribuisce infatti un ruolo principale al criterio letterale di interpretazione, prescrivendo di iniziare il processo interpretativo con la ricognizione del significato proprio delle parole, ed uno solo subordinato ed eventuale al ricorso alla volontà del legislatore. A quest'ultimo bisognerebbe rivolgersi solo quando il significato proprio delle parole risulti oscuro, o comunque permangano dei dubbi dalla precedente ope-

nando che possa esistere, così, già a livello astratto, uno scarto tra antigiuridicità penale e tipicità": A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio*, cit., 1846.

¹⁹² In dottrina: M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 279 ss.; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 57 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 243; V. PEZZINI, *L'abuso d'ufficio al vaglio dei primi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, *Ind. pen.* 2000, 866 ss.; P. AMARA, nota a G.u.p. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1999, 736; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, *Foro it.* 1999, V, 334; A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 21; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1051.

In giurisprudenza: Cass. 12/02/2008, *Sassara*, *Cass. pen.* 2009, 1025; Cass. 26/02/2002, *Marcello*, *Foro it.* 2003, II, 483; Cass. 19/03/1999, *Sanna*, *Guida dir.* 1999, 18, 86.

razione. Ebbene, potrebbe ritenersi che l'espressione usata dal legislatore penale, nel suo riferimento alle norme di legge e di regolamento, sia sufficientemente chiara da arrestare l'attività interpretativa al ricorso al solo criterio letterale. Mancando nella sua formulazione ogni riferimento a puntuali violazioni di legge, cioè alla violazione di una norma legislativa specificamente destinata a disciplinare un caso particolare, non sarebbe permesso all'interprete di inserire alcuna distinzione tra leggi ordinarie e leggi costituzionali. Non solo infatti la lettera della legge non consentirebbe di operare alcuna selezione, ma neanche offrirebbe solidi argomenti per sostenere che, fra le norme da ritenere escluse, vi siano quelle costituzionali.

Un diverso ragionamento sarebbe peraltro ricco di conseguenze negative fra le quali, prima fra tutte, una incongruenza del sistema, volto a riconoscere rilievo penale alla violazione di norme dotate di efficacia subordinata quali sono, ad esempio, quelle regolamentari, e a negarla invece con riferimento proprio alle norme dotate di maggiore rango all'interno del sistema delle fonti nazionali¹⁹³.

Si giungerebbe inoltre al paradosso di escludere dal precetto penale il principio di imparzialità, laddove questo costituisce il bene giuridico protetto dalla norma. Al contrario dovrebbe ritenersi che suddetto principio, analogamente a quello del buon andamento, possieda un'autonoma capacità prescrittiva, determinando il modo di essere e il dover essere dell'organizzazione della pubblica amministrazione e della sua attività considerata rispetto ai fini pubblici da perseguire¹⁹⁴.

L'importanza e soprattutto la diretta applicabilità dei principi di cui all'art. 97 Cost. si possono cogliere, peraltro, avendo riguardo ad ogni singolo momento di realizzazione della concreta attività pubblica. La determinazione dei fini pubblici vincolanti per l'amministrazione avviene infatti in un primo momento in maniera

¹⁹³ M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1051. Si riconosce come l'accoglimento della teoria positiva, specie con riferimento al principio del buon andamento, possa riaprire la strada ad una potenzialità assai ampia di applicazione dell'art. 323 c.p. comprendendo anche gli ambiti della discrezionalità. Tuttavia ciò appare comunque preferibile rispetto ad una lettura del sistema che attribuisse maggiore peso alla violazione di una norma regolamentare rispetto all'inosservanza dei parametri costituzionali che presidiano all'organizzazione e al funzionamento dell'apparato pubblico.

¹⁹⁴ A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 53 ss.

astratta ad opera della norma attributiva del potere. La concretizzazione dell'interesse pubblico si realizza invece successivamente mediante l'effettivo esercizio del potere amministrativo, sia esso vincolato o discrezionale, ovvero mediante la valutazione del fatto storico, pur sempre nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento¹⁹⁵. La riconducibilità dell'art. 97 Cost. al concetto di legge penalmente rilevante si può allora ricavare ponendo in relazione la funzione del provvedimento amministrativo, e gli interessi con esso perseguiti, con la norma violata che lo disciplina. I principi dell'imparzialità e del buon andamento non possono infatti che essere pregnanti della funzione dell'atto, con la conseguenza che una violazione della disciplina del singolo provvedimento implica anche una violazione di tali valori. A maggior ragione, allora, anche la violazione diretta di tale norma dovrebbe trovare spazio nell'elemento materiale del reato.

Deriverebbe dunque da tali considerazioni la conclusione secondo cui sarebbe non solo arbitraria, ma anche in contrasto con il funzionamento del sistema, l'esclusione dall'ambito della normativa penale di valori fondamentali e primari quali sono quelli espressi dalle norme costituzionali.

Analogo ragionamento varrebbe poi con riferimento alla distinzione operata dalla dottrina fra regole in senso stretto e meri principi. Tale distinzione sarebbe infatti pur sempre interna al concetto stesso di norma giuridica¹⁹⁶, e si arresterebbe ad un livello di "metadiscorso" giuridico, essendo priva di effettive basi positive¹⁹⁷. Pur presentando sicuramente delle differenze di struttura e di contenuto, le regole e i principi appartengono entrambe al *genus* delle norme giuridiche, costituendo enunciati del discorso precettivo rivolti alla guida del comportamento: anche i principi,

¹⁹⁵ A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 103. In maniera più generale potrebbe osservarsi come attualmente paia abbandonata l'idea tradizionale della norma di legge quale precostituzione astratta della regola di condotta. La legislazione amministrativa più recente si mostra infatti prevalentemente orientata nel senso della produzione di norme strutturate per principi generali, caratterizzate a loro volta da una indeterminatezza del contenuto precettivo maggiore rispetto a quella delle norme giuridiche in senso stretto, che consente di sottoporle a reciproco bilanciamento in vista della statuizione in sede amministrativa della disciplina per il caso singolo: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 95 ss.

¹⁹⁶ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 47.

¹⁹⁷ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 277.

pur non esprimendo un comando, sono comunque norme inserite nell'ordinamento giuridico ed esprimenti valori meritevoli di tutela, da osservare proprio per garantire il corretto funzionamento del sistema ed il rispetto dei fini perseguiti¹⁹⁸.

Inoltre, aderendo a tali conclusioni, coerentemente si dovrebbe rifiutare la distinzione operata sovente fra norme programmatiche e norme precettive, al fine di escludere le prime dall'ambito di rilevanza penale. Fra queste rientrerebbe anche la previsione di cui all'art. 97 Cost. che, come le altre norme definite programmatiche, non prescriverebbe una condotta specifica per il cittadino, ma si rivolgerebbe al legislatore, indicandogli il perseguimento di un determinato scopo prestabilito¹⁹⁹.

In realtà si fa notare come tale distinzione affondi le proprie origini nelle diverse spinte ideologiche che accompagnarono l'entrata in vigore della Costituzione²⁰⁰, mentre la soluzione andrebbe rinvenuta prescindendo da qualunque qualificazione dogmatica, individuando a monte la struttura della norma in oggetto²⁰¹. Occorrerebbe infatti indagare se essa presenti le caratteristiche tipiche della norma giuridica, ovve-

¹⁹⁸ M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 285 ss.

¹⁹⁹ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 278.

²⁰⁰ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 47; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 335.

²⁰¹ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 22. In questo senso anche M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione delle norme di legge"*, cit., 2341: "Discende da quanto detto che l'affermazione della Cassazione sull'esclusione dell'art. 97 Cost. dall'area del nuovo abuso d'ufficio risulta esatta solo (e solamente) se le norme costituzionali programmatiche (o di principio) essendo caratterizzate da quelle peculiarità prima evidenziate, ossia che si rivolgono solo al legislatore e non sono munite di sanzione, non possono essere ricomprese nella locuzione "violazione di norme di legge" poiché non sono norme di legge".

Con riferimento al disposto dell'art. 97 Cost., ad esempio, la giurisprudenza opera una distinzione fra i suoi commi: Cass. 12/02/2008, *Sassara*, Cass. pen. 2009, 1025. Si ritiene infatti che il principio di imparzialità espresso dalla norma possa assumere una diretta portata precettiva solo con riferimento allo svolgimento dell'attività dell'amministrazione. In questo caso esso imporrebbe una vera e propria regola di comportamento, prescrivendo, fra l'altro, che nel procedimento vengano acquisiti tutti gli elementi utili per addivenire ad una deliberazione ponderata. Al contrario, con riferimento all'organizzazione degli uffici, esso sarebbe rivolto solo al legislatore, esigendo allora la mediazione della legge per operare nei confronti dei cittadini.

In senso parzialmente difforme tuttavia A. SEGRETO- G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 497 ss: si riduce la portata precettiva della norma in oggetto, per cui la sua rilevanza ai fini penali è limitata ai soli casi di attività della pubblica amministrazione relativa all'auto-organizzazione dei propri uffici, tra cui rientra l'attività concorsuale di assunzione del personale. I destinatari della norma sarebbero dunque solo il legislatore e la pubblica amministrazione, ma appunto esclusivamente allorché svolga tale attività.

ro sia dotata di una propria precettività, ovvero se sia suscettibile di divenire direttiva vincolante e autoesecutiva capace di fornire una descrizione preventiva della regola di condotta da seguire nel caso concreto, in tal modo soddisfacendo i requisiti minimi richiesti per l'integrazione del precetto penale²⁰².

Ciò avviene anche nelle numerose ipotesi in cui sia il provvedimento amministrativo a formulare in maniera elastica e flessibile le caratteristiche e le finalità dei vari programmi perseguiti dall'azione amministrativa e individuati a monte da norme di carattere generale. In tal modo infatti i principi espressi dalla norma costituzionale o dalla L. 241/90 troverebbero diretta attuazione col provvedimento, senza necessità di mediazione ad opera di una norma di carattere puntuale.

Infine, la ragione ulteriore che dovrebbe condurre all'ingresso di tali norme nell'ambito della fattispecie penale attiene ad evidenti esigenze di prevenzione generale. Nella realtà infatti gli episodi più gravi di comportamenti abusivi da parte dei pubblici ufficiali si riscontrano nell'esercizio del potere discrezionale. Possono infatti darsi numerosi casi nei quali un comportamento del pubblico ufficiale apparentemente legittimo, in quanto rispettoso delle norme dettate sulla sua competenza o sul procedimento amministrativo, risulti in realtà viziato da parzialità o del tutto contrastante coi principi di buona ed efficiente amministrazione. Escludere in tali ipotesi la sussistenza dell'elemento materiale del reato vorrebbe dire non solo ridurre il precetto costituzionale a mera dichiarazione di principio, svuotandola quindi di ogni contenuto concreto, ma anche far venire meno la tutela penale di fronte alle forme di abuso d'ufficio più gravi, lasciando nell'ambito protettivo della norma solo le violazioni meno gravi che spesso si riducono ad infrazioni solo formali²⁰³.

²⁰² Si rifiuta, ad esempio, la tesi proposta da una sentenza rimasta isolata che ricostruiva il concetto di violazione penalmente rilevante prescindendo dalla violazione diretta ed immediata di un precetto, potendo essa consistere nella violazione di un sistema di norme: T. Napoli, 30/11/1999, *Cass. pen.* 2001, 1027. Dall'accoglimento di tale soluzione deriverebbe un contrasto con il divieto di analogia e con il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale: C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti*, cit., 1035.

²⁰³ M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 288; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1051.

8. La rilevanza penale del vizio di eccesso di potere

8.1. La tesi negativa

Durante il vigore della formulazione precedente, la giurisprudenza ravvisava comunemente la sussistenza del reato in presenza di una strumentalizzazione dell'ufficio per finalità private o comunque extra-istituzionali, configurando così un abuso in ogni ipotesi di sviamento del potere dalla causa tipica per la quale il potere stesso fosse stato attribuito. Ciò peraltro avveniva anche in presenza di un vizio di violazione di legge, che costituiva sintomo di detto sviamento di potere²⁰⁴.

La formulazione attuale ha invece preferito abbandonare il vago concetto di abuso per ricorrere ad espressioni più precise, ancorate alla violazione di predefiniti parametri normativi, ovvero le norme di legge e di regolamento. Si è conseguentemente posto il problema di verificare se ciò abbia lasciato spazio al vizio di eccesso di potere, o se la lettera della norma comporti la rilevanza penale del solo vizio di violazione di legge²⁰⁵.

²⁰⁴ Cass. 15/07/1996, *Ferretti*, *Riv. pen.* 1996, 839; Cass. 16/06/1995, *Riv. pen.* 1995, 1329.

²⁰⁵ Non pare invece che sussistano dubbi in merito alla autonoma rilevanza penale del vizio di incompetenza, che dunque smetterebbe di essere mero sintomo di una più ampia condotta di sviamento, rientrando anch'esso nel concetto di violazione di norme di legge o regolamento: A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 252; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 581; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 506; G. TELLONE, *La violazione delle norme sulla competenza*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 45 ss. In giurisprudenza; Cass. 14/07/2000, *Maronato*, *Guida dir.* 2000, dossier/8, 123; in senso contrario: Cass. 21/09/2004, *Iacono*, *Riv. pen.* 2005, 708; Cass. 14/03/2000, *Strano*, *Guida dir.* 2000, 27, 72.

Per poter individuare l'esatta portata ed estensione della condotta incriminata occorre preliminarmente precisare il concetto di competenza, con particolare riferimento alle tipologie nelle quali questa viene distinta. Esso risponde ad esigenze di tipo organizzativo, dovendo lo Stato procedere ad una partizione dei compiti affidati ai suoi vari organi. La competenza potrebbe infatti definirsi come la misura dell'esercizio delle attribuzioni di cui ciascun organo è affidatario, ovvero come il complesso delle funzioni che gli sono attribuite. Tradizionalmente si è soliti articolare il concetto di competenza secondo la materia, il territorio ed il valore. Ciò che però realmente rileva ai fini penali è la distinzione fra incompetenza assoluta e relativa. Si configura la prima quando il provvedimento venga adottato sulla base di un potere che la legge non ha attribuito a nessun organo, o quando l'autorità emani un atto in una materia completamente estranea al suo settore. La titolarità del potere risulta dunque affidata ad un ramo dell'amministrazione completamente diverso. Si parla invece di incompetenza relativa quando l'autorità amministrativa, esorbitando dai limiti della propria competenza, invade la

Preliminarmente occorre individuare quale sia la natura giuridica dell'eccesso di potere. Esso ha infatti costituito la figura attraverso la quale la giurisprudenza ha nel tempo definito i tratti propri della discrezionalità amministrativa, quale posizione tipica dell'agire pubblico nell'esercizio del potere²⁰⁶. L'indagine relativa a tale vizio, estesa peraltro non al solo momento decisionale bensì all'intera attività funzionale dell'amministrazione, presuppone infatti che si sia agito in conformità alla legge e, nonostante ciò, siano risultati violati i limiti finalistici e di ragionevolezza intrinseci all'agire pubblico. L'eccesso di potere si riferisce infatti allo svolgimento dell'attività discrezionale, caratterizzata dall'assenza di predefiniti parametri di condotta, ma orientata secondo regole extralegislative ricavate di volta in volta dai principi generali dell'ordinamento o da massime di esperienza comunemente diffuse o addirittura create *ex novo* perché inerenti al potere o derivanti dai fatti del caso, e pur sempre soggetta alla presenza di limiti funzionali²⁰⁷. Fra questi il principale è sicuramente

sfera di attribuzioni riservata ad un'altra autorità pur sempre appartenente al medesimo settore amministrativo.

Si ritiene che solo la seconda forma di incompetenza possa assumere rilevanza ai fini del delitto di abuso d'ufficio (Cass. 18/12/2001, *Amato, Riv. pen.* 2002, 231). Nel primo caso, infatti, si assisterebbe ad un caso di carenza di potere che, come tale, non potrebbe che condurre alla nullità dell'atto, o perfino alla sua inesistenza. Ciò allora dovrebbe avvalorare quella tesi, fondata sull'applicazione dell'art. 49 c.p., che ritiene sempre necessaria la presenza almeno di una certa qual competenza di fatto, senza la quale l'abuso resterebbe una condotta inoffensiva e quindi incapace di costituire reato: A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 249. In giurisprudenza: Cass. 10/03/1989, *Papale, Riv. pen.* 1990, 1057.

In tali ipotesi sarebbe poi da escludere anche la punibilità del tentativo, venendo meno il requisito della idoneità degli atti: G. TELLONE, *La violazione delle norme sulla competenza*, cit., 49.

Il riferimento alla struttura dell'abuso d'ufficio quale reato di danno è utile per affrontare anche un ulteriore problema, ovvero quello della rilevanza penale dell'incompetenza nel compimento di un atto infra-procedimentale. Lo studio dei vizi di tali atti ha recentemente assunto notevole importanza in considerazione della divisione per fasi del procedimento amministrativo e della nomina di un responsabile diverso per ogni fase. Al riguardo, per evitare che certi atti o comportamenti vengano considerati abusivi solo perché realizzati senza rispettare l'ordine legislativo delle competenze, valorizzando così delle violazioni meramente formali e come tali neutrali sul piano della possibile alterazione degli interessi coinvolti, occorrerebbe verificarne l'effettiva incidenza lesiva a carico del bene giuridico tutelato: A. TESAURO, *Violazione di legge e d'abuso d'ufficio*, cit., 185 ss.

²⁰⁶ In realtà il legislatore del 1889, con la creazione della figura dell'eccesso di potere, intendeva riferirsi a qualcosa di molto diverso rispetto a ciò che si intende attualmente con tale espressione. Esso indicava infatti un caso di incompetenza molto grave, uno straripamento, ovvero l'esercizio di un potere spettante ad un'autorità completamente diversa da quella che l'esercita. Dunque una nozione grosso modo coincidente con la moderna idea della carenza di potere: V. CERULLI IRELLI, *Principi*, cit., 240.

²⁰⁷ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 215.

quello di ragionevolezza, quale canone flessibile delle scelte amministrative non predeterminate da norme preventivamente disponibili²⁰⁸. Tale vizio sarebbe dunque ravvisabile nell'esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, tale che l'atto consegue uno scopo estraneo rispetto a quanto preordinato dalla norma attributiva del potere, realizzando una sorta di eccesso nel mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto, ovvero in ogni ipotesi di superamento dei limiti di accettabilità delle decisioni dell'amministrazione valutato secondo criteri di ragionevolezza e giustizia sostanziale²⁰⁹.

Tuttavia, nonostante il riferimento ai limiti interni del potere pubblico consenta di classificare l'eccesso di potere fra i vizi di legittimità del provvedimento, è evidente come la verifica del rispetto dei criteri preordinati alla cura dell'interesse pubblico, unitamente a quelli di logicità e di razionalità che devono informare il potere discrezionale, consenta l'esplicazione di un controllo più autentico sull'attività pubblica, e quindi anche di un giudizio spesso esteso fino ai confini del merito amministrativo²¹⁰. Infatti, se da un lato tale vizio permette al giudice una verifica più completa di legittimità, non limitata ad un mero controllo formale, dall'altro lato rischia di diventare uno strumento, talvolta anche invasivo, di ingerenza nelle scelte riservate all'amministrazione²¹¹.

²⁰⁸ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 217 ss.: in tale conteso, il principio di legalità rischia invece di venire svuotato di contenuti concreti e di non costituire più un riferimento effettivo per sindacare l'azione amministrativa.

²⁰⁹ V. CERULLI IRELLI, *Principi*, cit., 241 ss.; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 35 ss. L'indagine rischierebbe allora di coinvolgere il profilo causale del provvedimento amministrativo, requisito evidentemente sfuggente e quindi inidoneo a fungere da elemento costitutivo della fattispecie penale: L. ALIBRANDI, *L'obiettivo su...*, cit., 41.

²¹⁰ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 219: "il sindacato sull'eccesso di potere non è diretto a verificare il rispetto di un obbligo di comportamento specificamente imposto nel suo contenuto dall'ordinamento, bensì a sottoporre a riscontro la correttezza logica delle scelte amministrative non vincolate da norme alla luce di comuni canoni di razionalità, coerenza ed equità".

²¹¹ Al fine di superare eventuali difficoltà probatorie e di circoscrivere in modo sufficientemente preciso le caratteristiche dell'eccesso di potere, si è proceduto all'elaborazione delle c.d. figure sintomatiche, ovvero di ipotesi in cui, pur senza essere raggiunta la prova, si verificano sintomi di un esercizio disfunzionale dell'attività pubblica. Così, accanto alla figura sostanziale dello sviamento del potere, si individuano fra l'altro quelle sintomatiche del travisamento dei fatti, contraddittorietà degli atti, disparità di trattamento, violazione di circolari o inosservanza di prassi: F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1325 ss; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 36. In giurisprudenza si richie-

Proprio tale ultima preoccupazione viene assunta come principale argomento da parte di quella dottrina e giurisprudenza che negano possa avere rilievo l'eccesso di potere ai fini dell'integrazione dell'abuso d'ufficio, sottolineando come sarebbe contrario allo spirito della riforma ammettere una valutazione sull'operato pubblico che esuli dalla sussunzione sotto rigorosi parametri di confronto, consentendo invece una verifica di opportunità e correttezza²¹². Ragionare diversamente - si dice - vorrebbe dire consentire l'ingresso di forme di illegittimità inevitabilmente destinate a rendere vaghi ed elastici i confini della fattispecie incriminatrice, in violazione del *principio costituzionale di precisione*²¹³ e dello spirito della riforma²¹⁴. Il richiamo

de talvolta anche la presenza di una reale divergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto, con la conseguenza che, se tale divergenza non si verifica, nonostante la figura sintomatica, non sussisterà l'eccesso di potere e quindi neanche il reato: Cass. 29/01/1997, *Anaconda*, *Riv. pen.* 1997, 288.

²¹² In dottrina: G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 250; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 259 ss.; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 585; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio*, cit., 1636; M. N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità*, cit., 1763 ss.; P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, *Cass. Pen.* 1999, 2123; L. ALIBRANDI, *Contributi e opinioni*, cit., 41; S. CAMAIONI, *Il nuovo abuso d'ufficio*, cit., 50; G. DELLA MONICA, *L'irrelevanza dell'eccesso di potere*, cit., 70 ss.; R. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, cit., 17; G. TELLONE, *La violazione delle norme sulla competenza*, cit., 57; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 13; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 L. 16/07/1997 n. 234*, cit., 745.

In giurisprudenza: Cass. 16/12/2002, *Sciannameo*, *Cass. pen.* 2004, 863; Cass. 18/12/2001, *Riccardi*, *Dir. pen. proc.* 2002, 290; Cass. 10/12/2001, *Bocchiotti*, *Giur. it.* 2003, 1903; Cass. 1/12/2000, *Gremmo*, *Guida dir.* 2001, dossier/2, 122; Cass. 19/09/2000, *Alfarano*, *Guida dir.* 2000, 42, 96; Cass. 14/07/2000, *Maronato*, *Guida dir.* 2000, dossier/8, 123; Cass. 15/10/1999, *Todaro*, *Riv. pen.* 2000, 393; Cass. 24/06/1999, *Negrato*, *Guida dir.* 1999, 34, 102; Cass. 1/06/1999, *Menditto*, *Guida dir.* 1999, 29, 84; Cass. 3/11/1998, *Caffarello*, *Guida dir.* 1999, dossier/2, 115; Cass. 3/11/1998, *Caldarola*, *Cass. pen.* 1999, 3399; Cass. 20/07/1998, *Fedele*, *Guida dir.* 1998, 37, 96; Cass. 16/04/1998, *Aguzzi*, *Cass. pen.* 1999, 3398; Cass. 2/04/1998, *Ferrante*, *Cass. pen.* 1999, 2506; Cass. 29/01/1998, *Marconi*, *Cass. pen.* 1999, 498; Cass. 4/12/1997, *Tosches*, *Cass. pen.* 1998, 2332; Cass. 17/10/1997, *Iapalucci*, *Guida dir.* 1998, dossier/1, 104; in quella di merito: G.I.P. T. Bologna 1/04/1999, *Menestrina*, *Ind. pen.* 2000, 857; T. Taranto 19/03/1999, *Cito e altri*, *Foro it.* 2000, II, 487; G.U.P. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1999, 722; T. Milano 26/09/1998, *Arioli*, *Guida dir.* 1998, 46, 48; G.I.P. T. Roma 22/12/1997, *Prodi e altri*, *Cass. pen.* 1998, 2186; T. Palermo, 3/12/1997, *Censoplano*, *Foro it.* 1998, II, 259; T. Milano 25/09/1997, *Oglio e altri*, *Ind. pen.* 1998, 52.

Una ragione ulteriore, comunque strettamente legata alle altre, richiamata a sostegno di tale tesi si rinviene nella necessità, avvertita dai pubblici amministratori, di godere della certezza di andare esenti da responsabilità penale ogni volta in cui il proprio operato risulti formalmente legittimo: G. DELLA MONICA, *L'irrelevanza dell'eccesso di potere*, cit., 72.

²¹³ Tuttavia viene evidenziato da certa dottrina come l'attenzione posta sul principio di precisione rischi di lasciare in ombra gli svantaggi che deriverebbero dall'accoglimento della tesi esposta sotto il profilo della tutela sociale. Non sfugge infatti come molto spesso siano proprio le condotte poste in essere in apparente rispetto delle prescrizioni formali quelle che in realtà realizzano le più pericolose

alla violazione di norme di legge, presente nella norma penale, andrebbe dunque correttamente interpretato quale sinonimo del vizio amministrativo di violazione di legge, con conseguente esclusione *per tabulas* di ogni riferimento all'eccesso di potere. Conseguentemente ricadrebbero nell'ambito della fattispecie penale solo le violazioni dirette della parte precettiva della norma di legge o regolamento considerata, non quelle mediate aventi ad oggetto i presupposti giustificativi dell'esercizio del potere e le astratte finalità della norma attributiva di questo²¹⁵.

8.2. *La tesi positiva*

Esiste poi anche un'altra tesi, sostenuta in dottrina e da una parte minoritaria della giurisprudenza, in base alla quale sarebbe invece scorretto escludere dall'ambito di applicazione del nuovo abuso d'ufficio le condotte integranti ipotesi di eccesso di potere²¹⁶. Confermerebbero tale conclusione ragioni di tipo formale e ragioni sostanziali di tutela del bene giuridico²¹⁷.

illiceità dei pubblici funzionari, ovvero le forme di favoritismo più subdole, che metterebbero in pericolo la tutela dell'imparzialità dell'agire pubblico: A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 242. Tale rischio sarebbe poi accentuato dall'estromissione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale quale *species* di evento, privilegiando così la tutela del patrimonio a scapito, appunto, della protezione dell'imparzialità: A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 16; O. FORLENZA, *Il patrimonio della pubblica amministrazione*, cit., 81 ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, legge 16/07/1997*, cit., 747.

²¹⁴ Una conferma in tal senso potrebbe trarsi anche dallo studio dei lavori preparatori alla riforma, durante i quali è stato chiaramente rifiutato ogni riferimento espresso al "manifesto ed oggettivo sviamento di potere" (si veda ad esempio l'intervento dell'onorevole Fassone e le relative reazioni negli Atti del Senato, nella seduta 8/12/1996).

²¹⁵ A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 511. In realtà anche condotte integranti uno sviamento dalla causa tipica potrebbero assumere rilevanza ai fini del delitto di abuso d'ufficio. È pur vero che ciò, secondo tale orientamento, non avverrebbe direttamente, ma non potrebbe escludersene un'efficacia indiretta sulla qualificazione dell'evento come ingiusto. Ciò avverrebbe, ad esempio, quando la causa tipica del provvedimento sia deviata verso la realizzazione di uno scopo privato e non pubblico, ma non quando l'atto sia diretto a realizzare una finalità pubblica diversa da quella prescritta, sebbene ciò possa integrare, sotto il profilo amministrativo, un vizio di violazione di legge o di eccesso di potere: G. DELLA MONICA, *L'irrilevanza dell'eccesso di potere*, cit., 73.

²¹⁶ Sia la tesi negativa che quella positiva presentano comunque aspetti di conformità alla Costituzione: la prima sotto il profilo del rispetto del principio di precisione, la seconda sotto il diverso aspetto del rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 113, secondo comma, Cost., giacché non com-

La prima considerazione riguarda proprio il dato formale, ovvero la lettera della norma, che non giustificerebbe alcuna restrizione in tal senso. Nonostante dalla lettura dei lavori preparatori possa rinvenirsi qualche riferimento ad una volontà favorevole all'esclusione di tale vizio, la formulazione che ne è poi derivata non mostra di aver accolto alcuna soluzione in tal senso²¹⁸. Opportunamente, infatti, la norma non muterebbe precisamente l'espressione amministrativa di violazione di legge, prevedendone una propria che impedirebbe l'identificazione fra il vizio amministrativo e la violazione di norme penalmente rilevante²¹⁹. Conseguentemente il riferimento al diritto amministrativo non potrebbe che essere ampio, ovvero comprensivo di ogni ipotesi di violazione delle prescrizioni proprie del provvedimento o del comportamento amministrativo integrante una illegittimità²²⁰.

porta irragionevoli disparità di trattamento fra i diversi vizi dell'atto amministrativo: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 54.

²¹⁷ Al riguardo C. F. GROSSO, *Condotta ed eventi*, cit., 330: "O si interpreta la nuova disciplina secondo l'intenzione dichiarata dal legislatore, ed allora la fattispecie risulta sicuramente conforme allo scopo prefisso di eliminare gli eccessi di discrezionalità giudiziale, ma i suoi costi sono elevati sul terreno della repressione, doverosa, dei fenomeni di ingiusti arricchimenti privati all'ombra della pubblica amministrazione attraverso l'uso distorto dei pubblici poteri. O si interpreta la nuova disciplina secondo il significato che si desume dalla sua dizione letterale, ma allora nonostante la dichiarata intenzione del legislatore, e la modifica del testo dell'art. 323 c.p., paradossalmente poco sembrerebbe cambiare rispetto alla normativa abrogata proprio sul terreno della limitazione della discrezionalità giudiziale".

²¹⁸ Il ricorso ai lavori preparatori, nel procedimento di interpretazione della legge, è peraltro consentito in via solamente sussidiaria, non potendosi sostituire alla volontà obiettiva della legge: B. ALBERTINI, *L'obiettivo su... Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 43.

²¹⁹ L'autonomia delle due espressioni sarebbe confermata, oltre che dalla loro differenza in termini letterali, dalla considerazione secondo la quale, in caso di identità concettuale, non sarebbe stata necessaria la previsione espressa della violazione anche delle norme regolamentari e dell'omissione dell'obbligo di astensione, rientrando entrambe nel generale concetto di violazione di legge: M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 271; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1253. Medesime considerazioni vengono poi proposte con riferimento al vizio di incompetenza: B. ALBERTINI, *L'obiettivo su*, cit., 43. Più correttamente, secondo taluno, l'espressione penale alluderebbe alla tematica delle fonti del diritto, ovvero al rispetto del principio di legalità, e non a quella dei vizi di legittimità: M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 268; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 242. Infatti, coerentemente alle differenti logiche che regolano i due ordinamenti, il concetto di violazione andrebbe riferito al provvedimento e dunque alla sua illegittimità ai fini impugnatori, relativamente a quello amministrativo, ed alla singola attività svolta in vista di una eventuale responsabilità personale, in relazione all'ordinamento penale: O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio*, cit., 150; A. ALBAMONTE, *Dal teorema della disapplicazione degli atti amministrativi*, cit., 643.

²²⁰ In tal senso S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1253. L'autore prende le mosse del suo ragionamento dal principio di legalità che vincola l'esercizio dell'attività amministrativa.

Si impone allora di aver chiaro cosa si intenda, dal punto di vista amministrativo, per legittimità del provvedimento. Presupposto del ragionamento è infatti l'eventuale coincidenza fra la violazione penalmente rilevante della norma di legge e la tematica amministrativa della validità dell'atto, a sua volta legata al rispetto di tutti i requisiti richiesti dalla norma attributiva del potere. È pacifico che a tal fine sia necessaria la presenza di ciascuno degli elementi prescritti dall'ordinamento, ovvero che esso sia stato posto nel rispetto delle norme giuridiche da osservare per la sua emanazione²²¹. Vengono dunque in rilievo le prescrizioni relative, ad esempio, ai requisiti di forma o di tempo del provvedimento.

A differenza dell'autonomia privata, il potere amministrativo è poi anche un *potere funzionalizzato*, caratterizzato dal vincolo di tipicità e di stretta legalità, essendo volto per sua natura al perseguimento di un dato interesse pubblico. Non potrebbe allora escludersi che anche tale interesse concorra a definire, seppure sotto il profilo funzionale, il contenuto del provvedimento. Conseguentemente il concetto di illegittimità amministrativa cui riferirsi per interpretare la norma penale dovrebbe intendersi in maniera ampia, ovvero comprensivo anche del rispetto dell'*interesse pubblico* quale requisito tipico. Così ammessa la rilevanza dell'interesse pubblico all'interno della fattispecie penale, nel concetto di norma di legge rilevante ai fini del delitto di abuso d'ufficio dovrebbe ammettersi anche l'ipotesi in cui venga violata la norma pubblica attributiva del potere²²². In tal senso si orienta peraltro anche parte

va, ritenendolo integrato da quelli di buon andamento e imparzialità, e da ciò ricavando che la nozione di violazione di legge assume un'accezione totalizzante in grado di comprendere ogni possibile vizio dell'atto o del provvedimento amministrativo, e dunque anche l'eccesso di potere.

Assume il principio di legalità quale argomentazione utile ad ammettere un sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione anche M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 300 ss. In senso però parzialmente differente, l'Autore affranca la tipicizzazione dell'abuso d'ufficio dall'accertamento dei vizi amministrativi di legittimità, escludendo che il giudice penale debba stabilire la ricorrenza del vizio di eccesso di potere, pur dovendo egli svolgere un'indagine in larga parte sovrapponibile a quella che riguarda l'accertamento del vizio dell'atto. Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa è infatti possibile mediante il ricorso ai canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

²²¹ T. Napoli 24/09/1997, *Federico*, Cass. pen. 1998, 1246.

²²² A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 85: "sviare l'atto dall'interesse pubblico equivale a violare la norma che indica l'interesse pubblico e che assegna all'autorità il potere di curarlo". In questo senso anche: A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 249; C. F. GROSSO, *Condotte ed*

della giurisprudenza riconoscendo una violazione di legge penalmente rilevante non solo quando la condotta sia stata svolta in contrasto con le forme, le procedure e i requisiti richiesti, ma (anche e principalmente) quando non si sia conformata al presupposto stesso da cui trae origine l'attribuzione del potere, strumentalizzando così l'esercizio dell'ufficio a scopi diversi da quelli per i quali è stato affidato²²³.

Dunque, poiché il rispetto di tale vincolo funzionale potrebbe bene coinvolgere profili di discrezionalità nell'attività amministrativa, non dovrebbero esservi ostacoli ad ammettere la rilevanza penale del vizio di eccesso di potere, configurandosi un reato anche qualora il provvedimento risulti formalmente corretto, ma persegua un fine diverso da quello voluto dalla legge, magari personale o egoistico²²⁴. In generale potrebbe dunque affermarsi che la mancata funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico costituisca l'oggetto dell'incriminazione, riconoscendo l'eccesso di potere quale vizio di legittimità²²⁵. Tuttavia tale considerazione merita una precisazione ulteriore considerando come ogni vizio attenga per sua natura allo svolgimento dinamico dell'attività amministrativa.

Lo stesso concetto di violazione è infatti in sé un concetto relativo, che implica la presenza di un'operazione di raffronto fra due termini, ovvero di un giudizio di conformità o difformità fra la fattispecie astratta impositiva dei requisiti di legittimità e quella concreta. L'oggetto del giudizio penale non poi è la pubblica amministrazione intesa solo quale soggetto in posizione di autorità, bensì l'amministrazione intesa in senso oggettivo, quale attività svolta nell'esercizio del potere e come tale suscetti-

eventi, cit., 336; A. ALBAMONTE, *Dal teorema della disapplicazione degli atti amministrativi*, cit., 645 ss.

²²³ Cass. 18/10/2006, *Fiori e altri*, *Riv. pen.* 2007, 9, 909; Cass. 10/12/2001, *Bocchiotti*, *Giur. it.* 2003, 1903; Cass. 5/11/2001, *Pezzarossa*, *Ind. pen.* 2003, 201; Cass. 9/02/1998, *Mannucci*, *Cass. pen.* 1999, 1761.

²²⁴ Occorre però capire se per aversi reato sia sufficiente che il fine perseguito sia diverso da quello pubblico fissato dalla norma attributiva del potere, essendo indifferentemente pubblico o privato, oppure se occorra che esso sia esclusivamente privato. Probabilmente una soluzione potrebbe ricavarsi dallo studio dell'evento, qualificato come ingiusto.

²²⁵ In questo senso potrebbe convenirsi con V. ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, cit., 82, secondo il quale oggetto del sindacato penale non sarebbe la discrezionalità della pubblica amministrazione in sé, quanto i limiti giuridici apposti al suo esercizio.

bile di violare norme giuridiche ed interessi protetti. Più correttamente, dunque, l'oggetto del giudizio non è solo il provvedimento concreto, ma la specifica azione procedimentale che mediante questo realizza l'offesa. La valutazione operata dal giudice non potrebbe allora limitarsi ad un solo termine del ragionamento, ma dovrebbe necessariamente comprendere entrambi gli aspetti, quello astratto e quello concreto, ovvero l'interesse definito dalla legge e l'interesse così come attuato dal provvedimento.

In termini affini si pone quella recente dottrina che reinterpreta il concetto di interesse pubblico arricchendolo anche della valutazione dei fatti concreti, distinguendo logicamente il momento di valutazione dei fatti da quello di assunzione della determinazione finale. Si propone infatti un rinnovato approccio al tema dei rapporti fra legalità e discrezionalità, volto a distinguere fra la *causa normativa di attribuzione del potere* e la *causa concreta di esercizio* di questo. Prendendo le mosse dalla considerazione secondo la quale spesso l'interesse pubblico primario non costituisce un elemento normativamente precostituito in modo tale da risultare immediatamente percepibile dall'autorità amministrativa o giurisdizionale, la causa normativa di attribuzione del potere verrebbe solo vagamente enunciata dalla norma positiva a livello formale, mentre la causa concreta di esercizio sarebbe inevitabilmente correlata alle circostanze di fatto del singolo caso da disciplinare²²⁶. Dunque l'interesse pubblico dovrebbe venire correttamente inteso quale sintesi concettuale dei molteplici interessi convergenti sulla singola vicenda da regolare, introdotti e valutati nel procedimento, e giudicati rilevanti dal funzionario pubblico in ossequio alle prescrizioni imposte dalla normativa astratta. Risulterebbe così accresciuta la nozione di interesse pubblico, arricchita di qualunque fatto introdotto nella fattispecie reale²²⁷.

²²⁶ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 70 ss. Si poneva invece in termini contrari la dottrina tradizionale: V. M. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 320 ss.

²²⁷ Tali considerazioni risultano peraltro coerenti con il nuovo ruolo assunto dall'attività amministrativa, non più di mera esecuzione passiva della legge, bensì di effettiva ricomposizione concreta degli interessi: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 55; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista*, cit., 46 ss.

Tra i fatti rilevanti per l'attività amministrativa non rientrano infatti solamente le condizioni legali di esercizio del potere, ma anche gli elementi della situazione storica che concorrono in quanto tali -e non in quanto oggetto di una previsione normativa- all'individuazione del concreto interesse pubblico. In tal modo la determinazione discrezionale assunta alla fine dall'amministrazione verrebbe sempre preceduta da un confronto dialettico fra fattispecie astratta e situazione concreta, attraverso l'adozione di una specifica soluzione regolativa adottata in sede di formazione discrezionale della disciplina per il caso singolo.

Ne deriverebbe un nuovo modo di intendere la legalità amministrativa, affrancata da una stringente coincidenza fra legge formale e diritto vigente, e conseguentemente anche il riferimento della norma penale alla violazione di norme di legge non dovrebbe più intendersi come limitato ad una mera sussunzione del caso di specie all'interno della qualificazione normativa di riferimento²²⁸. Al giudice penale sarebbe infatti consentito utilizzare i principi generali dell'ordinamento, le regole di equità, ragionevolezza e di buona amministrazione come strumenti interpretativi atti a definire il contenuto elastico della norma di conferimento, garantendo il collegamento fra fattispecie astratta e caso concreto²²⁹.

Al riguardo potrebbero valere anche le considerazioni espresse da quella dottrina che ha osservato come "la soluzione conforme al pubblico interesse non costituisce una conclusione ricavata in via inferenziale da premesse note *a priori*, attraverso l'applicazione di uno schema legale astratto che contenga al suo interno la precisa individuazione dei criteri di risoluzione del conflitto di interessi. Il consistente aumento di complessità dell'agire amministrativo ha infatti determinato la necessità di confezionare norme attributive che operano piuttosto come meri indicatori della possibilità di azione, cioè come linee-guida con funzione meramente orientativa da utilizzare nel processo di selezione delle alternative decisorie prospettabili nel concreto della singola vicenda amministrativa da disciplinare": A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit. 99.

²²⁸ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., 303.

²²⁹ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., 314.

In senso parzialmente difforme A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di potere*, cit., 229 ss., secondo il quale l'accertamento dello sviamento di potere potrebbe integrare un'ipotesi di violazione di legge penalmente rilevante solo nelle limitate ipotesi in cui l'interesse pubblico primario risulti legislativamente precostituito in modo da consentire una verifica probatoria diretta. Al contrario, esistono numerosi casi nei quali non sarebbe possibile individuare *a priori* tale interesse, specificandosi esso solo progressivamente e *a posteriori* all'interno della singola dinamica procedimentale nella quale vengono accostati i fatti e gli interessi coinvolti dalla situazione concreta, mediante un giudizio di bilanciamento basato su tecniche di ragionevolezza. In tali casi il riferimento all'interesse pubblico non potrebbe essere utile a definire il concreto contenuto della norma incriminatrice poiché il control-

In particolare egli potrebbe conoscere anche l'attività preliminare di valutazione dei fatti coinvolti così come operata in sede procedimentale dal responsabile, mentre l'attività più propriamente decisionale, volta all'individuazione della specifica soluzione regolativa prescelta, si presterebbe ad una mera verifica estrinseca di ragionevolezza²³⁰. Il sindacato giudiziale sulla violazione di legge dovrebbe dunque intendersi in modo meno stringente, senza per questo ritenere travalicato il limite del merito amministrativo poiché, comunque si intenda il concetto di interesse pubblico, il giudice altro non farebbe che verificare se il provvedimento abbia in concreto rispettato la volontà pubblica: sviare l'atto dall'interesse pubblico equivale infatti a violare la norma che indica tale interesse e che assegna all'autorità il potere di curarlo²³¹.

Parte della dottrina ha poi messo in luce la differenza ontologica esistente fra un controllo del giudice amministrativo sul corretto uso del potere discrezionale, operato mediante lo strumento dell'eccesso di potere, e quello operato dal giudice

lo sul mancato perseguimento di questo opererebbe come un giudizio di valore sul modo in cui è stata esercitata la discrezionalità, realizzato in una sede impropria. Il parametro di raffronto non verrebbe infatti posto in anticipo dall'ordinamento extrapenale ma verrebbe ricostruito *a posteriori* dall'interprete, ovvero dal giudice penale, in virtù di una ridefinizione giudiziale dell'interesse pubblico concreto.

Secondo A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, *Dir. pen. proc.* 1999, 110, anche in tal caso sarebbe ravvisabile una violazione di legge integrata dalla preventiva abdicazione da parte del funzionario pubblico all'esercizio del potere-dovere di procedere alla valutazione comparativa degli interessi in gioco. Per questo motivo egli dovrebbe venire punito, dunque, non per il fatto che abbia operato una scelta sbagliata nell'esercizio di quel potere. Perciò il giudice penale non deve verificare se una scelta diversa sarebbe stata, a suo parere, quella più conforme all'interesse pubblico, realizzando così una valutazione di merito che gli è preclusa.

²³⁰ In senso contrario A. TESAURO, *Violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 257, il quale ritiene inammissibile la scissione logica fra i due momenti rispettivamente della valutazione dei fatti rilevanti ai fini della concreta individuazione dell'interesse da perseguire e della determinazione discrezionale dei contenuti regolativi della decisione finale. "In mancanza di parametri legali di raffronto più o meno analiticamente prefissati, il giudizio di selezione dei dati di fatto acquisiti al procedimento, lungi dal costituire un'operazione neutra di mera applicazione della disciplina normativa dotata di autonomo rilievo e priva di connotazioni discrezionali, appare in realtà orientato da considerazioni sul pubblico interesse che anticipano la futura decisione preconstituendone i contenuti."

²³¹ A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 85; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 243; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 25.

In questi termini anche C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 336: "non si tratta di sindacare o di non sindacare l'illegittimità amministrativa dell'atto, ma di valutare il fatto commesso dal soggetto pubblico".

penale²³². Con il primo si realizza una tecnica di controllo esterno sulla legittimità sostanziale della decisione amministrativa improntata al principio di ragionevolezza, e si risponde all'esigenza di definire i rapporti fra amministrazione e giudice amministrativo. Quest'ultimo svolge infatti una verifica indiretta della non arbitrarietà della soluzione adottata ai fini dell'eventuale annullamento del provvedimento.

Il sindacato di legittimità del giudice penale è invece svolto in maniera diretta sulle concrete modalità di gestione della funzione allo scopo di verificare gli estremi materiali della strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio in vista di interessi privati, ovvero sul modo di formazione dell'atto, quando nasca in ossequio ad una causa privata e non pubblica. Il giudice penale, dunque, più che sostituirsi all'amministrazione in valutazioni di opportunità riservate a questa, considera lo sviamento quale elemento della fattispecie da accertare per verificare la tipicità della condotta²³³.

Infine, a conferma delle considerazioni svolte pare inoltre porsi anche il dato positivo. La legge generale sul procedimento, nel disciplinare lo svolgimento dell'attività amministrativa, espressamente prevede che essa si svolga nel rispetto del principio di legalità e secondo i criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, facendo così menzione esplicita di quei principi generali regolatori del potere pubblico che in precedenza avevano invece trovato ingresso solo mediante un'attività

²³² M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 274; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 221; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 255; A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 20.

²³³ Il sindacato del giudice penale potrebbe apparire simile a quello svolto sul merito dal giudice amministrativo solo nel senso che egli ha maggiori possibilità di valutare i vincoli alla discrezionalità amministrativa in virtù dell'allargamento dei mezzi istruttori di cui dispone, al punto da poter apparire, sotto il profilo del diritto amministrativo, invasivo ed interferente con attività amministrative anche non discrezionali. Ciò però accade perché il giudice penale non penetra tanto nella sfera della discrezionalità come libero apprezzamento dell'interesse pubblico, quanto nella sfera della valutazione dei fatti in cui agisce l'amministrazione, la quale è una sfera distinta da quella della discrezionalità, tanto da essere ravvisabile anche nelle attività tecniche o vincolate. Ciò che dunque rileva agli occhi del giudice penale è la condotta del funzionario che abbia violato i doveri del proprio ufficio, anche quando questo rimanga celato ad un puro esame dell'atto o dell'*iter* procedimentale di esercizio del potere. Non dovrebbe poi temersi che il giudizio penale possa in qualche modo assorbire o paralizzare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione incrementando i vincoli legali all'azione dei funzionari, in quanto ogni riferimento all'ufficio e ai doveri ad esso collegati, presente nella fattispecie penale, sembrerebbe recare in sé un implicito rinvio alle leggi amministrative dalle quali dipende la previsione dei doveri che il funzionario deve adempiere: V. ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, cit., 79 ss.

di interpretazione del sistema, e configurato così ipotesi di eccesso di potere in caso di violazione²³⁴. Il rispetto di questi entra dunque a far parte del contenuto tipico del provvedimento, costituendo un obbligo espresso per la pubblica amministrazione nella fase finale e in quella strumentale dell'attività, con conseguente abbandono del riferimento al vizio di eccesso di potere e riconduzione a quello di violazione di legge di ogni ipotesi di violazione. Medesima sorte si è poi avuta per gli ulteriori obblighi, prevalentemente di origine giurisprudenziale, che venivano indirettamente imposti ai pubblici amministratori in quanto declinazioni dei suddetti principi generali e che invece oggi costituiscono oggetto di esplicita previsione normativa. Si ricordino ad esempio l'obbligo di motivazione, quello di considerare tutte le memorie e le osservazioni proposte dai privati, o il divieto di aggravamento del procedimento. Anche la loro violazione dunque dovrebbe costituire vizio di violazione di legge e non di eccesso di potere²³⁵.

Tutto ciò dovrebbe allora condurre ad escludere una vera diversità ontologica fra i due vizi in oggetto, e ancor di più confermare l'indifferenza dell'ordinamento penale per simili classificazioni²³⁶. Coerentemente si è allora proposto di affrontare il problema prescindendo dalla semplice contrapposizione fra teorie contrarie o favorevoli all'inserimento dell'eccesso di potere nell'ambito dell'abuso d'ufficio, bensì ritagliando da detto vizio ciò che può risultare utile al penalista circa il problema

²³⁴ Tale dato potrebbe poi suffragare quell'opinione dottrinale che ammette anche le norme esprimenti principi generali, quale ad esempio l'art. 97 Cost., fra le norme di legge la cui violazione assume rilevanza penale. Tale possibilità viene invece valutata con sfavore da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 253, secondo i quali si correrebbe il rischio di ammettere un'interpretazione troppo estensiva, che faccia rientrare sotto il nome di violazione di legge ipotesi che sostanzialmente configurano eccesso di potere e che comporterebbero l'ammissibilità di controlli giurisdizionali ancora più penetranti, ai limiti o entro lo spazio del sindacato di merito.

²³⁵ In realtà si fa notare come tale argomentazione potrebbe anche condurre ad una autoconfutazione, potendo interpretarsi l'evoluzione normativa suddetta nel senso che tali figure rilevarebbero solo nella misura in cui siano state tradotte in specifiche disposizioni di legge: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 586.

²³⁶ S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1254.

Peraltro tali affermazioni potrebbero venire interpretate anche in maniera opposta, ovvero considerando manifesta la volontà legislativa di mantenere viva una differenza ontologica fra i due tipi di vizi, con la conseguenza che assumerebbero rilievo penale solo quelle condotte cui corrispondano specifici obblighi normativi, ammettendo così la coincidenza fra l'espressione penale e il vizio di violazione di legge.

degli atti discrezionali. Sotto il profilo penale, infatti, ciò che realmente dovrebbe rilevare sarebbe solo l'aspetto dello *sviamento di potere*, ovvero l'avvenuta deviazione dell'atto dalla sua causa tipica verso finalità privatistiche, costituendo questo l'aspetto effettivamente lesivo del bene giuridico tutelato²³⁷.

9. La violazione di norme di regolamento. I provvedimenti amministrativi generali

L'ulteriore requisito previsto dal legislatore per dotare di tipicità la fattispecie dell'abuso d'ufficio, accanto alla violazione di norme di legge, è rappresentato dalla violazione di norme regolamentari. Nonostante lo scopo della riforma fosse quello di fare ricorso ad una fonte dotata di un sufficiente grado di precisione e certezza, pur se in posizione subordinata rispetto alla legge, nel linguaggio giuridico il termine regolamento ha assunto una grande varietà di significati difficilmente riconducibili ad unità, essendo attualmente varie ed eterogenee le figure da includervi²³⁸.

Sotto un profilo strettamente penalistico, per individuare concretamente quali atti vi possano rientrare ai fini del delitto di abuso d'ufficio, occorre tenere presente il vero problema sotteso all'interpretazione ed alla ricostruzione di tale figura, nel rispetto della riserva di legge. La nuova formulazione della norma è infatti costruita in maniera tale da ammettere che anche una fonte normativa secondaria possa concorrere alla descrizione dell'illecito penale per la determinazione degli elementi significativi del fatto²³⁹. Al riguardo si è ricorsi ai principi enunciati dalla giurisprudenza dominante per l'individuazione dei requisiti minimi per la legittimità di norme di tal genere. La stessa Corte Costituzionale ha infatti seguito, nel tempo, una linea

²³⁷ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 57. Conclude a favore dell'adozione di una prospettiva più strettamente penalistica anche C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 337.

²³⁸ Ritengono invece che sia chiaro il concetto di regolamento, quale fonte di normazione secondaria tipica della pubblica amministrazione: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 253.

²³⁹ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 254.

basata sul criterio della “sufficiente determinazione legale”, ritenendo così che la riserva di legge sia rispettata qualora la legge stessa determini con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell’ autorità amministrativa alla trasgressione dei quali deve seguire la pena²⁴⁰.

Sotto questo profilo la dottrina ha allora ritenuto di poter fugare ogni dubbio di costituzionalità dell’ art. 323 c.p. per violazione dei principi di tassatività e determinatezza. La *ratio* della norma resterebbe infatti sempre quella di punire il pubblico funzionario che disattenda ai doveri del proprio ufficio, e tale principio ispiratore del precetto implicherebbe di volta in volta il rinvio funzionale alle norme impositive di tali doveri, che a loro volta costituirebbero dunque il completamento integrativo della disposizione penale²⁴¹.

Occorre allora precisare quali fonti possano rientrare nel concetto di regolamento, cercando di distinguere tra quelle che traggono il loro potere dalla legge e quelle che sono frutto dell’ iniziativa della pubblica amministrazione²⁴².

²⁴⁰ Per tutte: Corte Cost. 23/03/1966 n. 26, *Giur. cost.* 1966, 255. In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità, Cass. 29/09/1988 n. 9548: “L’atto normativo del potere esecutivo può costituire fonte mediata di norme penali, stabilire cioè gli elementi costitutivi del fatto incriminato, solo in quanto una legge o un atto equiparato, che costituiscono *ex art.* 25 Cost. le esclusive fonti delle norme penali, abbiano indicato con sufficiente specificazione le condizioni e i limiti dei provvedimenti dell’ autorità non legislativa alla trasgressione dei quali è ricollegabile la sanzione penale”.

²⁴¹ M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d’ ufficio*, cit., 60.

Il riferimento alle sole fonti normative comporterebbe allora l’ esclusione delle disposizioni derivati da fonti provvedimentali quali ordini, discipline e circolari, la cui inclusione contrasterebbe con il principio di legalità: T. Padova 11/11/1997, *Riolfi*, *Giur. mer.* 1998, II, 281.

Un problema ulteriore posto dal riferimento alla figura dei regolamenti concerne la necessità di coordinare l’ efficacia precettiva della norma penale con il potere di cui gode l’ amministrazione emanante di revocare o modificare l’ atto in ogni momento, eliminando così la fonte in base alla quale il fatto lesivo si qualificava come tale: Per uno spunto su questo argomento: S. VINCIGUERRA, *Non tutte le riforme sono migliorative*, cit., 1022. In simili ipotesi si assisterebbe di fatto ad una abrogazione dell’ illecito penale, con la conseguente necessaria applicazione dell’ art. 2, comma 2 c.p. e quindi con esclusione delle tutele garantite alla normazione penale: M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d’ ufficio*, cit., 60.

In senso negativo si è espressa anche la Corte Costituzionale: Corte Cost. 14/06/1990 n. 282, *Riv. pen.* 1990, 7, 623. La Corte ha infatti affermato che “ il rinvio totale al regolamento o all’ atto amministrativo subordinato, da parte della legge penale, nella persistenza del potere dell’ amministrazione di modificare l’ atto stesso, equivale a rinvio, da parte della legge, al potere subordinato, ed è pertanto violativo della riserva di legge”.

²⁴² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 373; S. VINCIGUERRA, *Non tutte le riforme sono migliorative*, cit., 1022.

La giurisprudenza ha talvolta individuato i requisiti utili per l'identificazione di un regolamento, rilevanti ai fini dell'integrazione del delitto, nella presenza dei caratteri formali di generalità ed astrattezza e nel rispetto del regime giuridico tipico dei regolamenti²⁴³. Conseguentemente sono stati pacificamente ammessi i regolamenti indipendenti, i regolamenti delegati e quelli di esecuzione, che trovano la propria fonte nella L. 400/1988²⁴⁴, nonché quelli emanati nell'esercizio della potestà regolamentare delle Province e dei Comuni. Più in generale si è poi ritenuto che la qualifica spetti alle sole fonti approvate attraverso un *iter* regolamentare configurato da un provvedimento di legge e formalizzato con la denominazione espressa di regolamento²⁴⁵.

Accanto a tali figure, la dottrina ha poi ammesso anche le singole disposizioni di legge con le quali viene conferita una potestà normativa in capo ad un ente pubblico, facendo così rientrare nella nozione in oggetto anche i regolamenti organici di cui alla L. 70/1975; i regolamenti di Autorità o Enti autonomi; i regolamenti relativi al funzionamento delle commissioni consiliari o quello del personale; gli Statuti comunali e provinciali, per via della posizione sopraordinata che questi rivestono rispetto ai regolamenti emanati dagli stessi enti; i regolamenti per l'accesso ai documenti da parte dei cittadini, e gli atti amministrativi a contenuto generale emanati dal Ministro sotto forma di decreto in base a disposizioni di legge²⁴⁶.

²⁴³ Cass. 24/04/2001, *Gallitelli*, *Cass. pen.* 2002, 1009; Cass. 4/12/1997, *Tosches*, *Cass. Pen.* 1998, 2332; T. Milano 25/09/1997, *Oglio*, *Ind. pen.* 1998, 54.

²⁴⁴ I regolamenti indipendenti sono quelli attraverso i quali la pubblica amministrazione esplica un'attività normativa genericamente concessale dal legislatore. I regolamenti delegati sono quelli che emanano dal governo, pur senza comportare in capo a questo una vera delega di funzioni legislative, ma semplicemente estendendo l'ordinaria facoltà regolamentare del governo stesso. Infine, quelli di esecuzione hanno un valore interpretativo e, pertanto, non possono eccedere l'ambito della materia disciplinata dalla legge: A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 503.

Con riferimento invece alla funzione svolta dai diversi tipi di regolamento degli Enti locali si potrebbe operare una distinzione a seconda che vengano adottati per il funzionamento delle istituzioni e per gli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi o degli uffici, o per l'esercizio delle funzioni. Per i regolamenti emanati dagli enti locali: Cass. 29/02/2000, *Pulli*, *Cass. pen.*, 2003, m. 128.

²⁴⁵ Cass. 3/10/2000, *Della Morte*, *Cass. pen.*, 2001, m. 1285.

²⁴⁶ A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 253; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 579; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 299.

A tali figure ne vengono poi accostate delle altre che, pur presentando dei tratti affini, assumono denominazioni diversificate. Tuttavia la dottrina è concorde nell'escludere queste fonti dall'ambito del delitto di abuso d'ufficio, poiché il tenore letterale della norma imporrebbe di riferire l'integrazione del precetto penale alle sole norme qualificate (o qualificabili) come regolamenti di fonte amministrativa²⁴⁷. Occorre allora individuare con precisione i tratti distintivi che caratterizzano rispettivamente i regolamenti ed i provvedimenti amministrativi generali²⁴⁸.

I regolamenti rappresentano delle fonti secondarie dell'ordinamento, espressione del potere normativo attribuito dal legislatore alle amministrazioni affinché esse provvedano a disciplinare gli specifici settori assegnati alla loro competenza. Si tratta dunque di atti solo formalmente amministrativi, in quanto provenienti dall'amministrazione, ma sostanzialmente normativi, dotati dei requisiti dell'innovatività, dell'astrattezza e della generalità. È dunque a tale ultimo profilo, quello sostanziale, che occorre avere riguardo per operare una distinzione²⁴⁹.

I tratti distintivi più evidenti si osservano con riferimento ai requisiti della generalità e dell'astrattezza. Il primo di questi solo apparentemente, infatti, potrebbe costituire un elemento comune ai regolamenti ed ai provvedimenti amministrativi, essendo entrambi diretti ad una moltitudine indistinta di destinatari. Tuttavia, mentre

²⁴⁷ Resterebbero dunque fuori gli atti generali, gli ordini di servizio e le ordinanze contingibili ed urgenti emanate dal sindaco o dal prefetto in presenza di eccezionali situazioni di pericolo per il pubblico interesse. Tale interpretazione sarebbe confermata anche da un confronto col tenore dell'art. 43 c.p.: A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 504.

²⁴⁸ In giurisprudenza ed in dottrina, sia essa penale che amministrativa, non è pacifico se rivestano natura regolamentare o amministrativa le prescrizioni contenute all'interno del piano regolatore generale, e quindi se questo possa o meno concorrere all'integrazione del delitto di abuso d'ufficio: F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 222 ss.; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 505; O. FORLENZA, *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto*, cit., 90. In giurisprudenza: Cass. 25/01/2007 n. 11620; Cass. 11/05/1999, *Fravilli*, *Guida dir.* 1999, 32, 67; Cass. 16/10/1998, *Lo Baido*, *Foro it.*, 2000, II, 140; Cass. 2/10/1998, *Tilesi*, *Riv. pen.*, 1999, 58; Cons. Stato sez. IV, 8/01/1992, C.E.D. 920317; TAR Lazio 24/01/2001 n. 473.

²⁴⁹ A. DI MARTINO, in A. BONDI- A. DI MARTINO- G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 253; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 263; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 26. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. 30/11/2006, *Genesio e altri*, *Riv. pen.*, 2007, 1025; Cass. 24/10/2005, *De Paola*, *Riv. pen.*, 2007, 1, 83; Cass. 13/05/2003, *Grassi*, *Riv. pen.*, 2004, 669; Cass. 24/04/2001, *Gallitelli*, *Cass. pen.*, 2002, 1009; Cass. 19/10/1999 *Petrignano*, *Cass. pen.*, 2001, 841; Cass. 2/10/1998, *Tilesi*, *Riv. pen.*, 1999, 58; nella giurisprudenza di merito: T. Torino 18/01/1998, *Guida dir.*, 1998, 13, 95; T. Milano 29/10/1997, *Debbi*, *Ind. pen.*, 1998, 47.

i destinatari degli atti normativi, anche secondari, non sono determinabili neanche *a posteriori*, quelli degli atti amministrativi generali sono in genere indeterminabili solo *a priori*, mentre possono essere agevolmente individuati *a posteriori*.

Nei provvedimenti amministrativi, anche generali, difetterebbe poi il requisito dell'astrattezza, intesa quale capacità delle prescrizioni contenute nell'atto di ripetersi ed applicarsi a fattispecie concrete in maniera indefinita. Questi infatti non disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici, ma tendono alla cura concreta di un determinato interesse pubblico²⁵⁰.

Così individuati i tratti distintivi fra le due figure, occorre comunque precisare come talvolta possa non essere facile distinguere nella pratica se realmente si tratti di un regolamento, la cui violazione è come tale idonea ad integrare un abuso d'ufficio, oppure di mero provvedimento amministrativo. Ciò accade, ad esempio, quando l'amministrazione emani degli atti che solo formalmente presentano natura provvedimentale, essendo in realtà capaci di sortire effetti normativi esterni, ovvero di incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi²⁵¹.

Se in casi del genere il problema andrebbe semplicemente risolto verificando la reale sostanza del provvedimento, senza limitarsi alla sua qualificazione formale, più in generale potrebbe porsi il problema della rilevanza penale dei regolamenti interni e di quelli di organizzazione emanati dall'amministrazione per disciplinare il funzionamento o per definire l'esercizio delle relative funzioni. Nonostante in dottrina si possano ravvisare opinioni di segno diverso, una soluzione può esser ricercata operando caso per caso, verificando la reale natura sostanziale del provvedimento²⁵².

²⁵⁰ Per un approfondimento sui tratti distintivi fra provvedimenti generali e atti normativi secondari, e sulle conseguenze giuridiche di tale distinzione: F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 150 ss.

²⁵¹ Un esempio ricorrente potrebbe riguardare le c.d. false circolari, ovvero provvedimenti che in sé non potrebbero costituire fonte del diritto, trattandosi di norme interne indirizzate soltanto a coloro che svolgono la propria attività nell'ambito dell'amministrazione, dotate invece di rilievo giuridico esterno. In definitiva si tratterebbe di atti che hanno la forma della circolare e la sostanza di regolamento.

²⁵² In senso favorevole: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 584; contro: A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 253 ss.

In ogni caso potrebbe riconoscersi rilevanza penale anche all'attività normativa di auto-organizzazione dell'amministrazione se si aderisse a quella dottrina favorevole all'inclusione dei principi espressi dall'art. 97 Cost. fra le norme di legge richiamate dal delitto di abuso d'ufficio.

Premessa infatti la necessaria previsione di legge del potere normativo della pubblica amministrazione, gli atti emanati in virtù di questo potrebbero assumere rilievo penale solo in quanto effettivamente dotati dei caratteri dell'astrattezza, della generalità e dell'innovatività, ovvero in quanto dotati dei requisiti formali e soggetti al regime giuridico tipico previsto per gli atti normativi. Dovrebbe invece riconoscersi natura provvedimento di fronte a provvedimenti destinati a regolare ed indirizzare l'attività interna dell'amministrazione, che in tal modo si autovincolerebbe al loro rispetto, ma incapaci di incidere anche all'esterno sulla sfera giuridica di soggetti terzi rispetto all'autorità emanante²⁵³. Conseguentemente la loro violazione potrebbe assumere rilievo penale non direttamente, ma solo in quanto si ammettesse anche la presenza del vizio di eccesso di potere fra quelli rilevanti nel delitto di abuso d'ufficio.

10. L'abuso in forma omissiva. La responsabilità penale del responsabile del procedimento per omesso impedimento del reato altrui

La dottrina dominante ritiene ormai pacificamente che le espressioni utilizzate giustificano l'ammissibilità anche di un abuso in forma omissiva²⁵⁴. Eventuali dubbi erano stati sollevati durante la vigenza dell'originaria formulazione della norma che, prevedendo una clausola di sussidiarietà, rendeva l'abuso d'ufficio applicabile solo nell'ipotesi in cui il fatto non fosse espressamente disciplinato da altra norma. L'attuale previsione di una clausola di consunzione la rende invece applicabile anche qualora la condotta integri gli elementi di altra ipotesi di reato, purché questa non sia più grave. Ciò risolve allora i problemi di coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 328 c.p. a favore dell'abuso d'ufficio patrimoniale commesso nella forma

²⁵³ Cass. 20/02/2003, *Massari e altri*, *Riv. pen.*, 2004, 1011.

²⁵⁴ In termini parzialmente contrari: I. CIARNIELLO, *Sulla configurabilità dell'abuso d'ufficio mediante omissione*, *Cass. Pen.* 2000, 3289.

omissiva, trattandosi di reato più grave, e fugando così ogni dubbio circa la sua configurabilità²⁵⁵.

La dottrina e la giurisprudenza non sono tuttavia concordi nella ricostruzione della tecnica normativa attraverso la quale riconoscere l'ammissibilità dell'abuso in forma omissiva.

Infatti, mentre vi è chi ritiene di poterla desumere dall'avvenuta trasformazione dell'abuso d'ufficio in reato di evento e dalla conseguente applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p.²⁵⁶, altri sostengono che la descrizione dell'attuale fattispecie incriminatrice sarebbe tale da abbracciare tutte le ipotesi in cui la norma violata abbia come contenuto un obbligo di *facere* disatteso dal pubblico funzionario, non cogliendosi alcuna distinzione tra norme impositive di un divieto o di un comando²⁵⁷. I sostenitori di tale ultima tesi individuano infatti nel danno o nel vantaggio ingiusti l'evento che il funzionario deve evitare con la propria condotta, con la conseguenza di rendere quanto meno superflua l'applicazione dell'art. 40 c.p. A sua volta, infatti, questo avrebbe l'effetto di imporre un comando ultroneo, ovvero quello di non portare ad ulteriori conseguenze il proprio illegittimo operato²⁵⁸.

Tuttavia, qualunque sia la tesi cui si preferisca aderire, la necessità di verificare l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. anche nel delitto di abuso d'ufficio si impone comunque, almeno con riferimento alle ipotesi di mancato impedimento di un reato

²⁵⁵ A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 274. La conclusione sarebbe poi avvalorata dalla formulazione della norma, che fa riferimento allo svolgimento delle funzioni, concetto ampio idoneo a comprendere condotte attive ed omissive, e non all'esercizio di esse, che più correttamente sarebbe invece da riferire alle sole condotte attive.

²⁵⁶ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 257; G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio*, *Foro it.*, 1998, 382; R. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, cit., 15. In giurisprudenza: Cass. 22/11/1999, *Battista*, *Cass. pen.*, 2000, 3286; Cass. 1/03/1999, *Meditto*, *Cass. pen.*, 2000, 2243.

²⁵⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 254; A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 255; B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 943; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 590; C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti*, cit., 1030; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1051; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1252. In giurisprudenza: Cass. 4/11/2004, *Palascino*, *Cass. pen.* 2006, 2172; T. Napoli, 30/11/1999, *XY*, *Cass. pen.* 2001, 1027; T. Bari, 30/09/1997, *Marzo ed altri*, *Giur. it.* 1999, 151; G.I.P. T. Catanzaro, 13/12/1997, *Garcea ed altri*, *Giur. it.* 1998, 1021.

²⁵⁸ In particolare B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 945.

altrui ad opera del responsabile del procedimento. La norma citata, combinandosi con le singole ipotesi di reato, equipara normativamente il non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire al cagionarlo, convertendo in reati omissivi ipotesi originariamente configurate dal legislatore in forma attiva. Affinché ciò possa operare è necessario prima di tutto che si verta in tema di reati di evento, poiché solo con riferimento a questi è configurabile la causalità, e quindi l'assimilazione del non impedire al cagionare, e che essi rientrino fra quelli c.d. causalmente orientati, concentrando il disvalore sulla causazione dell'evento e non sulle modalità di questa²⁵⁹. Al fine poi di delimitare l'ambito della responsabilità penale, e di rendere determinato l'obbligo di impedire l'evento, occorre procedere all'individuazione del soggetto tenuto, ovvero titolare dell'obbligo di garanzia. Con tale espressione si fa riferimento all'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti di adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente²⁶⁰. Alla base vi è dunque un particolare rapporto di dipendenza fra il soggetto attivo e il titolare del bene protetto, in virtù del quale insorge per il primo il vincolo di tutela del bene giuridico, e che fonda così la c.d. *posizione di garanzia*.

Si impone allora di verificare la presenza dei requisiti citati anche nel delitto di abuso d'ufficio, quando questo venga commesso nello svolgimento del procedimento amministrativo.

La formulazione dell'art. 323 c.p. potrebbe certamente orientare, *prima facie*, verso la sua qualificazione quale reato a forma vincolata, dal momento che non assumono rilevanza penale tutte le condotte abusive commesse dal pubblico ufficiale, ma solo quelle estrinsecatesi nella violazione dei parametri normativi richiamati. Tuttavia, la dottrina ha sottolineato come il riferimento operato all'elemento normativo si caratterizzi in realtà per avere una portata tanto ampia da non consentire una

²⁵⁹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 200.

²⁶⁰ La definizione è in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157.

puntuale tipizzazione della condotta²⁶¹. Dalla genericità della formula normativa dovrebbe allora conseguire la possibilità di far rientrare anche l'abuso d'ufficio nell'ambito dei reati causalmente orientati, nella misura in cui la violazione si sostanzia in un elemento normativo che può essere integrato sia da una condotta attiva che omissiva. Risulterebbe dunque soddisfatto uno dei requisiti richiesti, unitamente alla presenza dell'evento²⁶².

Più difficile è invece verificare la configurabilità di una posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento²⁶³. Una prima valutazione potrebbe portare ad escludere che la pubblica amministrazione, titolare del bene giuridico del buon funzionamento, possa identificarsi quale soggetto incapace di apprestare da sé tutela a tale bene, essendo tradizionalmente munita di tutti i poteri, giuridici e non, per far valere le proprie ragioni e tutelare i propri interessi²⁶⁴. Conseguentemente risulterebbe assente la possibilità di configurare una posizione di garanzia in capo al soggetto responsabile, venendo meno già a monte le esigenze che ne giustificano la creazione.

In realtà proprio la più recente normativa amministrativa, caratterizzata dalla predisposizione di strumenti anche procedimentali che rafforzino le garanzie di legalità e di efficienza dell'agire pubblico, dimostra la fallacia della presunzione di legalità dell'azione amministrativa, facendosi viva l'esigenza di predisporre mezzi e persone che effettivamente la garantiscano, e ciò non solo mediante il ricorso alle tutele giurisdizionali, ma ancor prima operando dal suo interno. È ormai pacifico, infatti, che le forme di offesa nei confronti dell'azione amministrativa possano provenire non solo dall'esterno, ad opera dei cittadini utenti, ma anche dal suo interno,

²⁶¹ In particolare: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit. XII ss., dove si parla di reato "a forma vincolata apparente".

²⁶² In senso contrario alla configurazione dell'abuso d'ufficio quale reato omissivo improprio: A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 25, che nega gli possa essere riconosciuta natura di reato a forma libera, rischiandosi altrimenti la violazione del principio di stretta legalità.

²⁶³ Ove il legislatore non prevede una posizione di garanzia potrebbe ritenersi violato il principio di riserva di legge, mentre quando detto obbligo, sebbene previsto, lo sia con eccessiva vaghezza, potrebbe assumersi violato il principio di necessaria determinatezza della fattispecie incriminatrice: A. MACRILLÒ, *Il dolo*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. DALIA, Milano, 1997, 87.

²⁶⁴ I. CIARNIELLO, *Sulla configurabilità dell'abuso d'ufficio mediante omissione*, cit., 3296.

ad opera di condotte irregolari, ostruzionistiche, omissive o perfino illecite degli amministratori stessi. Per rispondere a queste esigenze, anticipando la soglia di tutela già alla fase procedimentale, si è creata la figura del responsabile del procedimento, quale soggetto garante della legalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa. Proprio la posizione qualificata che egli riveste potrebbe allora renderlo soggetto idoneo a prestare tutela alla pubblica amministrazione anche dalle offese penalmente rilevanti che possano provenire dal suo interno ad opera dei suoi stessi organi, con ciò soddisfacendo una delle esigenze sottese alla creazione di una posizione di garanzia.

Il dato normativo²⁶⁵ dal quale prendere le mosse per individuare quali siano i compiti, e conseguentemente i poteri e le responsabilità, che spettano al responsabile del procedimento è sicuramente l'art. 6 L. 241/1990. Dalla lettura della norma emerge come egli attenda alla generale funzione di governo del procedimento, occupandosi degli aspetti organizzativi, dello svolgimento e direzione dell'istruttoria. La dottrina amministrativa è peraltro concorde nel ritenere che l'ambito dei compiti cui egli è tenuto non possa essere limitato alla portata di tale articolo, dovendo essere individuato in via generale mediante una interpretazione teleologica della normativa in oggetto. A lui è infatti affidata la cura del procedimento in quanto in esso si esprimono i valori e le finalità richiamate in apertura della stessa legge, all'art. 1, e poi applicati puntualmente negli specifici istituti disciplinati dalla stessa legge.

Come tale egli deve porre in essere tutte quelle attività che permettono e garantiscono il rispetto dei valori citati e l'ottenimento dei risultati richiesti. Lo stesso art. 6 prevede espressamente che a lui spetti l'adozione di ogni misura si renda necessaria per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria, ammettendo dunque che l'elencazione fornita dalla norma non sia tassativa. Peraltro, all'individuazione normativa dei compiti e delle responsabilità, non può che seguire anche una ampia sfera di autonomia, in virtù dello stretto legame necessariamente esistente fra responsabili-

²⁶⁵ Si sottolinea la necessità che la fonte dell'obbligo abbia efficacia giuridica, ammettendosi solo la legge e il negozio giuridico: G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 201.

tà e potere²⁶⁶. Egli dispone infatti di poteri di sollecitazione e di impulso nei confronti degli altri amministratori, nonché della possibilità di denunciare altrui inadempienze, irregolarità od omissioni²⁶⁷. Non potrebbe negarsi, infatti, che anche l'ampia espressione utilizzata dall'art. 6, nella parte in cui fa riferimento all'adozione di ogni misura necessaria, comprenda anche tali poteri, indispensabili per rendere effettivo il ruolo di garante assunto dal responsabile.

La presenza di un obbligo giuridico di tutela del bene protetto, in tal caso il buon funzionamento dell'azione amministrativa, unitamente all'attribuzione dei necessari poteri impeditivi potrebbe dunque soddisfare i requisiti richiesti per la creazione di una posizione di garanzia, con conseguente punibilità *ex art. 40 c.p.* del responsabile del procedimento che ometta di intervenire sull'operato di altri soggetti coinvolti, esercitando magari poteri di sollecitazione, di impulso o perfino di sostituzione²⁶⁸. Naturalmente, perché ciò accada è necessario che l'omesso intervento abbia avuto conseguenze negative sul provvedimento produttivo di effetti finali, concorrendo causalmente alla realizzazione dell'evento ingiusto²⁶⁹.

²⁶⁶ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento*, cit., 36.

²⁶⁷ In particolare, qualora la veste di responsabile del procedimento sia assunta da un dirigente, come ammette l'art. 5 L. 241/90, potrà trovare applicazione l'art. 17 D. L. vo 165/2001 che espressamente gli riconosce poteri sostitutivi in caso di altrui inerzia: M. A. SANDULLI- L. MUSSELLI, *L'azione amministrativa*, cit., 200.

²⁶⁸ Tali conclusioni, relative al ruolo di garante della correttezza dell'azione pubblica riconosciuto al responsabile del procedimento dalla normativa amministrativa, sono peraltro coerenti con le considerazioni in merito al ruolo assunto dal soggetto qualificato nell'ambito dei reati propri, che si caratterizza proprio per la sua specifica attitudine alla tutela del bene giuridico in questione.

²⁶⁹ L'omesso intervento con riferimento ad un atto infraprocedimentale altrui assolutamente ininfluenza sull'esito finale potrebbe infatti risultare inoffensivo, e quindi penalmente irrilevante.

11. L'omissione dell'obbligo di astensione

L'art. 323 c.p. prevede un'ipotesi distinta ed autonoma di realizzazione del reato di abuso d'ufficio, consistente nella violazione dell'obbligo di astenersi "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto"²⁷⁰.

La *ratio* dell'incriminazione è rinvenibile nella tutela dei valori espressi dall'art. 97 Cost., coerentemente al tenore generale della fattispecie. In particolare il legislatore ha voluto evitare che il pubblico amministratore violi il dovere di curare e garantire gli interessi della pubblica amministrazione, favorendo i propri o quelli di un prossimo congiunto o danneggiando altri, così compromettendo i principi di buon andamento e imparzialità²⁷¹. Tuttavia tali intenzioni, pur apprezzabili sul piano teorico, sono state ritenute insoddisfacenti da parte della dottrina.

Si è infatti sottolineato come, alla luce del diffuso malcostume e del dilagante sistema clientelare che affliggono la pubblica amministrazione, siano state ingiustamente estromesse le ipotesi nelle quali la condotta illecita sia stata realizzata per garantire gli interessi di un socio in affari o di un compagno di partito, o gli interessi di terzi connessi al c.d. voto di scambio e comunque al mantenimento di una clientela politica particolare da parte dell'agente²⁷².

²⁷⁰ Con riferimento alla struttura della norma in oggetto, si fa notare come essa solo apparentemente potrebbe dirsi integrare una fattispecie di carattere omissivo proprio, mancando in realtà la violazione di una norma-comando che imponga al soggetto di agire. Si sarebbe allora in presenza più correttamente di una norma che impone di astenersi dall'agire, ovvero ad un'ipotesi di inottemperanza: A. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 23; A. LANZI, *Il nuovo abuso d'ufficio*, *Corr. giur.* 1997, 1015.

²⁷¹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 601.

²⁷² Al riguardo si vedano gli interventi rispettivamente dell'on. Mantovano alla Commissione Giustizia della Camera in sede referente in data 15.01.1997, e dell'on. Grimaldi alla Camera in data 15.04.1997, in sede di discussione del progetto definitivo poi tradotto in legge.

In linea di principio, dovrebbe poi escludersi la rilevanza penale del c.d. interesse zonale, ovvero quello appartenente ad una zona geografica, socio- economica, ideologica ecc., come un collegio elettorale, un partito politico o una categoria professionale, salvo che l'ipotesi integri gli estremi della prima modalità di condotta dell'abuso d'ufficio: A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 257.

Tuttavia un'apertura viene ricavata osservando come, non dovendo l'interesse in questione essere necessariamente di carattere economico-patrimoniale, potrebbero assumere rilevanza anche interessi di natura morale o affettiva. Da ciò conseguirebbe che anche l'interesse in sé direttamente riferibile ad un terzo, non legato al pubblico ufficiale da rapporti di parentela o affinità, potrebbe in concreto rilevare come proprio dello stesso agente pubblico: M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 267.

Il legislatore fa invece espresso riferimento solo alla figura dei prossimi congiunti e al loro interesse, ed in relazione a questi prevede l'obbligo di astensione. Si impone allora di chiarirne il significato in termini precisi, al fine di delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie. Con riguardo dunque al concetto di prossimo congiunto, ci si è domandati quale fosse la norma cui fare riferimento, ovvero quella dell'art. 307 c.p., quella dell'art. 649 c.p., o infine a quanto previsto dal T.U. leggi comunali e provinciali. Nonostante parte della dottrina tenda a riconoscere ampio spazio alle norme di diritto amministrativo²⁷³, altri propongono l'applicazione solo della prima norma citata, riconoscendo alle altre un ruolo speciale, integrando nozioni interne a singole fattispecie²⁷⁴.

Il concetto di interesse è invece un concetto di relazione, che indica il rapporto intercorrente fra un soggetto e un bene, ed esprime un bisogno in capo al primo²⁷⁵. Si discute se esso debba necessariamente avere natura patrimoniale. Chi sostiene la tesi affermativa si basa sulla fisionomia dell'evento, quale ingiusto vantaggio patrimoniale²⁷⁶. La tesi maggioritaria è tuttavia nel senso opposto, ammettendo che

Si precisa inoltre come, sul piano della riprovevolezza della condotta, sarebbe stato più opportuno inserire il riferimento all'interesse di un prossimo congiunto quale circostanza attenuante della fattispecie, rispetto all'ipotesi in cui destinatario del vantaggio sia un terzo estraneo a vincoli di parentele. Ciò sarebbe stato più coerente con altre ipotesi affini presenti nel codice penale, nelle quali si è invece fatta applicazione di tale canone di anti giuridicità (artt. 386; 390; 418 c.p.).

Si fa inoltre notare come ciò comporti anche una scorrettezza sul piano strutturale della norma, individuabile nel fatto che da un lato l'offensività della condotta sia stata limitata all'interesse dell'agente e dei prossimi congiunti, ma dall'altro sia stata raccordata ad un'ipotesi di evento che invece coinvolge potenzialmente e indistintamente qualsiasi persona: M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 91.

²⁷³ A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 303.

²⁷⁴ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 608; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 339; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 518; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 89.

²⁷⁵ Si precisa come la formulazione attuale della norma faccia riferimento alla presenza di un interesse proprio, non essendo più sufficiente che esso sia "privato", in tal modo individuando una delle differenze rispetto al precedente delitto di interesse privato in atti d'ufficio: A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 518.

²⁷⁶ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 607, che riconduce le ipotesi di interessi non patrimoniali all'ambito dell'illecito disciplinare.

l'interesse penalmente rilevante possa essere di qualsiasi natura, e quindi anche non patrimoniale, così ampliando evidentemente l'ambito applicativo della fattispecie²⁷⁷.

Con riferimento invece all'obbligo di astenersi, nonostante una minoritaria giurisprudenza di segno negativo²⁷⁸, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che esso abbia ad oggetto non solo il compimento di un atto giuridico, come prevedeva la precedente formulazione dell'interesse privato in atti d'ufficio, ma anche il compimento di attività materiali pertinenti allo svolgimento della funzione pubblica²⁷⁹. Tale soluzione non sarebbe infatti più legata, come accadeva precedentemente, alla previsione espressa del compimento di un atto giuridico, e sarebbe soprattutto più coerente con l'interpretazione dominante del riferimento allo svolgimento della funzione.

Per la consumazione del reato occorre infine, naturalmente, anche la verifica dell'evento ingiusto, integrando la violazione dell'obbligo di astensione solo uno degli elementi della condotta²⁸⁰, con conseguente irrilevanza delle ipotesi di mera coincidenza di interessi pubblici e privati in capo all'amministratore in assenza degli ulteriori elementi della fattispecie²⁸¹.

Il medesimo principio è stato poi ribadito con riferimento alla partecipazione agli atti collegiali, intesa questa in senso ampio, ritenendosi che l'obbligo di astensione investa non solo la partecipazione alla discussione e votazione del provvedimento, ma anche la seduta. Anche in tal caso si è dunque ritenuto che la mera parte-

²⁷⁷ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 267; A. SEGRETO- G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 519. In giurisprudenza: Cass. 4/02/1998, *Cappabianca*, *Riv. pen.* 1998, 903.

²⁷⁸ T. Torino, 18/01/1998, *Guida dir.* 1998, 13, 95.

²⁷⁹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 603; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., 339.

²⁸⁰ Naturalmente il carattere ingiusto dell'evento dovrà essere autonomamente valutato: A. PAGLIA-RO, *Principi*, cit., 246.

²⁸¹ Cass. 21/02/2003, *Gianazza*, *Riv. pen.* 2004, 81; Cass. 13/11/2000, *Cerullo*, *Guida dir.* 2001, 3, 89.

Tale ultima precisazione permette allora di tracciare più distintamente i confini rispetto alla fattispecie abrogata dell'art. 324 c.p. e di abbandonare le discussioni che l'avevano accompagnata con riferimento alla presunta sufficienza del compimento dell'atto in una situazione di conflitto di interessi. Per un riferimento a tale giurisprudenza: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 602.

cipazione del soggetto sia in sé irrilevante, occorrendo invece un'effettiva influenza sulla fase formativa e di manifestazione della volontà pubblica²⁸².

Da un punto di vista strutturale, invece, si discute in dottrina se la formulazione della norma integri uno o due autonomi obblighi di astensione²⁸³.

Secondo una parte della dottrina, infatti, l'obbligo di astensione sarebbe configurabile solo quando prescritto da una fonte normativa, individuata nella legge o nel regolamento²⁸⁴. Tale interpretazione troverebbe la propria conferma nel dato normativo, ovvero nel riferimento agli "altri casi prescritti", che andrebbe interpretato in maniera coerente alle intenzioni del legislatore della riforma ed allo spirito della norma, orientata verso maggiore determinatezza. Conseguentemente, non esistendo alcuna differenza fra la previsione generale dell'obbligo di astensione ed il richiamo alle singole previsioni, la prima andrebbe interpretata quale esemplificazione del rinvio alle fonti normative dell'obbligo, e quindi, nuovamente, all'ipotesi tecnica di una violazione di norme di legge.

Al contrario, altra dottrina ritiene di poter distinguere due ipotesi delittuose autonome²⁸⁵. Con la prima verrebbe previsto un dovere generale di astensione, valido anche se privo di fondamento normativo, riscontrabile in ogni ipotesi di conflitto fra

²⁸² Cass. 20/05/1998, *Urso*, *Riv. pen.* 1999, 301

²⁸³ A. SEGRETO- G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 515 ss.

In dottrina esiste anche chi ritiene più corretto riferire l'espressione, in via generale, a tutte le modalità attraverso le quali il soggetto attivo abbia provocato l'evento ingiusto. Se la si interpretasse come riferita ai soli casi di obbligo di astensione, si inserirebbe nella norma un elemento spurio rispetto alle origini della fattispecie, ovvero rispetto al precedente delitto di interesse privato in atti d'ufficio, poiché si ammetterebbero anche casi nei quali si prescinde dalla presenza di un interesse proprio del soggetto. Con riferimento a tali ultime ipotesi non si ravviserebbe neanche alcuna differenza rispetto a semplici condotte realizzate in violazione di norme di legge, già disciplinate dalla prima parte della norma. La conseguenza cui si dovrebbe giungere dovrebbe allora essere quella di considerare l'espressione come riferita all'intera norma, in modo da comprendere nell'incriminazione anche le condotte compiute violando una qualunque prescrizione giuridica, comprese quelle disciplinate l'uso del potere discrezionale: A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 246. Contro tuttavia C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 608: l'inciso in questione compare inequivocabilmente in quella parte della norma, racchiusa tra due virgole, riferita alla omissione "dell'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti".

²⁸⁴ M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 83.

²⁸⁵ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 265; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 301.

l'interesse proprio e quello della pubblica amministrazione²⁸⁶. In tal modo l'omessa astensione, in presenza naturalmente degli ulteriori elementi richiesti, diverrebbe l'essenza stessa dell'abuso, o meglio una delle ipotesi alternativamente previste per la realizzazione della condotta penalmente rilevante. Col riferimento agli "altri casi previsti" il legislatore avrebbe invece riconosciuto, quale seconda ipotesi delittuosa, la rilevanza penale anche di disposizioni puntuali esprimenti il medesimo principio²⁸⁷.

Si ritiene peraltro che proprio tale espressione stia ad indicare che una delle modalità tipiche della condotta possa realizzarsi non solo in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ma anche in tutte le altre situazioni in cui sia profilabile un conflitto che scaturisce da un interesse diverso²⁸⁸.

²⁸⁶ Trattasi, in tal caso, di situazioni di conflitto di interessi identificabili a priori, cioè prima dell'atto o dell'operazione da compiere. Ciò equivale a dire che l'art. 323 c.p. allude ad un conflitto virtuale o potenziale, che poi rileva per la disposizione in esame in quanto effettivamente concretizzatosi nella realizzazione del danno o del vantaggio ingiusti: M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 266.

Si sottolinea comunque come tale interpretazione potrebbe indirettamente deporre a favore dell'ammissibilità dell'eccesso di potere. Tali casi si risolvono infatti in quella manifestazione dell'eccesso di potere rappresentata dallo sviamento di potere per la presenza dell'interesse del soggetto agente o di un suo prossimo congiunto accanto o in sostituzione dell'interesse pubblicistico, che deve invece connotare in modo esclusivo l'azione della pubblica amministrazione: T. Milano 25/09/1997, *Oglio e altri*, *Ind. pen.* 1998, 53. Conseguentemente potrebbero ritenersi esatte le preoccupazioni avanzate da certa dottrina che ritiene che, prendendo in considerazione ogni possibile conflitto di interessi, a prescindere da un'espressa previsione di incompatibilità, si rischierebbe di configurare l'abuso d'ufficio come un reato di sospetto e ad identificare la condotta punibile con l'eccesso di potere: G. DELLA MONICA, *L'irrilevanza dell'eccesso di potere*, cit., 72.

²⁸⁷ Si discute sulla natura della fonte normativa di tale obbligo. Accanto a chi ritiene che un'interpretazione coerente della fattispecie dovrebbe comportare una limitazione alle sole norme di legge e di regolamento, per non contrastare con il principio di stretta legalità, si rinviene anche una diversa opinione in base alla quale l'art. 323 c.p. accentuerebbe qui lo specifico contenuto della regola di condotta, trascurando il tipo di fonte. Non parrebbe poi necessario che gli obblighi siano prescritti esclusivamente da norme scritte: anzi, i "casi prescritti" sembrano piuttosto contrapporsi ai primi, definiti "altri" perché non prescritti, ma da ricondurre a ragioni generali di correttezza e di opportunità. Né è detto che le astensioni espressamente previste apportino sempre un maggiore livello di certezza, poiché accanto a norme dai contorni oggettivi e soggettivi ben definiti, se ne trovano altre che impiegano termini dal significato non propriamente circoscritto, quando non volutamente elastico. A favore della tesi restrittiva: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 609; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 84; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1051; in senso contrario: G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 254; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 265.

²⁸⁸ Si tratta di quelle situazioni in cui il provvedimento amministrativo, pur non coinvolgendo interessi propri o di prossimi congiunti, può essere influenzato da rapporti sostanziali che potrebbero incidere sulla scelta del pubblico amministratore: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 304.

12. Nesso causale ed evento ingiusto. Le peculiarità del delitto di abuso d'ufficio

Si è detto di come, sotto un profilo strutturale, una significativa novità apportata dalla riforma consista nella trasformazione della fattispecie da reato di condotta in reato di evento. Ne deriva che solo in caso di lesione o di messa in pericolo del bene protetto potrà ritenersi consumato l'abuso d'ufficio, rendendo così la fattispecie conforme al generale principio di offensività quale criterio per la selezione delle condotte penalmente rilevanti, e delineando il confine con le ipotesi di mera illegittimità amministrativa²⁸⁹.

Ovviamente, oltre che sotto il profilo strutturale, anche in sede interpretativa la necessaria lesività della condotta deve costituire elemento imprescindibile. La formulazione della norma, nella quale il rinvio alla disciplina amministrativa viene operato in maniera generalizzata, senza alcuna distinzione di tipo funzionale o strutturale, espone tuttavia al rischio di valorizzare la violazione di norme sostanzialmente ininfluenti sul bene giuridico, trasformando così l'abuso d'ufficio in un reato di mera

²⁸⁹L'abuso d'ufficio, quale reato d'evento, si consuma al momento del verificarsi dell'ingiusto vantaggio o dell'ingiusto danno. Ne deriva la configurabilità del tentativo ogni volta che il risultato perseguito non si sia realizzato e tuttavia siano stati posti in essere atti idonei, identificati nell'emanazione di un provvedimento illegittimo, e univocamente diretti alla consumazione, secondo un criterio di prognosi postuma diretto ad accertare l'adeguatezza della condotta a produrre l'evento sulla base del corso ordinario delle cose - la mera preparazione del provvedimento illegittimo suscettibile di produrre l'evento, non seguita dalla sua emanazione, costituisce invece atto preparatorio non punibile: E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Trattato diretto da C. FIORE, Torino, 2004, 297. Risultano poi parimenti applicabili all'abuso d'ufficio la desistenza volontaria e il recesso attivo.

La desistenza ricorre quando la condotta tipica viene interrotta per decisione del suo autore prima che giunga a compimento. Presupponendo dunque un *iter criminis* frazionato, essa potrebbe trovare applicazione anche con riferimento ad ipotesi di violazione di norme procedurali, unitamente alla volontà di non compiere l'atto successivo.

Il recesso attivo, invece, implica il compimento della condotta tipica e la mancata realizzazione dell'evento per una nuova iniziativa dell'agente. Ne consegue che non potranno rientrare in tale istituto le condotte di realizzazione di un provvedimento illegittimo quando questo venga successivamente annullato ad opera del giudice amministrativo, pur con efficacia retroattiva, o sia comunque rimosso da altri organi dell'amministrazione stessa in via autotutela. In tali casi il successivo annullamento dell'atto potrà solo costituire una circostanza attenuante: G. DELLA MONICA, *Il tentativo ed il concorso di reati*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove sul diritto di difesa*, a cura di A. DALIA, Milano, 149 ss.

trasgressione²⁹⁰. Al contrario, il principio di offensività impone di negare rilevanza penale a quelle condotte che, pur se formalmente illegittime, non abbiano effettivamente leso il bene protetto. Se dunque l'offesa si pone quale elemento che deve caratterizzare l'evento tipico richiesto dalla fattispecie, anche questa dovrà in qualche modo partecipare della relazione causale che lega la condotta, anch'essa offensiva, all'evento²⁹¹.

Al riguardo, il tradizionale criterio utilizzato per accertare l'esistenza di un rapporto di causalità è quello basato sotto il metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche. Secondo tale criterio la specifica azione è causa dell'evento susseguito solo quando esso sia sussumibile nella regolarità della successione dello stesso tipo di condotta-evento espressa da una o più leggi scientifiche universali o statistiche²⁹². Si pone dunque la necessità di verificare in quali termini detto criterio di accertamento possa essere applicato anche al delitto di abuso d'ufficio, al fine di accertare la relazione esistente fra la condotta tenuta e l'evento conseguito. Preliminarmente occorre considerare che il bene giuridico tutelato dalla norma in esame appartiene al

²⁹⁰ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 609; V. PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell'illecito. La giurisprudenza stenta a trovare soluzioni*, Guida dir. 1998, 46, 59. In particolare tale Autore ritiene che “per stabilire la configurabilità del reato è necessario stabilire se l'atto realizzato in violazione di legge risulti idoneo in concreto a cagionare l'evento dal quale la legge fa dipendere l'esistenza del reato”.

Tuttavia occorre precisare come tali affermazioni di tali autori tendano a convergere verso la così detta concezione realistica dell'illecito penale, caratterizzata da una scissione, potenzialmente possibile anche nel delitto di abuso d'ufficio, tra l'estrinseca conformità a tipo e la lesione effettiva dell'interesse protetto. Sarebbe dunque necessario procedere ad una prima verifica di conformità del fatto al modello tipico, unitamente a quella ulteriore avente ad oggetto la capacità offensiva. In tal modo, però, l'offesa verrebbe intesa quasi come un dato ulteriore esterno alla norma stessa, con conseguente rischio di contrasto con il principio di legalità, attingendo tale elemento non già entro la fattispecie tipica, bensì da criteri di valutazione extra-legislativi.

²⁹¹ In virtù della nuova struttura dell'abuso d'ufficio quale reato d'evento, assumeranno rilievo solo quelle condotte che si pongano in relazione causale con l'evento tipico: A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 257; G. SCARPETTA, *Il danno ingiusto*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 131. In particolare M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 268 dove si parla di un ulteriore rafforzamento della struttura oggettiva del fatto “meglio evidenziandone il disvalore, anche in tal modo –oltre che mediante una più dettagliata descrizione delle condotte- ricercandone una maggiore o meno precaria verificabilità”.

In giurisprudenza: Cass. 22/10/2002, *Fontanella*, C.E.D. Cass. n. 224914; Cass. 30/04/1999, *Cianetti*, Cass. pen. 2000, 2245; Cass. 4/03/1999, *Jacovacci*, Cass. pen. 2000, 2244.

²⁹² Per tutti: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 140 ss.

novero dei così detti beni istituzionali di natura superindividuale, e che il riferimento normativo al danno e al vantaggio ingiusti richiama situazioni spesso più correttamente riconducibili ad una serie di possibili effetti giuridico-patrimoniali, talvolta privi di spessore materiale, che non ad effettive modificazioni sensibili della realtà naturalistica. Ne consegue che il riferimento all'evento ingiusto, e quindi al bene giuridico ad esso sotteso, dovrebbe venire inteso non già in senso fenomenico, bensì quale *equivalente normativo* dell'offesa.

In relazione ad un evento con tali caratteristiche verrebbero poi a mancare leggi di copertura certe sotto le quali verificare l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto, non essendo rinvenibili leggi scientifiche in grado di stabilire quale esito possa derivare con certezza o elevata probabilità dallo svolgimento di una data condotta procedimentale tenuta dal pubblico ufficiale. Residuerebbe allora solo il ricorso a mere prassi amministrative, in sé prive di un reale contenuto informativo oggettivamente controllabile, o a semplici massime di esperienza²⁹³.

Si impongono allora considerazioni differenti, che prendano le mosse non già dall'evento, bensì dall'altro termine del rapporto causale, ovvero dalla condotta. Con riferimento a tale elemento, la peculiarità del delitto in esame risiede nella tecnica di formulazione utilizzata. La condotta abusiva non viene infatti delineata con precisione dalla fattispecie penale, bensì tramite un rinvio aperto alla normativa amministrativa, individuando proprio nell'inosservanza della singola norma violata nel caso concreto lo specifico presupposto del reato. Proprio da questo rapporto di dipendenza dell'illiceità penale da quella amministrativa deriva l'opportunità di ricostruire il nesso tra la condotta abusiva e l'evento ingiusto non tanto in termini nomologici-

²⁹³ Specie con riferimento all'attività discrezionale, infatti, la valutazione finale nella quale si concretizza l'evento potrebbe essere il frutto di molteplici apporti, tale da non poter individuare sempre con precisione in quale maniera la singola violazione abbia influito. L'omessa valutazione da parte dell'amministrazione di una memoria o di uno scritto presentati potrebbe ad esempio incidere in sede di valutazione conclusiva, e quindi sulla produzione dell'evento finale, in maniera unica e mai ripetibile.

causali, quanto in termini normativi che siano in grado di individuare uno *specifico rapporto di illiceità fra norma violata e conseguenza abusiva*²⁹⁴.

Tuttavia, al fine di evitare di trasformare in via interpretativa l'abuso d'ufficio in reato di condotta, basato sulla mera violazione di una qualsiasi norma, declassando la realizzazione dell'evento a mera condizione obiettiva di punibilità, non ogni violazione potrà assumere efficacia fondante della responsabilità penale, ma solo quelle che si pongano in relazione diretta con la realizzazione dell'evento²⁹⁵.

In tale prospettiva si è posto in evidenza come anche in tale fattispecie, seppure costruita in forma commissiva, sia pur sempre individuabile un'intrinseca componente omissiva, integrata dalla condotta del pubblico ufficiale che non attiva condizioni impeditive dell'esito negativo avviato dal proprio comportamento. Il comportamento attivo del pubblico ufficiale s'innesta infatti sul mancato rispetto di un obbligo espresso da una norma di legge o di regolamento, della quale occorre allora indagare la specifica funzione neutralizzatrice in rapporto al concreto evento da imputare²⁹⁶. Si pone dunque al centro dell'indagine l'eventuale contenuto preventivo della regola violata, nel senso che potranno integrare il profilo obiettivo della condotta penalmente rilevante solo quelle norme che a loro volta siano funzionalizzate alla salvaguardia dell'interesse tutelato. Nella fattispecie in esame si ravvisa dunque un *nesso di pre-*

²⁹⁴ In questo senso A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 57: "l'effetto lesivo finale prodottosi nel quadro dell'attività amministrativa complessivamente svolta dal soggetto pubblico non può costituire il *prius* da cui muovere per risalire all'individuazione dell'antecedente che lo ha cagionato, proprio perché l'accento cade su una condotta strutturalmente configurata in termini normativi, la quale di per sé rinvia ad un sistema di corrispondenze biunivoche in cui il rapporto causa - effetto da *nomologico - generalizzante* tende a farsi *teleologico-individualizzante*".

²⁹⁵ In questo senso A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 49 ss.: "La ricostruzione del processo causale finirebbe, in tal modo, per risultare del tutto apparente, in quanto l'attribuzione dell'evento non avverrebbe più in termini *condizionalistici*, bensì in termini puramente *ascrittivi*: una volta constatata l'inosservanza di una qualsiasi regola di comportamento, l'evento verrebbe, su questa sola base, *ipso facto* imputato al pubblico agente".

Sembra invece accontentarsi di accertare l'avvenuta inottemperanza ad un mero dovere procedimentale di agire diversamente, ricostruendo così il nesso consequenziale condotta inosservante ed evento-risultato in maniera del tutto apparente: Cass. 12/12/1999, *Dogali*, *Cass. pen.* 2000, 357.

²⁹⁶ Pone maggiormente l'accento sulla condotta B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., 72: "ciò che il funzionario deve evitare è la propria condotta... Il discorso è valido anche se la realizzazione del reato è subordinata alla verifica di un danno o un vantaggio, come nel fatto previsto dall'art. 323 c.p. Qui in realtà l'evento è diretta espressione della condotta e quindi non si chiede al funzionario di eliminare l'evento, bensì, ancora una volta, la condotta stessa".

venzione tra la condotta normativa e l'evento, in virtù del quale potrà dirsi sussistente detto legame quando l'evento verificatosi sia tra quelli che la norma comportamentale mira a prevenire, e tale al contrario da escludere ogni forma di responsabilità qualora si dimostri che l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche in caso di comportamento osservante²⁹⁷.

Ne consegue che, al fine di poter attribuire rilevanza penale alla condotta illegittima, occorre porre al centro dell'indagine il quesito relativo all'evitabilità dell'evento mediante l'adozione di un comportamento conforme alle prescrizioni della norma violata²⁹⁸. Al riguardo, i modelli ulteriori di attribuzione oggettiva dell'evento si basano sullo *scopo della norma violata*, destinato a trovare applicazione in un numero minore di casi, e sul *comportamento alternativo lecito*²⁹⁹.

²⁹⁷ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 60. In termini affini anche A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 251: "per il principio generale che in ogni caso bisogna guardare allo scopo di tutela delle norme, qui può venire in rilievo solo la violazione di quei doveri l'osservanza dei quali era predisposta per evitare che dall'attività del pubblico ufficiale derivassero ingiusti vantaggi o ingiusti danni".

²⁹⁸ Il richiamo al comportamento conforme al parametro legale denuncia immediatamente elementi di affinità tra il delitto di abuso d'ufficio e i reati colposi e quelli omissivi impropri. Con riferimento alla prima categoria, la necessità di accertare l'esistenza di un preciso legame colposo tra l'inosservanza della regola cautelare e l'evento conseguito deriva dall'esigenza di assicurare che il risultato materiale imputato al soggetto costituisca concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava specificamente a prevenire, mentre lo schema del reato omissivo di evento risulta basato sulla configurazione di un nesso di causalità potenziale tra condotta ed evento e sulla necessità che quest'ultimo si ponga all'interno dell'ambito di protezione della norma trasgredita. In rapporto a tali figure delittuose, pur non ravvisandosi nella normativa amministrativa richiamata alcuna finalità esplicita di tutela dei beni giuridici penalmente protetti, anche nell'abuso d'ufficio permane identica l'esigenza di evitare che la responsabilità penale consegua automaticamente alla mera sovrapposizione di una norma e di un evento non collegati tra loro da un reciproco rapporto di implicazione necessaria.

Tuttavia nell'ambito dei reati colposi e di quelli omissivi impropri risulta sempre imprescindibile una previa verifica del nesso di condizionamento svolta secondo il metodo scientifico-causale della sussunzione sotto leggi scientifiche, potendosi poi ricorrere in via aggiuntiva agli ulteriori modelli di imputazione oggettiva basati sullo scopo della norma violata o sul comportamento alternativo lecito. Al contrario, con riferimento al delitto di abuso d'ufficio, per via della citata difficoltà di applicazione di criteri causali basati su valutazioni nomologiche-generalizzanti, il ricorso a tali strumenti alternativi di imputazione giuridica fondati sul collegamento logico "violazione-evento" si presenta come sostitutivo della causalità propriamente detta.

In dottrina propongono tale accostamento concettuale: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 40 ss.; O DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittime e abuso d'ufficio*, cit., 145 ss.

²⁹⁹ Mentre il primo di tali criteri è funzionalmente preordinato ad individuare la presenza di un nesso di corrispondenza tipica fra evento concreto e contenuto normativo astratto, con il criterio del comportamento alternativo lecito si sottopone a vaglio il potere impeditivo che di fatto il comportamento

Il primo di questi fa leva su un giudizio di evitabilità in astratto, in base al quale la responsabilità andrebbe affermata in tutti i casi in cui si possa fondatamente sostenere che l'evento finale costituisca un risultato che la norma extrapenale violata si proponeva direttamente di evitare. Alla luce di una ricostruzione teleologica della regola disattesa, da eseguirsi *a posteriori*, si tratta allora di indagare se la sua finalità primaria fosse proprio quella di evitare il prodursi di un evento lesivo come quello concretamente verificatosi. Ne deriva la necessità di poter conoscere con precisione il contenuto precettivo della norma violata, con conseguente limitata applicabilità ai soli casi in cui al pubblico ufficiale si contesti l'infrazione di regole che fissino in sede positiva specifici obblighi comportamentali in fase di regolamentazione degli interessi affidatigli.

Nelle ipotesi in cui la normativa amministrativa richiamata dal delitto di abuso d'ufficio preveda invece una sfera di discrezionalità in capo al soggetto agente, emerge immediatamente la difficoltà di ricostruire con precisione il contenuto precettivo della norma violata e di conseguenza anche la difficoltà di accertare la presenza di un nesso di corrispondenza tipica tra l'evento concreto e il modello astratto di reato, mancando leggi scientifiche certe da utilizzare nel ragionamento controfattuale. In tali casi, infatti, non delineandosi con precisione la condotta imposta al pubblico ufficiale, il ricorso al criterio della "evitabilità generica" dell'evento non sarebbe in grado di individuare un preciso nesso di congruità lesiva tra norma violata ed evento tipico³⁰⁰.

prescritto era concretamente in grado di esprimere in rapporto alle circostanze particolari presenti nel caso singolo: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 164.

³⁰⁰ Proprio considerando la difficoltà processuale di pervenire ad una rigorosa dimostrazione del nesso causale, si potrebbe forse verificare l'ammissibilità del ricorso alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento. Secondo tale teoria, per imputare oggettivamente l'evento al soggetto, sarebbe sufficiente procedere ad un accertamento *ex post* dell'avvenuto incremento del rischio di realizzazione dell'evento tipico, da attuare ponendo a raffronto il decorso causale reale con quello che si sarebbe verificato in caso di condotta conforme al dovere violato. Perché l'evento possa essere imputato al soggetto occorrono dunque due condizioni, ovvero che l'agente, con la sua condotta commessa in violazione di una regola di diligenza, abbia creato, aumentato o non diminuito il rischio di verificazione dell'evento; e che l'evento sia concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava ad evitare o a ridurre.

Tuttavia, il rischio legato all'accoglimento di tale teoria sarebbe quello di determinare una trasformazione dell'abuso d'ufficio da reato causale d'evento in reato di pura condotta incentrato sulla mera

Il rapporto di causalità tra condotta violatrice ed evento verificatosi assumerebbe allora connotati non già reali bensì ipotetici, basati sulla verifica della realizzazione dell'evento in caso di condotta alternativa conforme al dovere secondo standard di certezza processuale, fuori da reali connessioni di natura fenomenica accertabili in modo certo³⁰¹.

12.1. *Il comportamento alternativo lecito e la violazione di norme procedurali*

Le problematiche esposte paiono peraltro affini a quelle sollevate dalla violazione di norme procedurali, non essendo anche in tal caso immediatamente ravvisabile un rapporto certo di derivazione tra violazione commessa ed evento verificatosi. La valorizzazione ai fini penali dalla semplice violazione di tali norme potrebbe condurre, infatti, alla configurabilità di una responsabilità penale su basi puramente ascrivitive, facendo leva su un concetto di illegittimità meramente formale. Proprio al fine di evitare di giungere a tale risultato in via interpretativa, parte della giurisprudenza ha negato potessero assumere rilievo all'interno del delitto di abuso d'ufficio le norme procedurali, sulla base del rilievo che queste norme sono “destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento, senza incidere sulla fase declaratoria di composizione del conflitto di interessi materiali, oggetto della valutazione amministrativa”³⁰².

Al contrario, altrove si è sottolineata l'imprecisione di tali conclusioni, essendo invece più corretto un approccio condotto sotto una prospettiva causale, che tenga

pericolosità dell'azione o dell'omissione realizzata dal pubblico agente: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 168.

³⁰¹ Poiché il ricorso al criterio della condotta alternativa lecita conduce nella maggior parte dei casi ad un convincimento a carattere essenzialmente probabilistico, l'impiego dei controfattuali dovrebbe tendenzialmente fare riferimento alla prassi concretamente in uso, in modo da raggiungere un accettabile livello di certezza processuale.

³⁰² Cass. 7/04/2005, *Fabbri*, Riv. Pen. 2006, 563; Cass. 4/11/2004, *Palascino*, Cass. pen. 2006, 2172; Cass. 5/08/1999, *Nacci*, Riv. Pen. 2000, 173; Cass. 1/03/1999, *Scarsi*, Giust. pen. 2000, II, 348; Cass. 4/12/1997, *Tosches*, Cass. pen. 1998, 2332.

conto dell'effettiva funzione svolta dal procedimento amministrativo ed in generale della *ratio* della sua disciplina.

Si è detto al riguardo come esso costituisca nell'ordinamento amministrativo un modello di legalità dell'attività pubblica articolato secondo la predisposizione di un complesso di norme che guidano e indirizzano l'*iter* amministrativo entro determinate forme, volte ad assicurare al contempo efficienza e trasparenza. Ne consegue che mentre la violazione di talune di queste potrebbe in effetti rivelarsi ininfluente ai fini della determinazione finale, la violazione di altre potrebbe invece incidere in maniera condizionante sulla scelta finale operata dall'amministrazione³⁰³. In questo senso, con riferimento al quesito relativo alla rilevanza penale della violazione delle norme procedurali, si sottolinea l'esigenza di una soluzione ricercata in termini causali, precisando come la verifica di un evento ingiusto potrebbe teoricamente derivare dalla violazione di qualsiasi tipo di norma, sia essa di natura sostanziale o procedimentale³⁰⁴.

³⁰³ Di questo si è dimostrato consapevole anche il legislatore amministrativo, riformulando la disciplina dei vizi del provvedimento in ossequio ai principi della conservazione dell'atto, della strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo (art. 21 *octies* L. 241/1990).

In tal senso, con specifico riferimento alla materia penale, anche A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 251: "si dovrà sempre stabilire il rapporto causale tra condotta ed evento; sotto questo profilo, appare solo plausibile, quindi non necessariamente vero, che una mera violazione procedimentale possa rivelarsi in ultima analisi ininfluente rispetto al risultato".

³⁰⁴ In dottrina: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 575; V. PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell'illecito*, cit., 59.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. 14/06/2007, *D.L.F.*, *Riv. Pen.* 2008, 802; Cass. 23/11/1998, *De Simone*, *Riv. pen.* 1999, 51; Cass. 28/11/1997, *Fricano*, *Cass. pen.* 1998, 1356; nella giurisprudenza di merito: T. Napoli 24/10/2005, *X, Corr. Merito* 2006, 1, 62; T. Taranto 19/03/1999, *Cito*, *Foro It.* 2000, II, 487; T. Milano 26/09/1998, *Arioli*, *Guida dir.* 1998, 46, 48.

Ragionando in questi termini potrebbe peraltro individuarsi una simmetria tra la disciplina amministrativa e quella penale. Infatti, così come nell'ambito dell'ordinamento amministrativo le norme strumentali non hanno ad oggetto direttamente il bene della vita coinvolto dall'attività amministrativa ma solo il modo di esercizio del potere, e l'eventuale lesione dell'interesse procedimentale non è tutelata in quanto tale ma solo nella misura in cui si traduca in una compromissione delle posizioni finali di interesse vantate dagli amministrati; anche in rapporto al giudizio penale sembra doversi escludere la possibilità di riconoscere autonoma rilevanza alla lesione di situazioni soggettive endoprocedimentali qualora la specifica regola di azione violata dal soggetto agente risulti priva di connessione con l'avvenuta alterazione dell'assetto di interessi previsto dalla normativa sostanziale. Ne consegue allora la necessità di compiere un'indagine di tipo contenutistico-funzionale sul disposto della norma trasgredita al fine di verificare se ad essa possa essere attribuita anche una finalità sostanziale di tutela degli interessi pubblici e privati compresenti nella fattispecie oggetto di decisione amministrativa: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 172.

Dunque, non solo non sarebbe dirimente distinguere in base alla natura della norma violata, ma anche nell'ambito delle stesse norme procedurali non potrebbero individuarsi *a priori* quelle effettivamente condizionanti il contenuto della decisione finale. La medesima disposizione potrebbe infatti apportare un grado di conoscenza all'amministrazione precedente variabile in base alle circostanze del caso concreto³⁰⁵.

Dal punto di vista penale, infatti, pare priva di interesse la distinzione amministrativa fra posizioni giuridiche finali e strumentali – e conseguentemente quella fra le diverse norme che le disciplinano – rilevando invece solo l'eventuale lesione del bene giuridico protetto. Conseguentemente dovrebbe indagarsi non tanto la natura procedimentale del precetto violato, bensì se la *ratio* amministrativa sottesa a tale norma coincida con il bene giuridico tutelato in sede penale. Dall'eventuale esito positivo di tale valutazione conseguirebbe infatti la rilevanza penale della norma violata, indipendentemente dalla natura procedimentale o finale di essa.

³⁰⁵ In particolare in dottrina si è affrontato il problema della rilevanza della violazione di norme procedurali di carattere istruttorio: G. GIAMMONA, *Una decisione interessante in tema di abuso d'ufficio e di ordinanze di necessità e urgenza in materia di rifiuti*, *Foro It.* 2000, 487. Partendo dal presupposto che lo svolgimento dell'istruttoria non svolge una funzione meramente procedurale, ma finisce comunque con l'influire sugli interessi materiali oggetto delle valutazioni amministrative, risulta evidente come la violazione dell'obbligo di istruttoria possa concorrere ad integrare la fattispecie delittuosa. "In sede decisoria, invero, la pubblica amministrazione si limiterà a determinare il contenuto dell'atto da adottare, sulla base di tutte le valutazioni già acquisite durante la fase istruttoria, la quale finisce, in tal modo, col rappresentare il momento centrale di ogni procedimento amministrativo".

Anche le recenti modifiche normative apportate alla legge sul procedimento paiono orientare a favore di tale soluzione. L'art. 6 L. 241/1990, nella sua parte terminale, prevede che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non possa discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale. Sottolineando la scissione fra decisione e provvedimento, la norma si pone in linea con le moderne teorie dell'azione amministrativa che hanno evidenziato come sia il procedimento il vero luogo in cui si svolge il cuore dell'azione amministrativa e non più il provvedimento, quasi declassato a mero riepilogo delle risultanze dell'attività procedimentale.

Dal punto di vista della responsabilità penale, nonostante la relazione istruttoria formalmente integri pur sempre un atto interno al procedimento, rimanendo infatti ferma la possibilità per il responsabile del provvedimento di discostarsi dalle conclusioni svolte dal responsabile del procedimento, potrebbe pur sempre ravvisarsi una incidenza causale di un vizio verificatosi in fase procedimentale sul contenuto finale del provvedimento.

Si prenda ad esempio la violazione dell'art. 10 L. 241/90, in base al quale l'amministrazione ha l'obbligo di valutare le memorie e i documenti presentati dai partecipanti al procedimento. L'omessa valutazione di tali documenti potrebbe evidentemente incidere in maniera diversa sul contenuto del provvedimento finale, potendo riguardare memorie in grado di apportare al procedimento elementi solo marginali e ininfluenti, che anche se conosciuti non avrebbero in alcun modo orientato le scelte dell'amministrazione, o al contrario elementi fondamentali e condizionanti per la determinazione finale.

Medesime considerazioni potrebbero poi valere, ad esempio, anche con riferimento alla violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento o alle prescrizioni in tema di modalità e contenuti di tale comunicazione.

Tuttavia, trattandosi della violazione di norme solo potenzialmente in grado di incidere sulla produzione dell'evento finale, un giudizio causale svolto secondo il tradizionale metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche potrebbe risultare irrealizzabile mancando a disposizione leggi scientifiche certe alla luce delle quali verificare il caso concreto. Per questo motivo in dottrina si è proposto il ricorso al criterio della evitabilità in concreto dell'evento³⁰⁶. In particolare, al fine di verificare se nel caso concreto la previsione normativa di un determinato adempimento procedimentale possa essere ritenuta funzionalmente idonea ad impedire il rischio di eventi del tipo di quello verificatosi, si potrebbe ricorrere al modello del *comportamento alternativo lecito*. Dunque si condurrebbe una verifica di tipo ipotetico, da compiere ad evento avvenuto, analoga a quella che si effettua in tema di responsabilità omissiva, per accertare l'eventuale idoneità impeditiva del comportamento conforme alla prescrizione normativa astratta³⁰⁷.

Rimane comunque pur sempre il dubbio circa l'individuazione del grado di certezza effettivamente raggiungibile in sede di accertamento della causalità abusiva. Appare al riguardo innegabile che, trattandosi di un giudizio ipotetico, inevitabilmente caratterizzato da consistenti margini di opinabilità, non potrebbe mai raggiungersi il medesimo grado di certezza esigibile nella ricostruzione del nesso causale naturalisticamente inteso. Ne consegue la necessità di accertare almeno che l'azione dovuta, quella conforme al parametro esterno di legittimità violato dal soggetto agente, avrebbe impedito la verifica dell'evento finale con una probabilità vicina alla certezza³⁰⁸.

³⁰⁶ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 163 ss. In giurisprudenza aderisce al modello di accertamento fondato sulla concreta rilevanza impeditiva della condotta alternativa legittima: Cass. 23/11/1998, *De Simone*, Riv. pen. 1999, 51.

³⁰⁷ Coerentemente con la ravvisata presenza di una componente omissiva nella struttura dell'abuso d'ufficio, potrebbero trovare spazio i c.d. fattori alternativi ipotetici, tradizionalmente banditi nello studio della causalità attiva, per accertare la presenza di un effettivo nesso di derivazione tra condotta antidoverosa ed evento conseguenza dell'abuso.

³⁰⁸ Pur non disconoscendo l'insufficienza di tale criterio non potrebbe comunque accogliersi il ricorso a modelli sostitutivi di aumento del rischio, basati su un accertamento *ex post* dell'avvenuto incremento del rischio di realizzazione dell'evento tipico, da attuare ponendo a raffronto il decorso causale reale con quello che si sarebbe verificato tenendo la condotta dovuta, che trasformerebbe così l'abuso

13. L'evento di danno o di vantaggio

La norma parla alternativamente di vantaggio patrimoniale o di danno, richiamando così concetti già noti al sistema penale³⁰⁹. Si rinvencono infatti all'interno del codice penale riferimenti a situazioni di vantaggio, di profitto o di utilità, tutti espressioni l'azione di volgere a sé un *quid* dotato di valore economico. Frequentemente tali espressioni vengono usate nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, tuttavia mentre in questi ultimi il vantaggio costituisce per l'agente l'elemento simmetrico o contrario del danno arrecato al soggetto passivo, nell'abuso d'ufficio il danno e il vantaggio non presentano tale rapporto "simmetrico e contrario", ma sono posti in maniera autonoma, sicché il delitto si consuma ogni qualvolta dalla violazione di norme di legge o di regolamento o dall'omessa astensione sia derivato un danno o un vantaggio³¹⁰.

Con particolare riguardo al concetto di vantaggio, la limitazione a quello patrimoniale e la trasformazione dell'abuso d'ufficio in reato di evento dovrebbero suggerirne un'interpretazione strettamente economica, comprensiva di qualsiasi vantaggio, utilità o godimento³¹¹. Ne consegue che il riferimento al vantaggio patri-

d'ufficio da reato causale d'evento in reato di pura condotta incentrato sulla mera pericolosità compiuta.

³⁰⁹ Il legislatore della riforma ha riferito il requisito della patrimonialità al solo elemento del vantaggio, suscitando così le critiche di parte della dottrina. Si fa notare infatti come non sarebbero meno pericolose eventuali attività di favoritismo, in grado di mettere a repentaglio l'imparzialità dell'amministrazione, che in tal modo verrebbe sacrificata rispetto alla protezione del patrimonio: A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 62; ID., *Luci ed ombre*, cit., 26; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 108. Al contrario, secondo altra dottrina, tale limitazione sarebbe da valutare favorevolmente, riservando le sole sanzioni disciplinari alle condotte di sfruttamento privato dell'ufficio, a tutto vantaggio di una maggiore determinatezza della fattispecie: M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 239; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 239.

³¹⁰ A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 316. Dall'assenza di un rapporto simmetrico e contrario deriva un metodo d'indagine svincolato dai criteri che presiedono all'interpretazione dei reati contro il patrimonio. Ciò a maggior ragione considerando che mentre tali elementi, con riferimento al delitto di abuso d'ufficio, svolgono una funzione costitutiva, nei delitti contro il patrimonio, fatta accezione per la truffa e l'estorsione, rientrano nella sfera soggettiva quale fine specifico del dolo.

³¹¹ Le due concezioni che si contrappongono con riferimento al concetto di patrimonio e di patrimonialità sono quella giuridica e quella economica. Secondo la prima il patrimonio è la somma dei rapporti giuridici, cioè dei diritti e degli obblighi relativi ad un determinato bene, che fanno capo ad una persona. In base alla seconda, invece, il patrimonio rappresenta il complesso unitario dei beni, economicamente rilevante, appartenente ad un soggetto. Ne consegue che il vantaggio patrimoniale

moniale deve essere inteso quale effettivo incremento della situazione economica del destinatario, esulando invece dall'ambito applicativo della fattispecie le ipotesi in cui il vantaggio presenti solo indirettamente dei riflessi valutabili sotto il profilo economico³¹². La giurisprudenza ha così ravvisato il vantaggio patrimoniale, ad esempio, nell'abusivo rilascio di un'autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale³¹³, nell'abusiva edificabilità di un terreno che prima non era tale³¹⁴, o nell'abusivo rilascio di una concessione edilizia³¹⁵. In tale ultimo caso, infatti, l'altruità del vantaggio viene ravvisata nell'ampliamento della sfera delle situazioni soggettive dei beneficiari del provvedimento, direttamente investiti dalla concessione illegittima³¹⁶.

Con riguardo, invece, all'ulteriore ipotesi di evento prevista dalla norma, il danno ingiusto, questo è menzionato nella fattispecie senza alcuna specificazione. Ne deriva che esso potrebbe identificarsi in un pregiudizio patrimoniale, ricostruito alla stregua della nozione elaborata dalla dottrina civilistica in tema di responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, ovvero nella frustrazione degli scopi perseguiti con l'attività pubblica, o in un comportamento prevaricatore. In generale può dunque identificarsi il danno nella lesione di una situazione giuridica soggettiva attiva facente capo al soggetto passivo, sia essa qualificabile come diritto soggettivo o come interesse legittimo³¹⁷.

deve essere inteso come effettivo incremento del patrimonio nella sua reale consistenza. Poiché l'accertamento del vantaggio comporta sempre l'esistenza di un bilancio economico consuntivo dell'attività delittuosa, la concessione economica del patrimonio richiede sempre l'esistenza di un evento materiale: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 320.

³¹² In particolare, per la sussistenza di un miglioramento della sfera economica, non è richiesto che si sia già concretamente verificato un incremento di valore economico, essendo sufficiente anche solo il prodursi di una situazione di favore economicamente valutabile, ovvero che, a seguito dell'atto o dell'operazione medesimi, si determinino le condizioni per un diretto e normale sviluppo economico in senso positivo: M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 269.

³¹³ Cass. 15/02/2001, *Rizzi*, *Guida dir.* 2001, 19, 90; Cass. 11/11/1999, *Antonini*, *Riv. pen.* 2000, 1189.

³¹⁴ Cass. Cass. 4/03/1994, *Viti*, *Cass. pen.* 1995, 2525.

³¹⁵ Cass. 20/04/2001, *Ruggeri*, *Guida dir.* 2001, 22, 83; Cass. 7/11/2000, *Zocco*, *Guida dir.* 2001, dossier/2, 121; Cass. 22/11/1996, *Pugliese*, *Riv. pen.* 1996, 1323.

³¹⁶ A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 321.

³¹⁷ In questo senso Cass. 19/04/2000, *Genazzani*, *Riv. pen.* 2000, 575: "deve ritenersi configurabile il reato di abuso d'ufficio, sotto il profilo della produzione a taluno di un danno ingiusto, ogni qualvolta

13.1. *Il soggetto destinatario del danno o del vantaggio*

Con riferimento all'individuazione del soggetto destinatario del danno o del vantaggio, la lettera della norma distingue fra l'ipotesi di vantaggio, procurato a sé o ad altri, e quelle di danno procurato ad altri. Proprio tale ultima espressione, ovvero il riferimento al "altri", senza ulteriori precisazioni, pone taluni dubbi in dottrina. Si discute infatti se tale soggetto debba essere esclusivamente privato o anche pubblico. Inoltre, in tale ultimo caso, non risulta chiaro se l'apertura a favore anche del soggetto pubblico sia da riferire solo ad una pubblica amministrazione diversa da quella presso la quale opera il soggetto agente, oppure anche a quella di appartenenza³¹⁸.

Con riguardo all'ipotesi di danno ingiusto, il ragionamento più corretto non potrebbe prescindere da un richiamo al bene giuridico tutelato, ovvero al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, e più in generale al bene del corretto ed efficiente esercizio della propria attività. Conseguentemente dovrebbe aderirsi a quella giurisprudenza che individua la persona offesa dal reato solo nella pubblica amministrazione, in quanto titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice³¹⁹.

Una riflessione più ampia potrebbe tuttavia suggerire un'apertura a favore anche del soggetto privato. L'ordinamento amministrativo garantisce infatti la correttezza dell'attività non tanto in sé, bensì in quanto funzionale all'ottenimento del risultato finale di realizzazione dell'interesse pubblico previsto dalla legge, nella

il soggetto che esplica una funzione o un servizio pubblico abbia posto in essere un'attività da riguardarsi come illegittima dalla quale sia derivata non la lesione di un interesse legittimo in sé considerato, ma la lesione al bene della vita che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento ed al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, si collega".

³¹⁸ G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 122. La questione ha assunto rilievo solo a seguito della riforma del 1990. Infatti, anteriormente a detto intervento, le ipotesi di distrazione di denaro o di altri beni mobili a favore della pubblica amministrazione rientravano negli artt. 314 e 315 c.p.

Nella prospettiva della riforma del 1990 la problematica relativa alle condotte illegittime che producono esclusivamente dei vantaggi per la pubblica amministrazione rimaneva confinata nei limiti del peculato per distrazione, in quanto le ipotesi di malversazione a danno dei terzi, anche se non volte alla realizzazione di un profitto personale, rientravano comunque nell'abuso d'ufficio in virtù del pregiudizio economico subito dal privato.

³¹⁹ Con riferimento alla normativa precedente, ma comunque tuttora valido: Cass. 15/11/1996, *Vocca*, Cass. pen. 1998, 1623.

definizione del quale confluisce anche la considerazione degli interessi dei soggetti privati e delle loro posizioni giuridiche soggettive. Queste ultime, qualora non si limitino ad integrare meri interessi strumentali tutelati in sede solo procedimentale-identificandosi nella pretesa giuridicamente tutelata alla conservazione del bene della vita, ricevono considerazione e tutela da parte dell'ordinamento amministrativo. Ne consegue che anche quello penale, nel garantire la correttezza dell'attività amministrativa genericamente intesa, non potrebbe astenersi dall'includere anche la lesione di tali posizioni nel concetto di danno ingiusto accolto dall'art. 323 c.p., ed il privato titolare di queste fra le persone offese dal reato.

Con riferimento invece all'ipotesi di vantaggio ingiusto, una parte della dottrina risulta favorevole ad una interpretazione restrittiva, ammettendo quale soggetto destinatario il solo privato³²⁰. Prendendo le mosse dalla necessaria lesività della condotta, si motiva tale soluzione ponendo l'accento, più che sull'evento in sé, sulla connotazione che ad esso impone il legislatore qualificandolo come *ingiusto*. La previsione di un requisito di illiceità speciale riferito all'evento, connotato da un giudizio di disvalore autonomo rispetto all'illegittimità della condotta, impone infatti una verifica sulla effettiva strumentalizzazione dell'ufficio per il conseguimento di un risultato economico che non trova alcuna giustificazione all'interno dell'ordinamento. Con riguardo all'ipotesi di un vantaggio procurato all'amministrazione e ai sottostanti interessi della collettività, non avrebbe dunque senso alcuna valutazione dell'abuso quale forma di indebito arricchimento o di prevaricazione, non raggiungendosi in tal caso un livello di offensività sufficiente a giustificare il ricorso alla sanzione penale, non potendo mai essere considerato ingiusto un vantaggio conforme all'interesse pubblico e collettivo. Ne consegue che non potrebbe definirsi ingiusto, ma eventualmente solo illegittimo, un vantaggio procurato all'ente pubblico, sia esso quello di appartenenza del soggetto o uno diverso, perché rappresenta il frutto di un cattivo uso dei poteri e non un abuso di essi. Nello spirito della norma sarebbe allora l'ingiustizia a determinare la rilevanza del vantaggio e non il suo destinatario.

³²⁰ G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 127.

L'accoglimento di tale soluzione, oltre che essere coerente con i principi dell'ordinamento penale, offre il vantaggio di impedire una potenziale paralisi dell'attività amministrativa. Al pubblico ufficiale si offre infatti la sicurezza di andare esente da una responsabilità penale in caso di mere irregolarità, soprattutto quando compiute per assicurare efficienza e tempestività all'interno della pubblica amministrazione.

Diversamente dovrebbe invece concludersi quando, pur in presenza di un vantaggio per l'amministrazione, la condotta sia intenzionalmente diretta a cagionare, ed effettivamente cagioni, anche un danno ingiusto a terzi. In tal caso sarà integrato il reato in virtù di una condotta oggettivamente e soggettivamente volta a ledere i diritti e gli interessi del cittadino³²¹.

13.2. *L'ingiustizia dell'evento. Il riferimento alla normativa amministrativa regolante l'attività del pubblico ufficiale*

Con l'avvenuta trasformazione dell'abuso d'ufficio in reato di evento, pare aver assunto importanza centrale la sua qualificazione in termini di ingiustizia.

Nonostante taluno in dottrina abbia ritenuto di attribuire al requisito in questione una funzione meramente pleonastica³²², qualificandolo così quale elemento di

³²¹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 616; L. D. CERQUA, *L'obiettivo su*, cit., 45; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 323; G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 126. In giurisprudenza: G.i.p. T. Roma, 22/12/1997, *Prodi e altri*, *Cass. pen.*, 1998, 2195; T. Milano 29/10/1997, *Tonini e altri*, *Ind. pen.* 1998, 47.

³²² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 249; S. VINCIGUERRA, *L'obiettivo su*, cit., 37; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258; ID., *Commento all'art. 323 c.p.*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. PADOVANI, Torino, 1996, 269. Gli autori sottolineano come non potrebbero considerarsi giusti o conformi al diritto un vantaggio o un danno ottenuti abusando delle funzioni pubbliche.

In particolare si evidenzia come l'assenza di precisi parametri normativi, ulteriori rispetto a quelli che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa, potrebbe condurre al "concreto rischio di lasciare ai giudici un ampio e non controllabile spazio di discrezionalità...In sintesi, data l'incertezza sui parametri di riferimento dell'ingiustizia autonomi da quelli del carattere abusivo della condotta, ogni comportamento posto in essere in violazione di norme di legge o di regolamento determina un danno o un vantaggio sempre ingiusti": G. MAZZINI, *Alcune annotazioni sul delitto di abuso d'ufficio: il danno ingiusto, il dolo, la clausola di riserva*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 805 ss. In termini

illiceità espressa utile solo a ribadire quanto la fattispecie già rivela in modo compiuto, è prevalente l'opinione di chi ritiene che con la previsione esplicita dell'ingiustizia dell'evento si sia inserita, all'interno della fattispecie, un'ulteriore ed autonoma nota di disvalore che caratterizza e differenzia le condotte penalmente rilevanti dai meri illeciti amministrativi³²³. Il solo riferimento alla violazione di norme di legge non sarebbe infatti sufficiente ad individuare i tratti distintivi delle due forme di illecito, lasciando così spazio ad una ulteriore ed autonoma valutazione del risultato perseguito. Qualsiasi atto contrario a norme giuridiche conduce infatti ad un esito di per sé illegittimo, ma solo il reato esige anche la sua non conformità al diritto, frutto di una strumentalizzazione dei poteri pubblici alla realizzazione di fini privati. Al riguardo si parla di “*doppia ingiustizia*”, per sottolineare come tale qualificazione debba investire tanto la condotta posta in essere dal soggetto quanto l'evento conseguente³²⁴. Infatti, perché il danno o il vantaggio assumano rilevanza penale è necessario non solo che siano prodotti *non iure*, ovvero in assenza di una causa di giustificazione, ma che siano anche *contra ius*, nel senso che il risultato finale della condotta deve essersi posto in contrasto con una norma vigente³²⁵. L'ingiustizia dell'evento

affini anche A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., 63, secondo il quale l'inserimento di tale requisito potrebbe perfino diventare “controproducente poiché si rischia di rendere l'intera disposizione incriminatrice di ancora più difficile applicazione”.

³²³ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 271; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 196; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 610; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 240; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 324; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 101; V. PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell'illecito*, cit., 60 ss.; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 29; G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 97.

Per sostenere la tesi dell'autonomia della valutazione dell'ingiustizia si fa inoltre ricorso ai criteri e ai canoni ermeneutici regolanti la materia penale: M. GAMABRDELLA, *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, *Cass. pen.*, 1997, 2696.

³²⁴ In giurisprudenza: Cass. 27/06/2006, *Moro*, *Cass. pen.* 2007, 2459; Cass. 6/07/2005, *Tarallo*, *Riv. pen.* 2006, 1, 55; Cass. 24/02/2000, *Sanna*, *Guida dir.* 2000, 15, 90; Cass. 7/01/2000, *Massa*, *Guida dir.* 2000, 20, 75; Cass. 14/12/1998, *Rossomandi*, *Cass. pen.* 1999, 3400; Cass. 7/05/1998, *Cass. pen.* 1999, 2134; Cass. 27/04/1998, *Celico*, *Cass. pen.* 1999, 1433; Cass. 22/12/1997, *Prodi e altri*, *Cass. pen.* 1998, 2186; nella giurisprudenza di merito: T. Milano 26/09/1998, *Arioli*, *Guida dir.* 1998, 46, 48; T. Piacenza 3/05/2001, *Martini*, inedita; T. Milano 29/10/1997, *Tonini e altri*, *Ind. pen.* 1998, 47. Con riferimento alla precedente formulazione: Cass. 18/03/1997, *Basile*, *Guida dir.* 1997, 19, 92; Cass. 21/02/1997, *Menzella*, *Cass. pen.* 1997, 15, 73; Cass. 13/02/1997, *Cordaro*, *Riv. pen.* 1997, 387; Cass. 22/11/1996, *Pugliese*, *Riv. pen.* 1997, 1323; Cass. 6/06/1996, *Scoduto*, *Cass. pen.* 1997, 2693.

³²⁵ La scissione tra i due momenti che concorrono a definire sul piano oggettivo la fattispecie dell'abuso d'ufficio, ovvero la condotta, in cui il requisito dell'illegittimità è ribadito dalla violazione di

non andrebbe dunque identificata nella mera violazione di norme di legge o di regolamento, ma ricavata *aliunde*, in base a criteri ulteriori rispetto alla qualificazione della condotta.

Tale autonoma valutazione arricchisce così la fattispecie di un requisito di illiceità speciale³²⁶, nel senso che l'ingiustizia deve essere intesa quale elemento normativo del fatto tipico ricavabile attraverso il parametro della norma giuridica diversa richiamata da quella incriminatrice³²⁷.

Con particolare riferimento al delitto di abuso d'ufficio, la norma extra-penale richiamata è quella che regola l'attività del pubblico ufficiale individuando in concreto un interesse pubblico specifico che in tal modo concorre ad integrare la fattispecie penale, bilanciandosi con quello generale identificato nei principi di buon andamento e imparzialità³²⁸.

norme di legge o di regolamento, e l'ingiustizia quale elemento normativo di qualificazione dell'evento, andrebbe inoltre mantenuta anche sul piano soggettivo. L'intenzionalità richiesta dalla norma deve dunque investire autonomamente la condotta (ovvero il mezzo utilizzato) e l'evento.

In termini sostanzialmente affini si pone anche V. PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell'illecito*, cit., 60, il quale critica quella ricostruzione dell'ingiustizia dell'evento secondo la quale alla non conformità al diritto si accompagna anche la consapevole deviazione dell'attività amministrativa dai suoi fini istituzionali. Il che equivale a dire che, per essere ritenuto ingiusto, il danno dovrebbe essere sempre il risultato di un eccesso di potere. Tale interpretazione determina una confusione di piani, introducendo in un requisito di carattere oggettivo, quale è l'ingiustizia dell'evento, elementi soggettivi relativi alle finalità perseguite dall'agente.

³²⁶ La categoria dell'illiceità speciale, integrando un giudizio di contrarietà rispetto ad una norma diversa da quella incriminatrice che attiene ad un solo elemento del fatto tipico, si differenzia da quella della scriminanti che invece attiene ad un giudizio di contrarietà dell'intero fatto tipico rispetto all'ordinamento giuridico. Per una definizione: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 186 ss.

³²⁷ M. GAMBARDELLA, *Sul requisito dell'ingiustizia*, cit., 2695.

³²⁸ Senonché, con riguardo alla normativa specifica regolante l'attività del pubblico ufficiale, occorre distinguere fra le ipotesi in cui le modalità di realizzazione dell'interesse pubblico non vengano prefissate a livello normativo astratto ma rimesse ad una successiva ponderazione comparativa fra interessi concorrenti, da quelle in cui la regola degli effetti sia invece integralmente contenuta nella norma da applicare. In tale ultimo caso, ovvero nelle ipotesi di attività vincolata, la violazione delle disposizioni che disciplinano l'esercizio della funzione da parte del pubblico ufficiale implica la realizzazione immediata dell'evento di danno o di vantaggio, in modo che l'ingiustizia del risultato è implicita nell'inosservanza della norma sostanziale.

Al contrario, nei casi di esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione, l'interesse pubblico di riferimento non viene predeterminato in astratto dalla norma attributiva del potere, ma emerge solo a seguito delle valutazioni complessive operate in sede procedimentale. Ne deriva che, in tal caso, il ricorso all'illiceità speciale non consente in via immediata la materiale individuazione degli interessi pubblici concreti cui affidare il ruolo di contro- interesse da bilanciare

Al riguardo occorre infatti considerare come tali valori trovino considerazione nella fattispecie in esame in via solo astratta, prima quali canoni per la ricostruzione della condotta dovuta, poi quali criteri di individuazione del bene giuridico protetto. La puntualizzazione concreta dei principi citati, e quindi l'individuazione in concreto di quest'ultimo, avvengono invece successivamente mediante l'intermediazione della normativa specifica regolante la materia. Solo dall'analisi di questa può emergere quale sia l'assetto di interessi concretamente perseguito dall'azione amministrativa, con riferimento all'attribuzione di vantaggi altrui o alla verifica di un danno in capo ad altri³²⁹. Assumendo dunque quale canone ermeneutico il principio di offensività della condotta, l'interesse concretamente perseguito dalla pubblica amministrazione viene ad assumere un ruolo di limite all'ambito della fattispecie penale, non potendo infatti integrare gli estremi del delitto in oggetto una condotta che cagioni un evento conforme agli scopi della specifica normativa regolante la materia³³⁰.

con quello generale del buon andamento e imparzialità, ma rende necessario procedere ad una valutazione indiretta di compatibilità rispetto all'interesse pubblico dell'assetto dato agli interessi coinvolti dal potere pubblico, svolta attraverso il filtro della condotta tenuta.

In questo senso: A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 204: il giudice penale non potrebbe infatti operare direttamente un vero e proprio giudizio di bilanciamento interno al fatto tipico fra l'interesse alla tutela delle situazioni soggettive coinvolte dall'intervento illegittimo dell'amministrazione e l'interesse pubblico specifico, giacché in tal modo si sostituirebbe alla pubblica amministrazione stessa nel compito suo proprio di procedere alla valutazione comparativa degli interessi.

³²⁹ È favorevole ad una impostazione che riferisca il concetto di ingiustizia al bene giuridico M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 104: versandosi in fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione, l'ingiustizia va qualificata in riferimento alle funzioni proprie dell'azione amministrativa, e quindi ai principi del buon funzionamento e dell'imparzialità.

In termini affini si poneva già la giurisprudenza durante la vigenza della precedente formulazione, sottolineando come, per affermare che il danno o il vantaggio non spettino secondo l'ordinamento giuridico, non sia sufficiente che il destinatario della condotta abusiva risulti titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile, ma occorre che questa sia tale nel contesto concreto, ossia in base al diritto oggettivo regolante la materia e non in base alle considerazioni dell'agente: Cass. 7/03/1995, *Bussolanti*, Cass. pen. 1996, 800.

³³⁰ Alla luce di tali considerazioni la dottrina tende ad escludere l'ingiustizia dell'evento e quindi la configurabilità del reato, ad esempio in caso di coincidenza tra interesse pubblico e privato pur in conseguenza di una condotta illegittima, perché non si realizza un contrasto con il buon andamento e l'imparzialità, e comunque in ogni ipotesi di realizzazione di un risultato lecito perché spettante al soggetto pubblico in base al diritto oggettivo regolante la materia. Al riguardo si porta l'esempio di una condotta integrante la violazione di un obbligo di astensione alla quale, però, non sia conseguito alcun atto viziato a vantaggio o in pregiudizio del destinatario. Al contrario si ritiene sussistere un evento ingiusto quando, in presenza di una condotta illegittima, si sia realizzato un ingiusto vantaggio per il privato, non avendo il pubblico ufficiale agito nell'interesse dell'amministrazione.

Oltre che da metro di valutazione della condotta dovuta, il riferimento alla disciplina regolante la specifica attività del pubblico ufficiale funge dunque anche da parametro cui ancorare il giudizio di illiceità speciale³³¹. Si ricorre infatti alle stesse norme che delineano la condotta del pubblico ufficiale, senza che in tal modo si realizzi una inutile duplicazione in quanto, se queste vengono riferite all'evento, muta la prospettiva di valutazione.

Si pongono allora in una relazione di complementarietà i due elementi dell'illegittimità formale della condotta e dell'ingiustizia sostanziale del risultato, legati da un rapporto di premessa-conseguenza, nel senso che la funzione delimitativa svolta dall'illiceità specifica all'interno della fattispecie in esame non si può definire in rapporto al solo requisito della violazione di norme di legge o regolamento, posto che la norma stessa ne impone una ricostruzione in base al termine complementare dell'ingiustizia dell'evento³³².

14. L'elemento soggettivo

Un ulteriore fattore di novità introdotto nel 1997 ha coinvolto la configurazione dell'elemento soggettivo. La formulazione precedente era infatti incentrata sulla previsione di un dolo specifico, rappresentato dal fine del pubblico ufficiale di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, ovvero di voler arrecare ad altri un danno ingiusto. Mediante il ricorso a tale forma di dolo, per la quale si richiede la volizione di un evento che si pone anche al di fuori della consumazione materiale del reato, la

Al riguardo: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 325; O. FORLENZA, *Il patrimonio della pubblica amministrazione*, cit., 82; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 104 ss.

In giurisprudenza: Cass. 27/06/2006, *Moro*, *Cass. pen.* 2007, 2459; Cass. 30/09/1998, *De Simone*, *Riv. pen.* 1999, 51; Cass. 7/05/1998, *Cass. pen.* 1999, 2134.

³³¹ Con riferimento alla condotta, infatti, il riferimento alla normativa regolante l'attività assume rilievo quale parametro per verificare un eventuale sviamento dalla causa tipica. Mentre con riferimento all'evento, accertato in via preliminare tale sviamento, si verifica se anche il risultato conseguito contrasti con gli scopi prefissi dalla normativa attributiva del potere.

³³² A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 199 ss.; M. GAMBARDELLA, *Sul requisito dell'ingiustizia*, cit., 2694.

formulazione della norma conduceva inevitabilmente ad una anticipazione della soglia di punibilità, escludendo la necessaria realizzazione dell'obiettivo *contra ius* preso di mira³³³.

Coerentemente con la trasformazione della fattispecie da reato di pura condotta in reato di evento, avvenuta con la riforma del 1997, è ora necessario che l'evento ingiusto realizzato sia perseguito intenzionalmente dal soggetto agente. Si abbandona dunque la figura del dolo specifico a favore del dolo generico nella sua *species* del dolo intenzionale. In particolare esso consiste nella rappresentazione dello svolgimento attuale della pubblica funzione e nella volontà di violare una norma di legge o di regolamento attinente alla funzione stessa (oppure di violare un obbligo di astensione) unitamente alla specifica intenzione di cagionare l'evento ingiusto, che dunque si pone quale scopo finale della condotta³³⁴.

Occorre peraltro premettere come, sotto un profilo dogmatico, in tema di elemento soggettivo del reato individuino si diversi livelli crescenti di intensità della volontà dolosa, distinguendo così fra dolo eventuale, diretto e intenzionale³³⁵.

Si ha dolo eventuale quando la volontà del soggetto non è volta direttamente alla realizzazione dell'evento costitutivo del reato, ma lo accetta come conseguenza possibile ed accessoria della propria condotta. Il dolo diretto ricorre invece quando il soggetto si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie e si rende conto che la sua condotta integrerà quest'ultima con certezza o elevata probabilità. Infine, si rientra nella forma del dolo intenzionale quando l'agente opera al

³³³ Cass. 12/03/1991, *Cherubini*, *Giur. it.* 1992, II, 28.

³³⁴ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 273.

Un elemento di continuità tra la nuova e la vecchia formulazione della fattispecie è pur sempre rinvenibile nell'analisi dell'elemento soggettivo: come il dolo specifico andava ricostruito alla luce del finalismo immediato della condotta, cioè come sua direzione teleologica, così attualmente è richiesto che il risultato dell'abuso rappresenti lo scopo effettivamente perseguito dall'agente, il quale deve essere consapevole della illegittimità della propria condotta ma deve pure volere la realizzazione del danno o del vantaggio: S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1257. In giurisprudenza: G.U.P. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1999, 725.

³³⁵ In giurisprudenza si accoglie una distinzione tra dolo diretto e dolo intenzionale: Cass. 8/10/2003, *Mannello*, *Cass. pen.* 2004, 3622; Cass. 14/02/1996, *Riv. pen.* 1996, 1160; Cass. 29/01/1996, *Riv. pen.* 1996, 1160; Cass. 25/01/1994, *Cassata*, *Riv. pen.* 1995, 748; Cass. 12/10/1993, *Cass. pen.* 1994, 1186.

fine di cagionare l'evento, quale conseguenza immediatamente percepita. In tale ultimo caso, dunque, l'evento tipico è perseguito come scopo finale della propria condotta, e non soltanto quale mezzo necessario per raggiungere uno scopo ulteriore³³⁶.

Il riferimento espresso operato dal legislatore alla intenzionalità della condotta dovrebbe allora comportare una restrizione della fattispecie penale a favore del solo dolo intenzionale, negando rilevanza, ai fini del delitto di abuso d'ufficio, alle condotte sorrette da altre forme di dolo³³⁷. In particolare dovrebbe intendersi il ricorso al dolo intenzionale quale ipotesi di qualificazione normativa dell'elemento soggettivo, specificandone il contenuto nel senso che il danno o il vantaggio ingiusto dovranno costituire il fine della condotta dell'agente, precludendo ogni ricorso alla figura del dolo eventuale³³⁸.

³³⁶ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 361.

³³⁷ Una delle ragioni che possono aver spinto il legislatore ad escludere la punibilità anche delle condotte sorrette da dolo eventuale potrebbe risiedere nella necessità di evitare la paralisi della pubblica amministrazione: A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit. 314.

In senso conforme in dottrina: A. MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 260; F. R. FANTUZZI, *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale*, *Cass. pen.* 2004, 469; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi*, cit., 66; A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, *Cass. pen.* 2004, 3205; G. AMATO, *La Cassazione ritorna sul dolo intenzionale: irrilevante l'ingiusto vantaggio procurato a terzi*, *Guida dir.* 2003, 11, 100; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 261; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 95. In giurisprudenza: Cass. 24/02/2004, *Percoco*, *Riv. pen.* 2005, 609; Cass. 8/04/2003, *Montesani*, *C.E.D. Cass.*, n. 226040; Cass. 17/02/2003, *Allegra*, *Cass. pen.* 2004, 863; Cass. 20/09/2002, *Cadenzo*, *Cass. pen.* 2003, 2651; Cass. 1/06/2000, *Spitella*, *Cass. pen.* 2001, 2681; Cass. 5/06/1999, *Graci*, *Cass. pen.* 2000, 2240; Cass. 10/09/1998, *Panariello*, *Cass. Pen.* 2000, 35; T. Torre Annunziata 16/08/2008; T. Vibo Valentia 21/03/2000, *Casuscilli di Tocco*, *Cass. pen.* 2001, 1341. In senso favorevole alla punibilità anche del dolo diretto: Cass. 6/05/2003, *Cangini*, *Guida dir.* 2003, 43, 63; Cass. 30/04/1999, *Mautone*, *Cass. pen.* 2001, 1460; Cass. 2/10/1997, *Angelo*, *Cass. pen.* 1999, 499; e nella giurisprudenza di merito: G.U.P. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1999, 725.

³³⁸ In questo senso si pone espressamente l'intervento dell'on. Miraglia Del Giudice nella seduta dell'Assemblea del 15/04/1997: "Il requisito dell'intenzionalità esclude la possibilità del dolo eventuale, esclude cioè l'ipotesi che il magistrato possa intervenire in attività discrezionali della pubblica amministrazione...".

La ragione di tale scelta potrebbe essere rinvenuta nella particolare funzione di norma di chiusura svolta dal delitto di abuso d'ufficio, che si inserisce sistematicamente insieme ad altre norme tutte volte, nella quasi totalità dei casi, a tutelare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, tracciando nettamente la separazione tra le condotte integranti ipotesi delittuose da quelle che si arrestano a livello di mero illecito amministrativo: A. MACRILLÒ, *Il dolo*, cit., 83.

Sarebbe invece da escludere che l'utilizzo di tale espressione sia da intendersi quale forma ulteriore di illiceità specifica, non derivando dalla direzione finalistica della condotta in sé alcuna violazione di regole giuridiche o morali.

Con un maggiore approfondimento, parte della dottrina valorizza inoltre la presenza di un rapporto di complementarità fra l'elemento oggettivo e quello soggettivo, dovuto in parte alla ricostruzione di uno specifico nesso di causalità normativa che individua l'evento nel correlato fenomenico della violazione di singole disposizioni di legge³³⁹. Infatti, nonostante formalmente la norma paia riferire il requisito dell'intenzionalità solo all'evento finale, in virtù di questo rapporto logico che lega i due termini del giudizio causale non potrebbe negarsi come anche la condotta risulti travolta dalla volontà colpevole, avendo il soggetto dato causa al suo agire proprio in vista della realizzazione dello specifico evento investito dal dolo. Sarebbe dunque la ravvisata funzionalizzazione della condotta al raggiungimento dell'evento ingiusto, nell'ottica quasi di un rapporto di mezzo-fine fra questi due, a giustificare un ampliamento dell'oggetto del dolo di abuso.

A ciò conseguirebbe allora un restringimento della condotta penalmente rilevante – utile peraltro a conferire maggiore determinatezza alla fattispecie³⁴⁰ - volto alla valorizzazione delle sole violazioni univocamente dirette alla produzione del

³³⁹ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 62 ss. In particolare a pag. 71 si parla espressamente di “una reciproca compenetrazione tra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante”.

Negli stessi termini anche P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 23 ss., secondo il quale sarebbe ravvisabile un rapporto di implicazione necessaria fra il dolo della violazione e quello dell'evento.

³⁴⁰ La medesima esigenza di delimitare con precisione l'ambito della fattispecie era stata peraltro avvertita già con la riforma del 1990, provvedendo a strutturarla come reato di condotta a dolo specifico. Le ricostruzioni che venivano proposte durante la vigenza della precedente formulazione tendevano ad interpretare unitariamente l'elemento oggettivo della condotta e quello soggettivo del dolo. Prendendo le mosse dal concetto di abuso e dalla impossibilità di un suo accertamento fenomenico, si riteneva comunque provato il dolo specifico sulla base della pura e semplice illegittimità del provvedimento o del comportamento, in quanto necessariamente insito nella coscienza e volontà di abusare, e come tale totalizzante: M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 94; A. MACRILLÒ, *Il dolo*, cit., 76 e 77. Negli stessi termini la giurisprudenza: Cass. 1/02/1995, *Gadani*, *Cass. pen.* 1996, 488; Cass. 18/08/1993, *Talarico*, *Cass. pen.* 1994, 2975.

Considerando dunque la condotta abusiva quale espressione di un intrinseco atteggiamento psicologico, non poteva trovare alcuno spazio la situazione di dubbio circa la verifica dell'evento tipica del dolo eventuale.

risultato illecito verificatosi in concreto, con conseguente esclusione, invece, di quelle che si risolvano in mere illegittimità amministrative, ininfluenti sulla realizzazione dell'evento ingiusto³⁴¹. Infatti, se lo strumento esecutivo tipico del reato di abuso d'ufficio deve essere ravvisato nella consapevole realizzazione di una condotta posta in violazione di norme di legge o di regolamento, l'area di intervento della sanzione penale deve essere conseguentemente ridotta alle sole violazioni normative capaci di esprimere in maniera socialmente riconoscibile il contenuto del dolo, riflettendo in modo chiaro la programmata alterazione dell'assetto di interessi disposto dalla norma attributiva del potere³⁴².

Discende da tali considerazioni la necessità di procedere ad un accertamento processuale del dolo che da un lato non si limiti allo studio di un mero atteggiamento psicologico interno, coinvolgendo anche quegli indici esteriori che concorrono a caratterizzare la condotta amministrativamente illegittima quale condotta intenzionalmente diretta alla produzione del risultato lesivo, ma che dall'altro non si accontenti della riscontrata illegittimità, al fine di scongiurare l'ingresso di un *dolus in re ipsa*³⁴³. Evidentemente la citata corrispondenza fra le caratteristiche della condotta e lo scopo soggettivo interno appare più agevolmente riscontrabile nei casi in cui il pubblico ufficiale abbia violato della regole di condotta che, già sul piano della loro formulazione normativa astratta, siano teleologicamente orientate ad evitare la produzione di accadimenti lesivi del tipo di quello verificatosi. Si tratta infatti di regole caratterizzate da un diretto orientamento preventivo nei confronti dell'evento da imputare, e come tale risultano già in sé capaci di esteriorizzare il contenuto del dolo intenzionale. Al contrario, nel caso siano state violate norme prive di tale carattere, quali sono ad esempio quelle procedurali o quelle di organizzazione, che solo in

³⁴¹ Al riguardo si propone un accostamento concettuale con la figura del delitto tentato. La direzione non equivoca degli atti, infatti, pur attenendo al profilo strutturale, riverbera taluni effetti anche sotto quello soggettivo precludendo – secondo la dottrina dominante – la compatibilità con il dolo eventuale, dimostrando così la presenza di un rapporto di complementarietà fra i due.

³⁴² A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, cit., 66.

³⁴³ A. MACRILLÒ, *Il dolo*, cit., 84; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258. In giurisprudenza: Cass. 8/10/2003, *Mannello*, *Cass. pen.* 2004, 3622; G.U.P. T. Catania 15/07/1998, *Arena e altri*, *Cass. pen.* 1998, 722.

concreto potrebbero presentare un carattere precauzionale dell'evento vietato, il solo riferimento alla condotta abusiva potrebbe risultare insufficiente. Ne deriva allora la necessità di procedere ad una valutazione delle circostanze estrinseche, capaci di assumere, nel caso concreto, valore sintomatico nella ricostruzione dell'elemento soggettivo.

In conclusione occorre precisare come, comunque, anche la soluzione adottata dal legislatore della riforma a favore del dolo intenzionale si scontri con la difficoltà pratica di distinguere e poi accertare le varie forme del dolo, comportando fra l'altro il rischio di un allargamento della sfera discrezionale del giudice in fase di accertamento³⁴⁴. Per sopperire in parte a tale problema si individuano in giurisprudenza i così detti *indici sintomatici* dell'intenzionalità, ovvero una elencazione delle circostanze che possono assumere rilievo ai fini della prova del dolo intenzionale nel delitto di abuso d'ufficio. Si richiamano in proposito l'evidenza della violazione di legge, come tale perciò immediatamente riconoscibile dal soggetto agente; la sua specifica competenza professionale, tale da rendergli anch'essa riconoscibile la violazione stessa; la motivazione del provvedimento, nel caso in cui essa sia qualificabile come meramente apparente o come manifestamente pretestuosa; infine i rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato e il soggetto destinatario dell'evento ingiusto³⁴⁵.

Ciò nonostante, in talune situazioni può permanere la difficoltà di accertare quale sia stata l'esatta spinta che ha mosso la condotta dell'agente, specialmente quando si verifichi una coesistenza di interesse pubblico e interesse privato. Durante la vigenza della precedente formulazione, la giurisprudenza era orientata in senso

³⁴⁴ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., 66; S. VINCIGUERRA, *L'obiettivo su...*, cit., 37.

Una critica ulteriore viene posta da altra dottrina che sottolinea come il riferimento espresso al dolo intenzionale coinvolga, sotto il profilo strutturale, una connotazione dell'elemento soggettivo ben oltre i limiti posti dall'art. 43 c.p., incidendo sul rapporto sistematico tra tale ultima norma e quella dell'art. 133 c.p., in base alla quale l'intensità del dolo dovrebbe costituire un elemento di valutazione per la commisurazione della pena e non un requisito di punibilità: M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 95.

³⁴⁵ Cass. 27/08/1999, *Cianetti*, *Riv. pen.* 2000, 262; Cass. 1/06/1999, *Menditto*, *Guida dir.* 1999, 34, 102.

favorevole alla configurabilità del reato anche in simili ipotesi, precisando come, per l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato, non fosse necessario il perseguimento in via esclusiva del fine privato da parte dell'agente, ma anzi come ciò avrebbe contrastato con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione³⁴⁶. La sovrapposizione o la coesistenza del fine privato con quello pubblico non era dunque di ostacolo alla configurabilità del delitto di abuso d'ufficio, coerentemente con la scelta normativa operata a favore del dolo specifico. In virtù di tale forma di dolo, infatti, si rendeva necessario soltanto che il soggetto agisse in vista di uno scopo ingiusto la cui realizzazione non era rilevante ai fini della consumazione del reato, con conseguente possibile coesistenza delle due finalità. Al contrario, nel nuovo abuso d'ufficio il danno o il vantaggio ingiusti costituiscono l'evento tipico che deve essere intenzionalmente preso di mira dalla volontà del soggetto agente. Ne consegue la necessità di verificare se possa comunque affermarsi la sussistenza del dolo intenzionale laddove, unitamente all'interesse privato, il pubblico ufficiale abbia concorrentemente agito per soddisfare l'interesse pubblico dell'amministrazione.

Appare infatti marginale l'ipotesi in cui il soggetto agisca avendo di mira solo ed esclusivamente il fatto così come tipizzato dalla norma incriminatrice, essendo invece ben più frequente quella in cui egli sia mosso da diversi fattori motivanti, fra i quali rientri anche quello tipizzato dal legislatore³⁴⁷.

³⁴⁶ Cass. 1/03/1993, *Atzori*, *Cass. pen.* 1994, 571.

³⁴⁷ A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p.*, cit., 3214; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1053.

In dottrina si distingue poi, specie sotto il profilo dell'accertamento del dolo intenzionale, fra l'ipotesi di condotta abusiva diretta a cagionare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio al soggetto agente da quella di abuso finalizzato a cagionare un vantaggio ingiusto ad altri, specie allorché a tale vantaggio si accompagni la soddisfazione dell'interesse dell'amministrazione. Mentre nel primo caso, infatti, le emergenze fattuali ricavabili dal procedimento amministrativo e la condotta del soggetto agente potrebbero risultare illuminanti sotto un profilo probatorio, nella seconda ipotesi la presenza del dolo intenzionale esigerebbe che la condotta del pubblico ufficiale sia stata improntata dall'esclusiva finalità di favorire indebitamente altri, con la consapevole mancata considerazione di quegli interessi pubblici dell'amministrazione di appartenenza: G. AMATO, *La Cassazione ritorna sul dolo intenzionale*, cit., 100.

Al riguardo parte della dottrina e della giurisprudenza, prendendo le mosse dalla lettera della norma nella quale manca ogni riferimento ad una pretesa esclusività dello scopo privatistico, e dalla *ratio* della stessa volta a limitare le interferenze del giudice penale sull'attività amministrativa, ritiene possibile una coesistenza dei due fini³⁴⁸. Al contrario, altra parte è invece nel senso che l'intenzionalità vada intesa quale esclusività del fine privatistico, con la conseguenza di dover escludere il reato qualora la condotta illecita sia stata realizzata dall'agente per uniformarsi ad una prassi amministrativa vigente o per il raggiungimento di finalità di pubblico interesse³⁴⁹. Più precisamente, secondo i sostenitori di tale orientamento non ogni interesse pubblico sarebbe in grado di realizzare tale effetto favorevole all'agente, ma solo quello che presenti determinate caratteristiche individuate in via interpretativa³⁵⁰. Deve infatti trattarsi di un interesse pubblico di preminente rilievo, ovvero di scopi cui l'ordinamento attribuisce un ruolo primario, tale da contrastare il disvalore costi-

³⁴⁸ Ritengono che l'intenzionalità richiesta dalla norma non vada confusa con l'esclusività del fine privatistico: A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p.*, cit., 3207; O. FORLENZA, *Legittimo l'interesse pubblico*, cit., 65; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 275; C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 619; M. LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1053. In giurisprudenza si veda per tutte: Cass. 2/04/2008, *Sanguedolce*, *Cass. pen.* 1999, 2836.

In particolare si sottolinea come, ragionando diversamente, si correrebbe il rischio di legittimare un sindacato penetrante del giudice penale sul provvedimento e in generale sulla correttezza dell'attività amministrativa, in contrasto con gli scopi perseguiti dalla riforma. Al giudice sarebbe infatti richiesto di verificare, seppure *in bonam partem*, quale fosse lo scopo pubblico affidato dalla legge al provvedimento e come questo vi abbia ottemperato, con evidente intromissione nella sfera amministrativa soprattutto in caso di attività discrezionale. Più correttamente, allora, occorrerebbe interpretare l'espressione utilizzata dal legislatore come riferita non già al provvedimento amministrativo e al suo contenuto, quanto al rapporto tra la condotta posta in essere e il fine perseguito. Sarebbe infatti quest'ultimo ad avere una portata efficiente sulla condotta, fungendo quasi da suo presupposto, con la conseguenza che non dovrebbe assumere alcun rilievo un eventuale interesse pubblico concorrente.

Non sfugge comunque come nei casi in cui la condotta criminosa si concretizza nella violazione di norme di legge o di regolamento potrebbe non essere facile ipotizzare la realizzazione di un concorrente interesse pubblico, dato che da una siffatta condotta non può derivare alla pubblica amministrazione una situazione di vantaggio che non sia quella connessa all'esclusivo rispetto della norma in materia, con esclusione perciò di altra difforme valutazione di natura discrezionale: C. BENUSSI, *I delitti*, cit., 620. In giurisprudenza, nei medesimi termini: Cass. 22/09/1998, *Verratti*, *Cass. pen.* 1999, 2134.

³⁴⁹ F. R. FANTUZZI, *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale*, cit., 473; G. AMATO, *La Cassazione ritorna sul dolo intenzionale*, cit., 100. In giurisprudenza per tutte: App. Perugia 12/01/2000, *Spitella*, *Rass. Giur. umbra* 2000, 1, 166.

³⁵⁰ Cass. 8/10/2003, *Mannello*, *Cass. pen.* 2003, 3622; Cass. 6/05/2003, *Cangini*, *Guida dir.* 2003, 43, 60; T. Vibo Valentia 21/03/2000, *Casuscelli di Tocco*, *Cass. pen.* 2001, 1341.

tuito dalla rappresentazione e dalla volontarietà dell'indebito vantaggio procurato al soggetto. Deve inoltre trattarsi di un interesse pubblico, e non quindi di un fine collettivo, né politico, né di un fine privato pur appartenente ad un ente pubblico, e inoltre dello specifico fine pubblico che l'agente è legittimato a poter perseguire in quanto proprio del suo ufficio³⁵¹. Al contrario, l'interesse pubblico deve essere considerato quale mero pretesto, e come tale escluso, qualora sia provata l'esistenza di un rapporto personalistico tra l'agente e il beneficiario.

In realtà ogni orientamento pare convergere nella necessità di individuare esattamente l'oggetto del dolo. Ai fini del dolo intenzionale, così come richiesto dalla norma incriminatrice, occorre infatti che l'evento ingiusto sia stato quello specificamente voluto dal soggetto. Ne consegue che, anche in caso di concorrente verifica di un evento lecito e di uno illecito, occorrerà indagare quale di questi abbia costituito l'obiettivo principale della condotta del soggetto. Qualora l'evento tipico sia una semplice *conseguenza accessoria* dell'operato dell'agente, diretto invece a perseguire in via primaria l'obiettivo di un interesse pubblico di preminente rilievo, non potrebbe dirsi integrato il dolo intenzionale richiesto dalla norma e dunque il reato stesso. In simili ipotesi, infatti, l'evento tipico sarebbe certamente voluto, ma non intenzionale, occupando una posizione defilata e rappresentando solo un effetto secondario della condotta posta in essere³⁵².

³⁵¹ Tale puntualizzazione pare opportuna in quanto si consideri che l'atto emanato da un'autorità amministrativa incompetente è idoneo ad integrare, sotto un profilo materiale, un'ipotesi di violazione di legge penalmente rilevante: G. AMATO, *La Cassazione ritorna sul dolo intenzionale*, cit., 101.

³⁵² Cass. 24/02/2004, *Percoco*, *Riv. pen.* 2005, 609; Cass. 8/10/2003, *Mannello*, *Cass. pen.* 2004, 3622; Cass. 6/05/2003, *Cangini*, *Guida dir.* 2003, 43, 60; T. Vibo Valentia 21/03/2000, *Casuscelli di Tocco*, *Cass. pen.* 2001, 1341; T. Napoli 27/09/1997, *Federico*, *Cass. pen.* 1998, 1242.

Bibliografia

- A. Albamonte, *Dal teorema della disapplicazione degli atti amministrativi alla novella n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia illegittima*, *Riv. pen.*, 1998, 641
- A. Albamonte, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, *Cons. st.*, 1993, II, 1099
- B. Albertini, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 42
- L. Alibrandi, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 39
- P. Amara, *In tema di abuso d'ufficio*, *Cass. pen.* 1999, 736
- G. Amato, *La Cassazione ritorna sul dolo intenzionale: irrilevante l'ingiusto vantaggio procurato a terzi*, *Guida dir.* 2003, 11, 99
- V. Angiolini, *Legittimità penale e legittimità amministrativa*, *Dir. Pubb.*, 1997, 75
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008
- E. Baffi, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Trattato diretto da C. Fiore, Torino, 2004
- T. Baglione, *Riflessioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*. Atti del Convegno del Centro di studi Francesco Carrara, Milano, 2000
- C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Padova, 2001
- F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 126

- R. Bertoni, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina*, *Cass. pen.* 1991, 870
- B. Bevilacqua, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003
- A. Bondi – A. Di Martino – G. Fornasari, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004
- I. Cacciavillani – C. R. Calderone, *I delitti di pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, Padova, 2001
- S. Camaioni, *Il nuovo abuso d'ufficio: una abrogazione mancata*, in *Le nuove leggi penali*, Padova 1998
- F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2008
- A. Carmona, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, *Cass. pen.* 1998, 1843
- L. D. Cerqua, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 44
- V. Cerulli – Irelli, *Principii di diritto amministrativo*, II, Torino, 2005
- I. Ciarniello, *Sulla configurabilità dell'abuso d'ufficio mediante omissione*, in *Cass. pen.* 2000, 3289
- A. Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano 2001
- F. Coppi, *Reati contro la pubblica amministrazione. Studi in memoria di Latagliata*, Torino, 1993
- M. Corradino, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 1316
- C. Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un sistema di norme*, *Cass. pen.* 2001, 1030
- A. D'Avirro, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999

A. Dalia, *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme del diritto di difesa*, Milano, 1997

F. Dassano, *Il nuovo delitto di rifiuto e di omissione di atti d'ufficio*, QCSM 1992, 122

A. De Bellis, *La prova del dolo nel reato di abuso d'ufficio: gli indici sintomatici dell'intenzionalità della condotta e le possibili discontinuità interpretative in tema di errore sulla norma extrapenale*, Cass. pen. 2007, 3670

G. De Francesco, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, Cass. pen. 1999, 1633

G. Della Monica, *L'irrilevanza dell'eccesso di potere*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme su diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano, 1997

G. Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme su diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano, 1997

G. P. Demuro, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, Riv. trim. dir. pen. econ. 1998, 815

O. Di Giovine, *Le qualifiche pubblicistiche*, in AA.VV., *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Manna, Padova, 2007

O. Di Giovine, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Foro it. 2000, II, 140

A. Di Mario, *Il procedimento amministrativo. Flussi processuali*, Milano, 2007

F. R. Fantuzzi, *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale*, Cass. pen. 2004, 469

G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2007

G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, Bologna 2007

G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987

G. Fiandaca, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1985

C. Fiore, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004

A. Fiorella, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992

A. Fiorella, *Sui rapporti fra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1985

O. Forlenza, *Legittimo l'interesse pubblico perseguito se gli atti rientrano tra le funzioni dell'agente*, *Guida dir.* 2003, 43, 64

O. Forlenza, *Se l'opinione non incide sulla decisione finale non c'è concorso morale con i soggetti deliberanti*, *Guida dir.* 2000, 35, 56

O. Forlenza, *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, *Guida dir.* 1999, 10, 90

O. Forlenza, *Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma*, *Guida dir.* 1997, 39, 81

C. Franchini, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, 1998

I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della pubblica amministrazione nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2001

M. Gambardella, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione. Art. 323 c.p. Abuso d'ufficio*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi- E. Lupo, Milano, 2005

M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002

M. Gambardella, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d’ufficio*, *Cass. pen.* 1998, 2335

M. Gambardella, *Sul requisito dell’ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d’ufficio*, *Cass. pen.* 1997, 2693

V. Gasparini Casari, *L’azione amministrativa*, in *Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2005

G. Giammona, *Una decisione interessante in tema di abuso d’ufficio e di ordinanze di necessità e urgenza in materia di rifiuti*, *Foro it.* 2000, 487

V. M. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950

A. Giarda- G. Spangher- P. Tonini, *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 1998

C. F. Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d’ufficio*, *Foro it.* 1999, V, 329

R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998

G. La Greca, *La nova figura di abuso d’ufficio: questioni applicative*, *Foro it.* 1998, 381

A. Lanzi, *Il nuovo abuso d’ufficio. Commento all’art. 323 c.p.*, *Corr. giur.* 1997, 1014

M. Laudi, *L’abuso d’ufficio: luci ed ombre di un’attesa riforma. Profili sostanziali*, *Dir. pen. proc.* 1997, 1049

M. Leoni, *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, Padova 1998

A. Macrillò, *Il Dolo*, in AA.VV., *La modifica dell’abuso d’ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano, 1997

V. Manes, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, *Foro it.* 1998, 390

V. Manes, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 1202

A. Manna, *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2007

A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004

A. Manna, *Luci ed ombre della nuova fattispecie del delitto di abuso d'ufficio*, *Ind. pen.* 1998, 13

F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2007

D. Manzione, *Le forme di manifestazione della condotta*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano, 1997

G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009

G. Marinucci – E. Dolcini, *Codice penale commentato*, Milano, 2006

G. Marinucci – E. Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2001

G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001

M. N. Masullo, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: la "violazione di norme di legge"*, *Cass. pen.* 1999, 1763

L. Mazzaroli, *Diritto amministrativo. Parte generale*, Bologna, 2005

G. Mazzini, *Alcune annotazioni sul delitto di abuso d'ufficio: il danno ingiusto, il dolo, la clausola di riserva*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 805

V. Montaruli, *La violazione di legge prevista dal nuovo 323 c.p. e i limiti del sindacato del giudice penale*, *Urb. app.* 2000, 102

G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo. Parte generale*, Bologna, 2005

G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e alla interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti del Convegno del Centro di studi Francesco Carrara, Milano 2000

A. Natalini, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, *Cass. pen.* 2004, 3204

A. Natalini, *Quando l'incerto confine tra abuso d'ufficio e usurpazione passa per "lo svolgimento delle funzioni o del servizio"*, *Dir. pen. proc.* 2002, 2137

F. Origlio, *Chiose sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti del Convegno del Centro di studi Francesco Carrara, Milano 2000

T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2008

T. Padovani, *Commento all'art. 1. Modifica dell'art. 323 del codice penale - L. 16/07/1997 n. 234*, *Legislaz. pen.* 1997, 742

T. Padovani, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996

T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, *Cass. pen.* 1987, I, 670

Pagliari, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000

A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, *Dir. pen. proc.* 1999, 106

A. Pagliaro, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, *Dir. pen. proc.* 1997, 1394

F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 453

R. Palma, *Le qualifiche soggettive. La nozione di pubblico ufficiale*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, diretto da C. Fiore, Torino, 2004

- N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000
- V. Patalano, *Sulla definizione dei confini dell'illecito. La giurisprudenza stenta a trovare soluzioni*, *Guida dir.* 1998, 46, 59
- A. Patroni Griffi, *La legge 7/08/1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, *Foro it.* 1993, III-2, 65
- G. Pavan, *La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e la norma di cui all'art. 97, I com. Cost.*, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1999, 283
- C. Pedrazzi, *Diritto penale, Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990
- V. Pezzini, *L'abuso d'ufficio al vaglio dei primi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, *Ind. pen.* 2000, 857
- N. Pinucci, *Le qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Padova, 1999
- P. Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, collana diretta da A. Giarda, G. Spangher, P. Tonini, Padova, 1998
- A. Police, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, *Dir. amm.* 1996, 229
- S. Preziosi, *La riforma della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio*, in F. Coppi, *Studi in onore di Latagliata*, Torino, 1993
- D. Pulitanò, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetto e tecniche*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987
- R. Rampioni, *Progetto di riforma e oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Stile, Torino, 1987
- R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984

- M. Renna, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, *Dir. amm.* 1994, V, 13
- M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002
- M. Romano, *I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2002
- M. Russo, *La violazione di legge o regolamento*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano, 1997
- A. Segreto – G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999
- S. Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, *Studium Juris* 1997, 1251
- S. Seminara, *Commento all'art. 323 c.p.*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, Torino, 1996
- S. Seminara, *Il delitto di abuso d'ufficio*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 562
- A. Sessa, *Corruzione concussione. Dall'esperienza di tangenteopoli rinnovate esigenze di riforma*, *Ind. pen.* 2001, 29
- Severino Di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995
- P. Severino di Benedetto, *Commento all'art. 17 L. 26/04/1990 n. 86*, *Legislaz. pen.* 1990, 334
- F. Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973
- P. Tanda, *Abuso d'ufficio, eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, *Cass. pen.* 1999, 2119
- G. Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano 1997

G. Tellone, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A. Dalia, Milano 1997

Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002

L. Torchia, *L'attività amministrativa nella (vecchia e nuova) Costituzione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 455

R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, *Dir. proc. amm.* 1992, 171

S. Vinciguerra, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio. Contributi e opinioni*, *Ind. pen.* 1998, 37

S. Vinciguerra, *Non tutte le riforme sono migliorative: il nuovo art. 323 c.p.*, *Giur. it.* 1998, 1021